

# De plaats van het schadebrengende feit nader bepaald: het arrest eDate Advertising GmbH en Martinez

Mr. H.W. Wefers Bettink\*

Op 25 oktober 2010 heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan in de gevoegde zaken *eDate Advertising GmbH/X* en *Martinez/MGN Limited*. Daarin heeft het Hof van Justitie een belangrijke aanvullende regel gegeven om te bepalen voor welke rechter degene die is geschaad door een publicatie op internet zijn volledige schade kan verhalen. Voor een dergelijk geval moet de plaats van het schadebrengende feit van artikel 5 punt 3 EEX-Verordening<sup>1</sup> aldus worden uitgelegd dat tevens de rechter bevoegd is van de plaats waar de gelaedeerde het centrum van zijn belangen heeft. Tevens bepaalde het Hof van Justitie dat de bevoegde rechter daarbij overeenkomstig artikel 3 van de Richtlijn inzake elektronische handel ('de Richtlijn')<sup>2</sup> het recht van de vestigingstaat van de uitgever moet toepassen, met inbegrip van het civiele recht.

*HvJ EU 25 oktober 2010, gevoegde zaken C-509/09 en C-161/10, eDate Advertising GmbH en Martinez, n.n.g.*

## Feiten en vragen

### Zaak C-509/09 (eDate Advertising)

In de zaak *eDate Advertising* sommeerde X, Duits onderdaan, het in Oostenrijk gevestigde eDate Advertising om een publicatie van haar website te verwijderen, waarmee volgens hem inbreuk werd gemaakt op zijn persoonlijke levenssfeer. eDate Advertising, dat online media campagnes verzorgt gericht op de homogemeen-

schap in Oostenrijk, had op haar website onder <www.rainbow.at> een publicatie uit 1999 staan, waarin verslag werd gedaan van het hoger beroep van X tegen zijn veroordeling tot levenslange gevangenisstraf wegens de moord op een bekende homofiele Duitse acteur in 1990. eDate Advertising voldeed aan de sommatie, maar weigerde een verklaring af te geven dat zij de berichtgeving ook in de toekomst niet meer op haar website zou plaatsen. Daarom vorderde X in Duitsland een gebod voor eDate Advertising om iedere berichtgeving over hem in verband met de moord met vermelding van zijn volledige naam te staken. In eerste aanleg en hoger beroep werd deze vordering toegewezen. Het Bundesgerichtshof heeft vervolgens aan het Hof van Justitie gevraagd of de woorden 'plaats waar het schadebrengende feit zich kan voordoen' in artikel 5 punt 3 EEX-Verordening in het geval van (dreigende) schendingen van persoonlijkheidsrechten door de inhoud van een website aldus moeten worden uitgelegd dat de betrokkene tegen de beheerder van de website een vordering tot staking kan instellen bij de gerechten van elke lidstaat waar die website kan worden opgeroepen, of dat daarvoor is vereist dat er tussen de gelaakte inhoud op de website en de forumstaat een bijzondere band bestaat die verdergaat dan de louter technische mogelijkheid om die website op te roepen.

Voor het geval een dergelijke nationale aanknopingsfactor is vereist, werd gevraagd welke criteria daarvoor bepalend zijn.

Zou de Duitse nationale rechter bevoegd zijn dan rijst volgens het Bundesgerichtshof de vraag of Duits recht of Oostenrijks recht moet worden toegepast. Het antwoord daarop hangt af van de uitleg van het toepasselijke artikel 3 van de Richtlijn, dat kort gezegd bepaalt dat een lidstaat er zorg voor moet dragen dat op zijn grondgebied gevestigde dienstverleners van de informatiemaatschappij voldoen aan de geldende nationale bepalingen die vallen binnen het door de Richtlijn gecoördineerde gebied. Andere lidstaten mogen deze

\* Mr. H.W. Wefers Bettink is advocaat bij Houthoff Buruma.

1. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12/1).

2. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Pb. EG 2000, L 178/1).

dienstverleners bij het grensoverschrijdend zaken doen geen aanvullende eisen opleggen, voor zover het gaat om onderwerpen die binnen het aldus gecoördineerde gebied vallen. In verband daarmee heeft het Bundesgerichtshof het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of artikel 3 van de Richtlijn een conflictregel bevat ten gevolge waarvan het recht van het land van herkomst toepasselijk zou zijn, dan wel dat die bepalingen uitsluitend een correctief zijn op materieelrechtelijk vlak, waardoor het materieelrechtelijk resultaat van het volgens de nationale collisioneregels toepasselijk recht inhoudelijk kan worden gewijzigd en gereduceerd tot de vereisten van het land van herkomst. Deze vraag was van belang omdat het gevorderde bevel tot staking van de berichtgeving niet kon worden toegewezen als Duits recht van toepassing was, maar wel als de zaak naar Oostenrijks recht (het land van herkomst van eDate Advertising) moest worden berecht.

