

Rechtbank Den Haag 5 oktober 2015
ECLI:NL:RBDHA:2015:11408

Vonnis in kort geding van 5 oktober 2015

in de zaak van
de stichting
STICHTING BREIN,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaten mr. D.J.G. Visser en mr. P. de Leeuwe te Amsterdam,

tegen

1. de rechtspersoon naar vreemd recht
GOOGLE INC.,
gevestigd te Mountain View, California, Verenigde Staten van Amerika,
2. de vennootschap naar vreemd recht
GOOGLE IRELAND LTD.,
gevestigd te Dublin, Ierland,
gedaagden,
advocaten mr. R.D. Chavannes en mr. A. Strijbos te Amsterdam.

Partijen zullen hierna enerzijds 'BREIN' en anderzijds 'Google', respectievelijk afzonderlijk 'Google Inc' en 'Google Ireland', genoemd worden.

(...)

2 De feiten

2.1. BREIN is opgericht door de stichting Stemra, de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers (NVPI), de Motion Picture Association (MPA) en de Nederlandse Vereniging van Filmdistributeurs (NVF). Tevens neemt onder andere het Platform Multimediaproducten en het Nederlandse Uitgeversverbond (NUV) deel aan BREIN. Deze partijen zijn, tezamen met hun leden, aangesloten bij BREIN (hierna ook wel: 'Aangeslotenen' of 'Rechthebbenden').

2.2. De statuten van BREIN vermelden als doelstelling:

“het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbende op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van haar aangeslotene, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin.”

2.4. Onder de naam 'Google Play' biedt Google Inc. een website en een applicatie aan waarmee apps kunnen worden geïnstalleerd op mobiele telefoons en tablets die draaien op Android. Google Play is in feite de Android-tegenhanger van de App Store van Apple.

2.5. Via Google Play worden naast apps, ook films, muziek en e-books aangeboden. Deze worden aangeboden in respectievelijk Google Play Films, Google Play Muziek en Google Play Boeken. Bij Google Play Boeken wordt de content als afkomstig van derden door Google verkocht. Een e-book wordt betaald aan en geleverd door Google Ireland, althans Google.

2.6. Google biedt daarbij het zogenaamde 'Books Partner Center' aan. Dit geeft derden een platform om 'van hen afkomstige' e-books via Google Play Boeken te distribueren en daarvoor geld te vragen. Vanaf eind mei 2015 lijkt het, in ieder geval in Nederland, niet meer mogelijk om een account bij het 'Books Partner Center' aan te maken. De reeds ingeschreven aanbieders kunnen dit platform echter wel blijven gebruiken.

2.7. In mei 2015 bereikte BREIN de melding van een uitgeverij dat via Google Play Boeken onder de naam 'Flámanca Hollanda' een groot aantal Nederlandstalige e-books – te weten werken van Nederlandse auteurs of Nederlandse vertalingen van werken van buitenlandse auteurs – tegen een lage prijs te koop werd aangeboden. Zo werden op dit account e-books van onder meer Harry Mulisch, (vertalingen van) John Grisham en Tommy Wieringa tegen een prijs van € 2,21 aangeboden, in plaats van de gebruikelijke € 13-15.

2.8. Bij bijna alle aangeboden titels van dit account ontbreekt de (juiste) naam van de auteur en werd daarvoor in de plaats 'Flámanca Hollanda' vermeld. Ook werd in de meeste gevallen 'dragonlete-books' vermeld in plaats van de daadwerkelijke uitgever. Voorts werden via dit account e-books aangeboden zonder cover, met een aangepaste cq. 'zelf ontworpen' cover, met een verouderde cover of met een cover die is overgenomen van een andere retailer, zoals bol.com.

2.9. Op 18 mei 2015 heeft BREIN een test aankoop gedaan van een e-book aangeboden via het account van Flámanca Hollanda. Naar aanleiding van de betaling van een bedrag van € 2,29 aan de verkoper, Google Ireland, ontving BREIN het desbetreffende e-book digitaal. De cover van dit e-book is afkomstig van retailer bol.com. Bovendien is dit niet de cover waaronder het e-book wordt uitgegeven, maar de cover van een paperback uitgave. Ook komt het aantal bladzijden van het e-book niet overeen met het aantal bladzijden van het legaal aangeboden e-book.

2.11. Op 19 mei 2015 heeft BREIN bij Google melding gemaakt van de naar haar mening inbreukmakende activiteiten die plaatsvonden op het Google Play account Flámanca Hollanda. Daarbij heeft BREIN Google verzocht het account van Google Play te verwijderen en BREIN de identificerende bedrijfsgegevens van de verantwoordelijke(n) voor dit account te verstrekken.

2.12. Op 22 mei 2015 heeft Google bevestigd dat het desbetreffende account is verwijderd. Voor het verzoek tot opgave van de identificerende bedrijfsgegevens, is BREIN verwezen naar de juridische afdeling van Google Inc. Op 27 mei 2015 heeft BREIN melding bij de juridische afdeling van Google Inc. gedaan, in reactie waarop Google heeft aangegeven niet bereid te zijn deze identificerende gegevens vrijwillig aan BREIN te verschaffen.

2.13. Ook in reactie op de sommatie van de advocaat van BREIN van 12 juni 2015 aan Google, is verwezen naar het antwoord van de juridische afdeling van Google Inc. van 2 juni 2015.

3 Het geschil

3.1. BREIN vordert na eiswijziging:

1. Google te gebieden om binnen 3 weken na het te dezen te wijzen vonnis aan de raadsman van BREIN ten behoeve van BREIN de volgende gegevens, voor zover Google daarover beschikt, te verschaffen met betrekking tot de houder(s) van de Google Play Books Partner Center Publisher Account(s) van waaruit boeken zijn geüpload onder de Google Play Books URL(s) die BREIN heeft aangemeld in haar verwijderingsverzoek van 19 mei 2015 (Google zaaknr. 7648800007259) (hierna: de betrokkene respectievelijk het Publisher Account), zoals omschreven in het lichaam van de dagvaarding:

Ten aanzien van het Publisher Account:

- a. abonnee-informatie;
- b. het IP adres van de computer waarmee het Publisher Account is aangemaakt;
- c. facturatie-informatie, d.w.z. postadres en bankrekeningnummer, naam van de bank en tenaamstelling van de bankrekening;
- Ten aanzien van het Google Account dat is gebruikt om het Publisher Account aan te maken:
- d. de datum en tijd waarop het Google Account is aangemaakt;
- e. het IP adres van de computer waarmee het Google Account is aangemaakt;
- f. IP adressen van de computers waarmee de gebruiker heeft ingelogd op het Google Account;
- g. het voor het Google Account opgegeven secundaire emailadres en de opgegeven voor- en achternaam;

een en ander onder de voorwaarde dat de betrokkene niet binnen 14 dagen na de datum van het vonnis bij enige rechterlijke instantie een procedure is gestart met het doel om verstrekking van deze gegevens aan BREIN te voorkomen;

zulks met bepaling dat indien de betrokkene wel binnen de genoemde termijn een dergelijke procedure is gestart en Google daarover heeft geïnformeerd, Google deze informatie onmiddellijk ter kennis brengt van BREIN en van de voorzieningenrechter, waarna de voorzieningenrechter, na partijen hierover te hebben gehoord, alsnog – bij wijze van onvoorwaardelijke uitspraak – een oordeel zal vellen over de eventuele gevolgen van die procedure voor de aan Google opgelegde verplichting;

2. Te bepalen dat het onder 1. gegeven bevel uitvoerbaar bij voorraad is, doch uitsluitend voor zover het ziet op de verstrekking van gegevens die betrekking hebben op adressen, bankrekeningen en IP-adressen binnen de Europese Unie.

3. Google te veroordelen in de kosten van het geding.

3.2. BREIN legt aan haar vorderingen ten grondslag dat via (het op Nederland gerichte deel van de website) Google Play illegale e-books te koop zijn aangeboden door de houder van de Google- en Publisher account Flâmanca Hollanda. BREIN wenst afgifte van de persoonsgegevens voor deze accounts op basis van (i) artikel 28 lid 9 Aw¹, (ii) 6:162 BW² (onrechtmatig handelen van Google door de gevraagde gegevens niet af te geven vanwege strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid), (iii) artikel 26d Aw/3:15a BW en (iv) 843a Rv³.

(...)

4 De beoordeling

Bevoegdheid

4.1. Google heeft de bevoegdheid van de voorzieningenrechter uitsluitend bestreden voor zover de vorderingen zien op gegevens die betrekking hebben op landen buiten de EU. Zij heeft toegelicht daarmee het oog te hebben op adressen en adresgegevens van buiten de EU, bankrekeningen gehouden buiten de EU en IP adressen die leiden naar buiten de EU (nr. 24 pleitnota Google). Desgevraagd heeft Google aangegeven de bevoegdheid voor zover deze ziet op gegevens die betrekking hebben op landen binnen de EU niet (langer) te bestrijden zodat de voorzieningenrechter in zoverre in ieder geval bevoegd is op basis van artikel 26 EEX II-Vo4 respectievelijk artikel 9 Rv. Voor de gegevens van buiten de EU overweegt de voorzieningenrechter dat hij bevoegd is omdat het schadebrengende feit zich in Nederland voordoet of kan voordoen in de zin van artikel 7 lid 2 EEX II-Vo/6 onder e Rv. BREIN legt aan haar vorderingen als gezegd (i) artikel 28 lid 9 Aw, (ii) 6:162 BW, (iii) artikel 26d Aw/3:15a BW en (iv) 843a Rv ten grondslag. Al deze grondslagen zijn te beschouwen als een geschil betreffende een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 7 lid 2 EEX II/6 onder e Rv, omdat deze beoogen Google aansprakelijk te stellen zonder dat sprake is van een verbintenis uit overeenkomst (vgl. HvJ EG 27 september 1988, NJ 1990, 425, ECLI:EU:C:1988:459 (Kalfelis/Schröder) en HvJ EG 30 november 1976, NJ 1977, 494, ECLI:EU:C:1976:166 (Bier)). BREIN stelt daarmee de vraag aan de orde of de weigering gegevens te verstrekken die betrekking hebben op landen buiten de EU, welke weigering buiten Nederland plaatsvindt, onder de gestelde omstandigheden van het geval niettemin leidt tot schending van de genoemde in Nederland geldende bepalingen en daardoor schade in Nederland veroorzaakt Net als bij de door BREIN gestelde inbreuk op auteursrechten van haar leden door de gebruiker van het account Flâmanca Hollanda in Nederland, doet de schade als gevolg van de weigering de gevraagde gegevens af te geven zich dus in Nederland gevoelen (HvJ EU 25 oktober 2011, NJ 2012, 224, ECLI:EU:C:2011:685 (Edate advertising), HvJ EU 19 april 2012, NJ 2012, 403, ECLI:EU:C:2012:220 (Wintersteiger), HR 7 december 2012, NJ 2013, 199 (H&M/G-Star), HvJ EU 3 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:635 (Pinckney) en HvJ EU 5 juni 2014, IER 2015/16, ECLI:EU:C:2014:1318 (Coty). Artikel 6 onder e Rv is volgens de parlementaire geschiedenis op gelijke wijze te interpreteren. De voorzieningenrechter van deze rechtbank is zodoende ook bevoegd voor zover de gegevens betrekking hebben op landen buiten de EU. De omstandigheid dat het (privacy)recht van dergelijke landen zich zou kunnen verzetten tegen een bevel tot inzage/afgifte, raakt niet de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, maar mogelijk wel de toewijsbaarheid van de vordering, waarover hierna. Evenmin is in dit kader van belang de door Google opgeworpen vraag of haar weigering ook onrechtmatig is in andere landen, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten of Ierland, dan wel of er naar het recht van die landen een verplichting tot inzage/afgifte bestaat. BREIN beroept zich immers op verplichtingen van of onrechtmatig handelen door Google in Nederland en naar Nederlands recht (en voorts op inbreuk op de auteursrechten in Nederland), waarvan de schade zich – als gezegd – hier te lande doet gevoelen. Tot slot kan geen gewicht in de schaal leggen dat Google stelt dat er ook sprake is van inbreuken op rechten van buitenlandse auteurs nu BREIN zich beroept op de auteursrechten ten aanzien van de vertalingen van dergelijke boeken en overigens nog altijd slechts inbreuk op de auteursrechten in Nederland stelt.

Ontvankelijkheid/spoedeisend belang

4.2. BREIN heeft gesteld dat zij ingevolge haar statuten, alsook, althans in samenhang met artikel 3:305a BW, bevoegd is om vorderingen als in deze procedure aan de orde in te stellen ten behoeve van haar Aangeslotenen. Die bevoegdheid is niet bestreden zodat daarvan is uit te gaan.

4.3. Gelet op de gestelde dreiging van inbreuk op de auteursrechten van de Aangeslotenen in Nederland en de voortdurende weigering door Google de gegevens af te staan, is het spoedeisend belang bij de vorderingen gegeven. De omstandigheid dat het aanbod na twee weken in mei 2015 alweer door Google geblokkeerd is, doet hier niet aan af omdat de e-books nu elders, al dan niet onder een andere naam, kunnen worden aangeboden.

Toepasselijk recht

4.4. Partijen hebben niet nadrukkelijk stilgestaan bij de vraag welk recht op hun rechtsverhouding van toepassing is. Uit de stellingen van BREIN blijkt dat zij zich op Nederlands recht beroept. Google heeft weliswaar, waarover hierna, genoemd dat zij bij de vordering mogelijk in conflict komt met buitenlands recht, maar zij heeft niet gesteld dat ander recht op het hoofdgeschil van toepassing is (de voorzieningenrechter leest in nr. 22 van de conclusie van antwoord niet iets anders). Wat daarvan ook zij, naar voorlopig oordeel is op basis van artikel 4 lid 1 dan wel 8 lid 1 van Rome II, Nederlands recht van toepassing.

Afgifte persoonsgegevens Flâmanca Hollanda

4.5. De voorzieningenrechter stelt voorop dat Google de stelling van BREIN niet heeft bestreden dat (het relevante onderdeel van) Google Play op Nederland is gericht omdat deze in het Nederlands is gesteld en Nederlandse boeken van Nederlandse auteurs in de Nederlandse taal aanbiedt, terwijl ook in het hier te lande geldige betaalmiddel (euro) kan worden betaald en de aanbieder in kwestie “Hollanda” in de naam heeft.

4.6. BREIN voert aan dat in wezen sprake is van piraterij doordat de via Google Play aldus in Nederland aangeboden e-books evident illegale kopieën zijn. Dit is als zodanig door Google niet bestreden. Zij stelt wel dat er mogelijk sprake zou kunnen zijn van een geldige licentie of van uitputting (nr. 59 conclusie van antwoord) maar bij gebreke van enige onderbouwing moet dit verweer worden gepasseerd. Hierbij wreekt zich dat Google, zoals zij desgevraagd ter zitting heeft aangegeven, geen contact heeft gezocht met de accounthouder/verkoper Flâmanca Hollanda voor een reactie op de aantijgingen van BREIN. Er is zodoende uit te gaan van inbreuk op de auteursrechten van de bij BREIN Aangeslotenen in Nederland.

4.7. Vervolgens heeft Google bestreden dat de persoonsgegevens volgens artikel 28 lid 9 Aw dienen te worden afgegeven omdat dit artikel niet van toepassing zou zijn nu het ziet op vorderingen die de rechthebbende kan instellen in een procedure van inbreuk op auteursrechten. De inbreukmakende partij dient volgens Google derhalve betrokken te zijn in de procedure. De voorzieningenrechter overweegt dat, anders dan bij artikel 2.22 lid 5 BVIE, waarover de zaak Converse/Alpi handelde, de tekst van artikel 28 lid 9 Aw voor deze lezing geen aanknopingspunten biedt. De eerste zin van het artikellid ziet op een bevel aan de inbreukmaker om informatie over de herkomst en distributiekanaalen te geven. De tweede zin is echter gericht op een bevel aan (bepaalde) derden om deze informatie te geven. Er is geen beperking te lezen dat dit bevel slechts in een procedure waarin de inbreukmaker partij is zou kunnen worden gevorderd. Ook de parlementaire geschiedenis bij dit artikel ondersteunt de lezing van Google niet. Uit de volgende passage in de nota naar aanleiding van het verslag is het volgende te lezen:

“Daarnaast is het mogelijk om in kort geding (of in een bodemprocedure) rechtstreeks een tussenpersoon (internetprovider) te dagvaarden om van hem de NAW-gegevens van websitehouders te vorderen. [onderstreping vzr] Ook in deze procedure zal de eiser voldoende aannemelijk moeten maken dat hij belang heeft bij toewijzing van de vordering, namelijk het beëindigen of voorkomen van een inbreuk. Verder is het mogelijk om de vordering tot staking door de internetprovider van zijn diensten die door derden worden gebruikt om inbreuk te maken, te combineren met een vordering deze internetprovider te gebieden de NAW-gegevens bekend te maken van de houder van de website waarop de inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht gemaakt wordt. Voor toewijzing is wel een belangenafweging vereist in verband met de privacy van de betrokkenen en het gelaedeerde belang (artikel 8 onder f Wet bescherming persoonsgegevens, zie ook Hoge Raad 25 november 2005, RvdW 2005, 133, Lycos/Pessers).”

Aan de verwijzing naar het arrest Lycos/Pessers in het slot van deze passage ontleent Google dat 28 lid 9 Aw geen zelfstandige grondslag zou bieden maar dat de grondslag enkel kan zijn onrechtmatig handelen wegens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, als in

dat arrest benoemd. De voorzieningenrechter verwerpt dit betoog. Door de wetgever wordt immers vooropgesteld dat de derde rechtstreeks (lees: zonder de inbreukmaker) in rechte kan worden aangesproken. De verwijzing naar het arrest Lycos/Pessers ziet op de afweging van de belangen van de gelaedeerde tegenover de privacy van de betrokkene, ofwel in deze zaak die van BREIN tegenover die van Flámanca Hollanda. Die afweging zal hierna plaatsvinden.

4.8. Google heeft niet bestreden te kwalificeren als een derde die op commerciële schaal diensten verleent die bij de inbreuk worden gebruikt. Zij heeft nog wel aangevoerd dat deze vordering niet zou zijn in te stellen tegen een neutrale aanbieder van een online platform die zelf geen inbreuk maakt. Ook voor die stelling biedt artikel 28 lid 9 Aw evenwel geen grond. Het tegendeel kan bovendien worden afgeleid uit het arrest HvJ EU 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:485 (Coty/Sparkasse) dat een verplichting van een bank betrof tot afgifte van naam- en adresgegevens van een rekeninghouder volgens artikel 8, lid 1, onder c), van de Handhavingsrichtlijn. Artikel 28 lid 9 Aw vormt een implementatie van dat artikel van de Handhavingsrichtlijn, waarbij artikel 28 lid 9 Aw slechts in zoverre ruimer lijkt dan artikel 8 van de Handhavingsrichtlijn dat de vordering niet tijdens een inbreukprocedure behoeft te worden gedaan.

4.9. Het betreft hier volgens partijen een conflict tussen grondrechten, enerzijds het recht op bescherming van eigendom van (de Aangeslotenen bij) BREIN (alsmede het in het Unierecht neergelegde beginsel dat inbreuken op rechten van intellectuele eigendom dienen te worden tegengegaan en de effectiviteit van de Handhavingsrichtlijn) en anderzijds het recht van Google op vrij ondernemerschap en van Flámanca Hollanda op vrije meningsuiting, waaronder ook kan worden begrepen het belang om anoniem te blijven respectievelijk het recht op privacy/eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Ten eerste is volgens artikel 52 Handvest EU vereist dat de beperking bij wet is geregeld, hetgeen het geval is in artikel 28 lid 9 Aw. Ten tweede dient de beperking noodzakelijk te zijn en ten derde evenredig. Google heeft zich op het standpunt gesteld dat er een belangenafweging moet worden gemaakt maar zich ter zake de uitkomst daarvan gerefereerd aan het oordeel van de voorzieningenrechter. Overwogen wordt dat BREIN voldoende onderbouwd heeft dat de op te leggen maatregel noodzakelijk is en evenredig omdat haar belangen zwaarder dienen te wegen dan die van Google of Flámanca Hollanda.

4.10. BREIN heeft een reëel belang bij verkrijging van de identificerende gegevens, namelijk de effectieve handhaving van de auteursrechten van haar leden. Zolang Flámanca Hollanda dan wel de persoon daarachter niet in rechte kan worden aangesproken, zal hij/zij de inbreukmakende activiteiten via Google Play (en/of langs andere wegen) kunnen blijven voortzetten en zal de schade die de Rechthebbenden lijden voortduren. BREIN heeft voorts onweersproken aangevoerd dat haar geen minder ingrijpende mogelijkheid ten dienste staat om de gegevens van de houder van het account Flámanca Hollanda te achterhalen. Google is, naar niet is bestreden, voor BREIN het enige aanknopingspunt om deze houder te achterhalen en in rechte te kunnen aanspreken.

4.11. De daartegenover staande belangen van de houder van Flámanca Hollanda leggen naar voorlopig oordeel thans weinig gewicht in de schaal. Hoewel niet lichtvaardig voorbij mag worden gegaan aan het belang van de vrijheid van meningsuiting, vermag de voorzieningenrechter met BREIN vooralsnog niet in te zien dat dit belang in deze zaak een wezenlijke rol speelt. Het lijkt de houder van Flámanca Hollanda immers om niets anders te gaan dan het verspreiden van inbreuk makende e-books. Ook valt onvoldoende in te zien waarom het privacybelang van deze, niet in de privé sfeer maar kennelijk – gelet op de hoeveelheid aangeboden werken en dat hij/zij een vergoeding daarvoor bedingt – in het economisch verkeer actieve persoon, anderszins zou moeten prevaleren. Hetzelfde geldt voor de informatievrijheid. Google heeft ook niet op een zwaarwegend belang aan haar zijde gewezen om tot een andere afweging te komen, waarbij meespeelt dat mag worden aangenomen dat zij een vergoeding ontvangt voor de via Google Play aangeboden boeken. De inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap van Google is minimaal te achten: zij hoeft enkel de gegevens ter beschikking te stellen die zij, zo heeft zij erkend, thans nog heeft. Voorts is ook de hierna nog te bespreken procedure rond het verzet dat de houder kan instellen tegen verwerking van zijn persoonsgegevens niet bijzonder ingrijpend, althans is zulks door Google niet aangevoerd.

4.12. Voor zover al anders over de toepasselijkheid van artikel 28 lid 9 Aw zou worden geoordeeld, zou het bovendien in strijd komen

met de Google betamende zorgvuldigheid om onder voornoemde omstandigheden de gegevens niet af te geven (vgl. HR Lycos/Pessers).

4.13. De houder van het account zal bovendien nog een mogelijkheid krijgen thans niet onderkende belangen aan de orde stellen. BREIN heeft haar vordering zodanig ingericht dat de betrokkene eerst ingelicht zal worden van de mogelijke verwerking van de persoonsgegevens en de mogelijkheid van een verzet krijgt, een en ander kennelijk om te voldoen aan artikel 40 Wbp:

1. Indien gegevens het voorwerp zijn van verwerking op grond van artikel 8, onder e en f, kan de betrokkene daartegen bij de verantwoordelijke te allen tijde verzet aantekenen in verband met zijn bijzondere persoonlijke omstandigheden.
2. De verantwoordelijke beoordeelt binnen vier weken na ontvangst van het verzet of het verzet gerechtvaardigd is. Indien het verzet gerechtvaardigd is beëindigt hij terstond de verwerking.
3. De verantwoordelijke kan voor het in behandeling nemen van een verzet een vergoeding van kosten verlangen, die niet hoger mag zijn dan een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag. De vergoeding wordt teruggegeven in geval het verzet gegrond wordt bevonden.
4. Dit artikel is niet van toepassing op openbare registers die bij de wet zijn ingesteld.

Zodoende komt hetgeen BREIN vordert niet in strijd met de Nederlandse toepasselijke privacywetgeving.

Gegevens van buiten de EU

4.14. Google bestrijdt voorts dat zij in dit kort geding door de Nederlandse rechter verplicht kan worden om gegevens die betrekking hebben op landen buiten de EU aan BREIN af te staan, omdat zij meent dat er landen zijn waarbij dit in strijd kan komen met de aldaar toepasselijke privacywetgeving. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Zoals uit het voorgaande is gebleken bestaat er naar Nederlands recht een dergelijke verplichting. Het verweer van Google is in wezen te typeren als overmacht. Wat zij immers stelt is dat nakoming van haar verplichting naar Nederlands recht haar door toepasselijke buitenlandse privacywetgeving onmogelijk wordt gemaakt. Google, aan wie het is om een dergelijke overmacht te stellen en bij betwisting te bewijzen, heeft evenwel op geen enkele buitenlandse rechtsregel gewezen die dit gevolg met zich brengt. Hierbij wreekt zich dat er geen inzicht is in welk mogelijk buitenlands recht dan van toepassing zou kunnen zijn. Google heeft dat niet aangegeven hoewel zij over deze informatie beschikt. Er is bij wege van voorbeeld gesproken over de mogelijke toepasselijkheid van Turks of Amerikaans recht, maar iedere onderbouwing ontbreekt dat in een geval als dit Google daadwerkelijk de gegevens naar het recht van die landen niet zou mogen afgeven. Voorts verdient opmerking dat geenszins is uit te sluiten dat de gegevens naar een Nederlandse account zijn te herleiden, waarbij de privacywetgeving zoals hiervoor overwogen voorshands geen belemmering vormt.

Slotsom

4.15. Met partijen is gesproken over hoe een eventueel toe te wijzen bevel is in te richten. Omdat onzeker is of de houder verzet aantekent, zal de voorzieningenrechter een tussenvonnissen wijzen waarbij Google bevolen wordt de gevorderde gegevens aan BREIN te geven, evenwel onder de voorwaarde dat de houder van het account Flámanca Hollanda geen verzet aantekent tegen de hem/haar aangekondigde verwerking van de persoonsgegevens. Mocht er verzet komen, dan zal dit aan de voorzieningenrechter worden voorgelegd zoals door BREIN beoogd, waarbij Google de reactie van de houder op het verwijt van BREIN en eventuele door hem/haar nog specifiek gestelde belangen geanonimiseerd zal inzenden. Google dient daarbij wel specifiek aan de houder te melden dat indien deze zich op het standpunt stelt dat van auteursrechtinbreuk geen sprake is (bijvoorbeeld vanwege een licentie of uitputting als voornoemd), dit gedocumenteerd en onderbouwd dient te worden gedaan. Omdat in het laatste geval er weinig reden lijkt dat de houder onbekend blijft, kan Google haar aankondiging doen vergezellen van een verzoek aan de houder om zich dan ook in deze procedure te voegen of tussen te komen dan wel anderszins ter zitting aanwezig te zijn. De zaak zal pro forma worden aangehouden tot zaterdag 12 december 23:00 u om een en ander uitvoering te geven, voor welke datum de meest gerede partij de voorzieningenrechter schriftelijk zal laten weten of een vervolgzitting geëigend moet worden, desnodig onder opgave van verhinderdata.

4.16. De voorzieningenrechter hecht eraan op te merken dat het te prefereren was geweest dat, zoals ter zitting aangegeven en hiervoor

reeds opgemerkt, Google de anonymus voorafgaand aan de zitting zou hebben gevraagd om een reactie op de aantijgingen van BREIN en/of hij/zij zich verzet tegen afgifte van de gevraagde persoonsgegevens en waarom. Dan zou een tussenvonnis wellicht niet nodig zijn geweest.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt Google om binnen 3 weken na dit vonnis aan de raadsman van BREIN ten behoeve van BREIN de volgende gegevens, voor zover Google daarover beschikt, te verschaffen met betrekking tot de houder(s) van de Google Play Books Partner Center Publisher Account(s) van waaruit boeken zijn geüpload onder de Google Play Books URL(s) die BREIN heeft aangemeld in haar verwijderingsverzoek van 19 mei 2015 (Google zaaknr. 7648800007259), zoals omschreven in het lichaam van de dagvaarding:

Ten aanzien van het Publisher Account:

- a. abonnee-informatie;
- b. het IP adres van de computer waarmee het Publisher Account is aangemaakt;
- c. facturatie-informatie, d.w.z. postadres en bankrekeningnummer, naam van de bank en tenaamstelling van de bankrekening;

Ten aanzien van het Google Account dat is gebruikt om het Publisher Account aan te maken:

- d. de datum en tijd waarop het Google Account is aangemaakt;
- e. het IP adres van de computer waarmee het Google Account is aangemaakt;
- f. IP adressen van de computers waarmee de gebruiker heeft ingelogd op het Google Account;
- g. het voor het Google Account opgegeven secundaire emailadres en de opgegeven voor- en achternaam;

een en ander onder de voorwaarde dat de betrokkene niet binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis bij Google verzet heeft aange tekend met het doel om verstrekking van deze gegevens aan BREIN te voorkomen;

5.2. verklaart het onder 5.1 gegeven bevel uitvoerbaar bij voorraad, doch uitsluitend voor zover het ziet op de verstrekking van gegevens die betrekking hebben op adressen, bankrekeningen en IP-adressen binnen de Europese Unie;

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan, pro forma tot zaterdag 12 december 23:00 u om een en ander uitvoering te geven, voor welke datum de meest gerede partij de voorzieningenrechter schriftelijk zal laten weten of een vervolgzitting geagendeerd moet worden, desnodig onder opgave van alle relevante verhinderdata, dan wel of de zaak schriftelijk kan worden afgedaan of doorgehaald.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.F. Brinkman en in het openbaar uitgesproken op 5 oktober 2015.

Noot

Anton Ekker

Mr. dr. A.H. Ekker is advocaat bij HeidemanBoot Advocaten te Amsterdam.

In mei 2015 constateert BREIN dat via het 'Books Partner Center' van Google inbreukmakende e-books worden aangeboden via het account van 'Flámanca Hollanda'. Nadat Google geweigerd heeft om de identificerende gegevens van 'Flámanca Hollanda' vrijwillig te verstrekken, heeft BREIN een kort geding aangespannen.

De vordering van BREIN wordt toegewezen op basis van artikel 28 lid 9 Auteurswet. Deze bepaling biedt de rechter – kort gezegd – de mogelijkheid om een partij die op commerciële schaal diensten verleent die bij de inbreuk worden gebruikt, te bevelen al hetgeen hem bekend is omtrent de herkomst en distributiekanaalen van de inbreukmakende goederen of diensten en alle daarop betrekking hebbende gegevens aan de rechthebbende te verstrekken.

De verstrekking van identificerende gegevens door Google is aan te merken als een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Voor deze verwerking dient daarom een verwerkingsgrondslag aanwezig te zijn in de zin van artikel 8 Wbp. Deze bepaling bevat een aantal specifieke doelen waaraan kan worden getoetst. In dit geval is de 'restbepaling' van artikel 8 sub f Wbp de enige mogelijke grondslag. Voor het geval geen beroep kan worden gedaan op een van de meer specifieke doelen in artikel 8 Wbp, is hier geregeld dat persoonsgegevens mogen worden verwerkt 'indien dit noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert'.

Wanneer gegevensverwerking plaatsvindt op basis van artikel 8 sub f Wbp, heeft de betrokkene het recht om bij de verantwoordelijke verzet aan te tekenen tegen de verstrekking van zijn gegevens. Dit volgt uit artikel 40 Wbp. In veel gevallen zal van dit recht echter geen gebruik worden gemaakt, simpelweg omdat de betrokkene niet van de gegevensverwerking op de hoogte is. BREIN heeft op dit bezwaar geanticipeerd door haar vordering zodanig in te richten dat de betrokkene eerst ingelicht wordt van de mogelijke verwerking van de persoonsgegevens (zie r.o. 4.13). Dit is opvallend omdat BREIN zelf niet wettelijk verplicht is tot een dergelijke notificatie. Voor Google valt een dergelijke verplichting wel te lezen in artikel 33 lid 3 Wbp.¹

Dat de eiser in deze zaak rekening houdt met het recht op verzet van de betrokkene en een corresponderende notificatieverplichting van de tussenpersoon, valt mijns inziens toe te juichen. Deze gang van zaken roept wel de vraag op of aanvaarding van een meer expliciet geformuleerde notificatieverplichting voor dit soort situaties wenselijk zou zijn. Een sterk argument voor een notificatieplicht is het feit dat een betrokkene alleen tegen een beperking van zijn rechten op kan komen als hij weet dat die beperking heeft plaatsgevonden. Notificatie stelt de betrokkene in staat om de verstrekker ter verantwoording te roepen voor een schending van zijn rechten.²

Google zou hoogstwaarschijnlijk niet opkijken van een dergelijke notificatieverplichting. In Californië bestaat deze verplichting al sinds 2003.³ Een belangrijk verschil met de Nederlandse situatie is dat procedures waarin gegevensverstrekking wordt geëist in Californië worden aangespannen tegen de anonieme gebruiker zelf in een zogenaamde 'John Doe-procedure'. Deze mogelijkheid kent het Nederlandse recht niet.⁴

Omdat onzeker was of de betrokkene verzet zou aantekenen, heeft de voorzieningenrechter in deze zaak een tussenvonnis gewezen waarbij Google bevolen werd de gevorderde gegevens aan BREIN te geven, evenwel onder de voorwaarde dat de gebruiker van het account Flámanca Hollanda geen verzet zou aantekenen tegen de hem/haar aangekondigde verwerking van de persoonsgegevens. Mocht er verzet komen, dan zou dit aan de voorzieningenrechter worden voorgelegd, waarbij Google de reactie van de houder op het verrijt van BREIN en eventuele door hem/haar nog specifiek gestelde belangen geanonimiseerd zal inzenden. Aan Google is daarbij meegegeven aan de betrokkene te melden dat indien deze zich op het standpunt stelt dat van auteursrechtinbreuk geen sprake is (bijvoorbeeld vanwege een licentie of auteursrechtelijke uitputting) dit gedocumenteerd en onderbouwd dient te worden gedaan.

1 Artikel 33 lid 3 heeft betrekking op de situatie waarin de verantwoordelijke persoonsgegevens heeft verkregen bij de betrokkene zelf. Deze bepaling luidt: 'De verantwoordelijke verstrekt nadere informatie voor zover dat gelet op de aard van de gegevens, de omstandigheden waaronder zij worden verkregen of het gebruik dat ervan wordt gemaakt, nodig is om tegenover de betrokkene een behoorlijke en zorgvuldige verwerking te waarborgen.'

2 Zie A.H. Ekker, *Anoniem communiceren: van drukpers tot weblog. Een onderzoek naar de grondrechtelijke bescherming van openbare anonieme communicatie*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 227 e.v.

3 Idem, p. 72. Zie art. 1985.3 California Code of Civil Procedure.

4 Zie hierover mijn aanbevelingen en de reactie daarop van Remy Chavannes, advocaat van Google in deze procedure. R.D. Chavannes, 'Effectief procederen tegen anonieme internetgebruikers, Alternatieve mechanismen voor de beslechting van geschillen over de verstrekking van NAW-gegevens door internet providers aan derden', *Nederlands Juristenblad*, 24 augustus 2007.

Bij brief van 22 oktober 2015 heeft Google aangegeven dat de betrokkene heeft gereageerd op de aankondiging van Google. Aan de geanonimiseerde reactie viel, in de woorden van de voorzieningenrechter, 'geen touw vast te knopen'. Een serieus en onderbouwd verweer, bijvoorbeeld dat de ebooks wel een legale oorsprong zouden hebben, viel daarin niet te ontdekken. De vordering van BREIN is derhalve onvoorwaardelijk toegewezen.⁵

Noot

Cathalijne van der Plas

Mr. dr. C.G. van der Plas is universitair docent Internationaal Privaatrecht aan de UvA en advocaat bij Höcker Advocaten te Amsterdam.

Bovenstaande uitspraak is één van de weinige uitspraken waarin de IPR-aspecten van een informatieverzoek zo uitdrukkelijk aan de orde komen. Alleen al daarom is dit vonnis de moeite van het bespreken waard; er is op dat punt namelijk nog veel onduidelijk. Waar ging het om?

Stichting BREIN heeft Google Inc. en Google Ireland Ltd. (gezamenlijk aangeduid als Google) gedagvaard voor de Nederlandse rechter, omdat Google niet bereid was vrijwillig bepaalde informatie te verstrekken over de Google- en Publisher account *Flāmanca Hollanda* waarop – via de website Google play – inbreukmakende activiteiten plaatsvonden. Het ging daarbij om identificerende bedrijfsgegevens van de verantwoordelijke(n) van de account.

BREIN vordert in kort geding een gebod aan Google tot het verstrekken van deze informatie, waarbij BREIN het gebod zo inkleedt dat het niet in strijd met de Nederlandse toepasselijke privacywetgeving komt. Voorts beperkt BREIN haar vordering het gebod uitvoerbaar bij voorraad te laten zijn tot de verstrekking van de gegevens met betrekking tot bankrekeningen en (IP-)adressen binnen de EU. Het gebod de gegevens te verstrekken (hierna: het informatieverzoek) wordt gebaseerd op i) art. 28(9) Aw, ii) art. 6:162 BW, iii) art. 26d Aw⁶ en iv) art. 843a Rv.

De Nederlandse rechter dient ambtshalve zijn bevoegdheid vast te stellen. Alleen als de Brussel I Herschikking (ook wel aangeduid als Brussel Ibis of – zoals in deze uitspraak – als EEX II⁷) formeel of materieel niet van toepassing is, komt de rechter daarbij toe aan het commune Nederlandse internationaal bevoegdheidsrecht (artt. 1-14 Rv). Materieel is de Herschikking van toepassing op de vorderingen jegens zowel Google Ireland als Google Inc.: de vorderingen betreffen een civiele zaak.⁸ Formeel is de Herschikking echter niet van toepassing op de vordering jegens Google Inc., nu Google Inc. niet in een EU-lidstaat is gevestigd.

Bij dat laatste past een kanttekening: de forumkeuzebepaling in de Herschikking (art. 25) heeft een afwijkend formeel toepassingsgebied. Geen van de partijen hoeft in een EU-lidstaat te zijn gevestigd, maar wel moet gekozen zijn voor een rechter van een EU-lidstaat. Er bestaat discussie over de vraag of dit afwijkende formele toepassingsgebied ook geldt voor de impliciete forumkeuze (art. 26 Brussel I Herschikking). Uit de tekst van de Herschikking lijkt te volgen dat het afwijkend formeel toepassingsgebied niet geldt voor de impliciete forumkeuze, maar gelet op de samenhang van de twee bepalingen

zou daar wel wat voor te zeggen zijn. Het praktisch belang van deze discussie is voor Nederlandse procedures echter zeer beperkt, nu de bepaling over impliciete forumkeuze in ons commune internationaal bevoegdheidsrecht (art. 9 Rv) nagenoeg gelijk is aan die in de Herschikking.

Google betwist de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet voor zover het informatieverzoek van BREIN betrekking heeft op landen binnen de EU; voor dat deel van de vordering van BREIN is sprake van een impliciete forumkeuze. Bovenstaande kanttekening verklaart waarom de rechter zijn bevoegdheid in dat verband zowel op art. 26 Brussel I Herschikking als op art. 9 Rv. baseert.

Voor zover de vorderingen jegens Google Ireland en Google Inc. zien op gegevens die betrekking hebben op landen buiten de EU, baseert de rechter zijn bevoegdheid jegens Google Ireland op art. 7(2) Brussel I Herschikking en jegens Google Inc. op art. 6 sub e Rv. Beide bepalingen creëren bevoegdheid ten aanzien van een verbintenis uit onrechtmatige daad. Art. 6 sub e Rv is de commune variant van art. 7(2) Brussel I Herschikking; de jurisprudentie van het Hof van Justitie is ook voor de uitleg van de bepaling in Rechtsvordering relevant. Dit betekent o.a. dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van een geschil over een verbintenis uit onrechtmatige daad, indien het *Handlungsort* – voor zover zij niet samenvallen – het *Erfolgsort* in Nederland is gelegen.

Nu het hier gaat om een informatieverzoek in kort geding, rijst allereerst de vraag of de Nederlandse rechter ook als bodemrechter bevoegd zou zijn. Als dat niet het geval zou zijn, zou de Nederlandse rechter ten aanzien van Google Ireland zijn bevoegdheid mede⁹ moeten baseren op art. 35 Brussel I Herschikking. Daaraan kleven twee problemen: 1) het is maar zeer de vraag of een vordering tot het verstrekken van bepaalde gegevens een 'voorlopige en bewarende maatregel' is in de zin van art. 35 Brussel I Herschikking,¹⁰ en 2) een voorlopige of bewarende maatregel gegeven door een rechter die niet als bodemrechter bevoegd is, valt niet onder de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van Brussel I Herschikking (zie art. 2a), zodat geen sprake zal zijn van automatische erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing. Als de Nederlandse rechter wel als bodemrechter bevoegd zou zijn, heeft hij bij het geven van voorlopige of bewarende maatregelen niet te maken met de beperkingen van art. 35 Brussel I Herschikking.

Maar wat is bij een informatieverzoek de relevante bodemprocedure? Is dat de procedure tegen de inbreukmaker, nu de informatie wordt vergaard om achter de inbreukmaker aan te gaan?¹¹ Of heeft de procedure tegen Google Ireland uit hoofde van onrechtmatige daad te gelden als relevante bodemprocedure? De rechter lijkt van dat laatste uit te gaan. Zijn bevoegdheid is gebaseerd op (de plaats van) de schade die wordt geleden als gevolg van de weigering van Google de gevraagde gegevens te verstrekken, en niet op (de plaats van) de schade die wordt geleden als gevolg van de auteursrechtinbreuk door de gebruiker van het account *Flāmanca Hollanda*.

De redenering van de rechter daarbij is dat de weigering de gevraagde gegevens te verstrekken weliswaar buiten Nederland plaatsvindt (*Handlungsort*), maar dat met die weigering Nederlandse bepalingen worden geschonden en daarom de schade in Nederland te lokaliseren is (*Erfolgsort*). Deze redenering komt er in feite op neer dat bij een informatieverzoek de Nederlandse rechter steeds bevoegd is ten aanzien van een buitenlandse gedaagde, als die gedaagde niet vrijwillig voldoet aan het informatieverzoek, terwijl wel is voldaan aan

⁵ Zie Rechtbank Den Haag, 6 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12706

⁶ Deze bepaling lijkt niet in het rijtje thuis te horen, aangezien zij ziet op een bevel tot staking en niet op het verstrekken van gegevens. Daarom zal ik deze bepaling verder buiten beschouwing laten.

⁷ Ik acht deze benaming minder gelukkig, omdat daarmee het risico op verwarving bestaat met de Brussel Ibis en diens voorganger Brussel II betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid.

⁸ Ook temporeel is de Herschikking van toepassing, omdat de vordering is ingesteld na 10 januari 2015. Als de vordering vóór dat moment was ingesteld, dan zou de Brussel I-verordening nog van toepassing zijn geweest. Let wel, de Brussel I-verordening zal nog enige tijd van belang zijn voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen, omdat de betreffende regeling in de Herschikking alleen van toepassing is op beslissingen van EU-rechter die zijn gegeven op vorderingen ingesteld op of na 10 januari 2015.

⁹ Artikel 35 Brussel I Herschikking schept zelf geen bevoegdheid; er moet dus ook altijd een (andere) bevoegdheidsgrond aanwezig zijn. Zie bijv. rb. Midden-Nederland, 11 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2-13:6129, r.o. 4.4.

¹⁰ Het Hof van Justitie heeft in het arrest *St. Paul Dairy* ten aanzien van het voorlopige getuigenverhoor beslist dat een dergelijke maatregel niet onder het begrip 'voorlopige of bewarende maatregelen' valt van destijds art. 24 EEX-verdrag, nu art. 35 Brussel Herschikking, omdat met deze maatregel wordt beoogd "de aanvrager daarvan in staat te stellen, in te schatten of een eventuele vordering opportuun is, de rechtsgrondslag van de vordering te bepalen en de relevantie te beoordelen van de middelen die in dat verband kunnen worden aangevoerd". HvJ EG 28 april 2005, C-104/03, NJ 2006/636 m.nt. Vlas (*St. Paul Dairy/Unibel*). Inmiddels wordt in de preambule bij de Brussel I Herschikking (par. 25) expliciet vermeld dat het voorlopige getuigenverhoor niet onder art. 35 valt. Voor een informatieverzoek, of die nu is gebaseerd op art. 843a Rv, art. 28 lid 9 Aw of art. 6:162 BW, geldt mijns inziens hetzelfde.

¹¹ Weliswaar is nog niet bekend wie de inbreukmaker is en waar diegene gevestigd is waardoor de Nederlandse rechter niet kan vaststellen of hij als rechter van de woonplaats van gedaagde (art. 4(1) BI Herschikking) bevoegd zou zijn, maar hij kan wel nagaan of hij op grond van art. 7(2) BI Herschikking bevoegd zou zijn jegens de inbreukmaker.

de voorwaarden die naar Nederlands recht¹² worden gesteld aan het betreffende informatieverzoek. Dat gaat ver, zeker wanneer het informatieverzoek is gericht aan een derde, niet zijnde de inbreukmaker zelf.

De rechter trekt bij de lokaliserings van de schade, veroorzaakt door de weigering van Google, een parallel met de lokaliserings van de door de inbreukmaker veroorzaakte schade en verwijst daarbij naar de jurisprudentie van het Hof op dit punt. Wat de rechter zich niet lijkt te realiseren, is dat uit de door hem aangehaalde jurisprudentie ook volgt dat de rechter van het *Erfolgsort* uitsluitend bevoegd is te oordelen over de lokale schade; dit wordt ook wel aangeduid met het mozaïekbeginsel. Alleen de rechter van het *Handlungsort* of de rechter van de woonplaats van de gedaagde is bevoegd te oordelen over alle schade, waaronder ook de schade die is geleden in andere landen.¹³

Naar mijn mening heeft deze territoriale bevoegdheidsbeperking van de *Erfolgsort*-rechter ook te gelden bij een informatieverzoek.¹⁴ In lijn met het onderscheid zoals dat in deze procedure wordt gemaakt door BREIN tussen gegevens die 'betrekking hebben op'¹⁵ landen binnen/buiten de EU, zou de Nederlandse rechter als *Erfolgsort*-rechter dan alleen bevoegd zijn inzage te gelasten van gegevens die betrekking hebben op Nederland. Als BREIN ook gegevens wil die betrekking hebben op andere landen, moet BREIN maar een procedure starten voor de rechter van de 'woonplaats'¹⁶ van Google Ireland of bij de rechter van het *Handlungsort* (die afhankelijk van de concrete omstandigheden – mogelijk samenvalt met de woonplaats van Google Ireland). Voor het informatieverzoek jegens Google Inc. moet hetzelfde standpunt worden ingenomen, nu art. 6 sub e Rv overeenkomstig art. 7 lid 2 Brussel I Herschikking wordt uitgelegd.

Bij deze territoriale beperking zit nog wel een lastigheid: waar moet bij een informatieverzoek de scheidslijn worden gelegd? Voor de scheidslijn zou bijvoorbeeld ook kunnen worden aangeknoopt bij de plaats waar de informatie zich bevindt. Als voor die scheidslijn gekozen zou worden, zou de Nederlandse rechter als *Erfolgsort*-rechter alleen bevoegd zijn ten aanzien van de gegevens in Nederland, ongeacht of die gegevens betrekking hebben op andere landen. Ook is denkbaar dat een combinatie van beide geldt: de Nederlandse rechter is dan alleen bevoegd ten aanzien informatie die zich in Nederland bevindt en op (bankrekeningen en IP-adressen in) Nederland betrekking heeft. Zolang het Hof van Justitie zich hierover niet heeft uitgesproken, zal dit onduidelijk zijn.

Dan nu de overstap naar het toepasselijke recht. Ook dat is nog niet zo eenvoudig. Voorop dient te worden gesteld dat de rechtsverordering een gebod bepaalde gegevens te verstrekken betreft en niet een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding vanwege onrechtmatig handelen. Dat maakt verschil. IPR-technisch dient het informatieverzoek van BREIN te worden gekwalificeerd als vallende onder het procesrecht. Welke maatregel kan worden gevraagd en aan welke vereisten moet zijn voldaan, is in beginsel een kwestie van

procesrechtelijke aard. Op procesrechtelijke kwesties is de *lex fori* van toepassing; in casu Nederlands recht.¹⁷

Vervolgens wordt aan de Rome II-verordening toegekomen, voor zover in het kader van het informatieverzoek ook materieelrechtelijke vragen beantwoord dienen te worden. Zo dient voor toewijzing van het informatieverzoek ex art. 28 lid 9 BW te worden vastgesteld dat sprake is van een auteursrechtinbreuk. Bij de grondslag van art. 6:162 BW vormt het onrechtmatig handelen van Google zelf een voorwaarde voor toewijzing van het verzoek.¹⁸

De rechter mist de stap van de procesrechtelijke kwalificatie – althans maakt deze niet expliciet – en past alleen de verwijzingsregels van de Rome II-verordening toe. Op grond van zowel art. 4(1) Rome II als art. 8(1) Rome II acht de rechter Nederlands recht van toepassing op de rechtsverhouding van partijen. Daarbij geldt mijns inziens dat die laatste verwijzingsregel alleen van toepassing is op de vraag of er sprake is van een auteursrechtinbreuk; het toepasselijke recht op de vraag of Google zelf onrechtmatig heeft gehandeld kan niet op grond van deze verwijzingsregel worden vastgesteld.

Beide wegen leiden in casu naar toepasselijkheid van Nederlands recht. Google brengt nog naar voren dat – wat betreft de gegevens die betrekking hebben op landen buiten de EU – het (privacy)recht zich zou kunnen verzetten tegen een bevel tot inzage/afgifte.¹⁹ Google doet dat echter zonder het concreet te maken, waardoor de rechter niets met dit verweer kan. Als Google het wel had geconcretiseerd door te wijzen op specifieke buitenlandse regelingen en toe te lichten wat de consequentie voor Google zou zijn als deze regelingen geschonden zouden worden, had de rechter daarmee op verschillende manieren rekening kunnen houden. De betreffende buitenlandse regeling (die verplicht tot geheimhouding en aan de schending daarvan mogelijk sancties verbindt) kwalificeert wellicht als buitenlandse voorrangregel en zou om die reden door de Nederlandse rechter kunnen worden toegepast ongeacht het toepasselijke Nederlandse recht.²⁰ Een alternatief zou zijn dat de omstandigheid, dat Google buitenlandse regelgeving schendt, wordt aangemerkt als een overmacht opleverende omstandigheid en op die manier in de weg staat aan toewijzing van het informatieverzoek.²¹ Die laatste route stond de rechter in deze zaak kennelijk voor ogen (zie r.o. 4.14). Overigens speelt hier nog de vraag doorheen in hoeverre bij het informatieverzoek de route van het Haags Bewijsverdrag gevolgd had moeten worden; ik laat die vraag hier verder rusten.²²

Ter afsluiting trek ik een lijntje naar de 'wraakporno-zaak', waarin Facebook Ireland Ltd. en Facebook Netherlands B.V. werden veroordeeld om gegevens van een inbreukmaker te verstrekken. Dat informatieverzoek was uitsluitend gebaseerd op art. 6:162 BW. Opmerkelijk genoeg wijdt de rechter in die zaak geen enkele overweging aan de IPR-aspecten, noch qua bevoegdheid, noch qua toepasselijk recht. Dat die er wel waren en – indien door (één van) de partijen aan de orde gesteld²³ – nog niet zo makkelijk te beantwoorden waren, blijkt bovenstaande zaak.

12 Hier zit iets raars: de Nederlandse bepaling moet dan wel van toepassing zijn; zij kan niet louter van toepassing zijn doordat in het informatieverzoek bij Nederlands recht wordt aangeknoopt. Zo is bijvoorbeeld art. 843a Rv – als procesuele maatregel – alleen van toepassing als de Nederlandse rechter bevoegd is. Terwijl in de redenering van de rechter de schending van art. 843a Rv zou leiden tot zijn bevoegdheid als *Erfolgsort*-rechter.

13 Zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, no. 239; A.A.H. van Hoek, eDate advertising: de Europese oplossing voor het probleem van 'libel tourism?', *AAe* 2012, p. 657 e.v.

14 Vgl. S.J. Schaafsma, Philips/Postech en het grensoverschrijdend verbod. Qua patet orbis. In: Boer Th. M. de, e.a. (red.) Strikwerda's conclusies. *Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*. Deventer: Kluwer 2011. 431-444. Schaafsma zet in deze publicatie op heldere wijze uiteen hoe de Interlas-leer zich verhoudt tot de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter.

15 Blijkens r.o. 4.1 heeft Brein daarmee het oog op adressen en adresgegevens van buiten de EU, bankrekeningen gehouden buiten de EU en IP adressen die leiden naar buiten de EU.

16 Dit begrip wordt ruim uitgelegd in art. 63 Brussel I Herschikking: onder woonplaats van vennootschappen en rechtspersonen wordt begrepen de plaats van hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging. Als deze plaatsen niet samenvallen, kan de eiser kiezen in welke 'woonplaats' hij een procedure start.

17 Zie hierover Asser/Vonken 10-I 2013/31.

18 Bij een informatieverzoek gebaseerd op art. 843a Rv hoeft mijns inziens geen materieelrechtelijke vraag te worden beantwoord.

19 De informatieplicht voor derden als bedoeld in art. 28 lid 9 Aw betreft een implementatie van art. 8 van de Europese Handhavingsrichtlijn. Eenzelfde verplichting bestaat derhalve in de andere EU-landen, waardoor in die landen de derde die voldoet aan zijn informatieplicht geen verwijt kan worden gemaakt daarmee de in dat land geldende privacyregels te schenden. Ik vermoed dat Google om die reden haar verweer heeft beperkt tot gegevens die betrekking hebben op landen buiten de EU.

20 Zie over dit leerstuk: Asser/Vonken 10-I 2013/472-525.

21 Zo zou bijvoorbeeld bij toepassing van art. 843a Rv de omstandigheid dat Google bij het voldoen aan het informatieverzoek in strijd met buitenlandse regelgeving handelt en daardoor een reëel risico loopt op sancties door de rechter kunnen worden aangemerkt als gewichtige reden als bedoeld in art. 843a lid 3 Rv die aan toewijzing van het informatieverzoek in de weg staat. Zie hierover uitgebreid: C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken*, Offerhauskring, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

22 Zie daarover eveneens: C.G. van der Plas, t.a.p., p. 45-46.

23 Kennelijk heeft Facebook Ireland de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet betwist, waardoor de rechter op grond van impliciete forumkeuze bevoegdheid kon aannemen (art. 26 Brussel I Herschikking). Qua toepasselijk recht gingen partijen er kennelijk vanuit dat Nederlands recht van toepassing was, waardoor de rechter op grond van art. 14 Rome II Nederlands recht kon toepassen (mits die rechtskeuze voldoende duidelijk blijkt uit de omstandigheden van het geval). Wat de procesrechtelijke aspecten betreft: over de toepasselijkheid van de *lex fori processus*-regel valt niets te kiezen. Idealiter had de rechter zijn bevoegdheid en het toepasselijke recht gemotiveerd zodat duidelijk is dat de IPR-aspecten niet door de rechter en de partijen over het hoofd zijn gezien.