### Zaak C-161/10 (Martinez)

In de zaak *Martinez* klaagden de Franse acteur Olivier Martinez en zijn vader Robert Martinez in Frankrijk eveneens over inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer (alsmede schending van het portretrecht van Olivier Martinez) door een internetpublicatie. In dat geval ging het om een artikel met een foto van Olivier Martinez, onder de kop ‘Kylie Minogue weer samen met Olivier Martinez’, dat op de website van de *Sunday Mirror* was gepubliceerd en waarin ook vader Martinez werd aangehaald. Zij vorderden voor de Franse rechter vergoeding van de volledige door hen als gevolg van de publicatie geleden schade. Het Tribunal de Grande Instance de Paris stelde de vraag of een schadeveroorzakend feit dat berust op verspreiding via internet geacht kan worden zich te hebben voorgedaan op het grondgebied van een lidstaat, indien er een voldoende, substantieel of significant verband bestaat met dat grondgebied en, meer in het bijzonder, aan welke criteria een dergelijke band zou moeten voldoen.

### Uitleg artikel 5 punt 3 EEX-Verordening

Bij de beantwoording van de uitlegvragen over de plaats van het schadebrengende feit wijst het Hof van Justitie erop dat artikel 5 punt 3 van de verordening een bijzondere bevoegdheidsregel inhoudt, die afwijkt van het uitgangspunt van de EEX-Verordening dat de gerechten van de woonplaats van de verweerder bevoegd zijn. De ratio van deze uitzondering is dat er een bijzonder nauwe band is tussen de vordering en de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Uit oogpunt van goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting is het dan gerechtvaardigd dat een andere rechter bevoegd is dan die van de woonplaats van de verweerder.<sup>3</sup>

In het arrest *Reinmater* heeft het Hof van Justitie bepaald dat de term ‘plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan’ zowel duidt op de plaats van de veroorzakende gebeurtenis (het Handlungsort) als op

de plaats waar de schade is ingetreden (het Erfolgsort).<sup>4</sup> Beide plaatsen kunnen aanknopingspunt voor de rechterlijke bevoegdheid zijn omdat zij beide een bijzonder nuttig uitgangspunt kunnen vormen voor de bewijslevering en de procesvoering. Daarop is voor onrechtmatige publicaties voortgebouwd in het arrest *Shevill*,<sup>5</sup> dat een lasterlijke publicatie betrof over de heer Shevill in het Franse dagblad *France Soir*, waartegen in het Verenigd Koninkrijk (waar het blad in een kleine oplage was verspreid) een procedure aanhangig was gemaakt. Het Hof van Justitie oordeelde dat in een dergelijke situatie het slachtoffer voor het gerecht van zijn woonplaats tegen de uitgever een vordering tot vergoeding van de volledige schade kan indienen. De rechter van een andere lidstaat, waar de publicatie is verspreid en waar het slachtoffer stelt in zijn goede naam te zijn aangetast, is alleen bevoegd te oordelen over een vordering tot vergoeding van de schade die in de betreffende lidstaat is veroorzaakt. Het Hof van Justitie onderkende dat deze laatste regel (ook wel aangeduid als het verspreidingscriterium) nadelen meebrengt voor de gelaedeerde – met name dat hij voor zijn nationale rechter alleen vergoeding van de lokaal geleden schade kan vorderen – maar meende dat die aanvaardbaar waren omdat de verzoeker altijd de mogelijkheid heeft om de volledige schade te vorderen voor het gerecht van de woonplaats van de uitgever.<sup>6</sup> In het arrest *eDate Advertising* is het Hof van Justitie van mening dat in een geval van schending van persoonlijkheidsrechten via internet het verspreidingscriterium van *Shevill* moeilijkheden oplevert. In navolging van de advocaat-generaal wijst het Hof van Justitie erop dat de publicatie van een artikel of een foto<sup>7</sup> op een website, anders dan bij een krant of tijdschrift, in beginsel onmiddellijk beschikbaar is voor een onbepaald aantal internetgebruikers overal ter wereld, ongeacht of de uitgever die bedoeling had en zonder dat hij daar volgens het Hof van Justitie verder invloed op heeft.<sup>8</sup> In een dergelijke situatie is toepassing van het verspreidingscriterium problematisch, mede omdat het technisch niet altijd mogelijk is om de verspreiding in een bepaald land betrouwbaar in cijfers uit te drukken, waardoor het niet mogelijk is de door een publicatie op internet in een bepaalde lidstaat berokkende schade met voldoende zekerheid vast te stellen.<sup>9</sup> De problemen die de toepassing van de *Shevill*-criteria op een internetpublicatie opleveren, contrasteren volgens het Hof van Justitie met de ernst van de schending die de houder van een

3. HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-189/08, *Zuid-Chemie*, *Jur.* 2009, p. I-6917, punt 18.

4. HvJ EG 30 november 1976, zaak C 21/76, *Handelskwekerij G.J. Bier BV/Mines de potasse d'Alsace SA*, NJ 1977, 494.

5. HvJ EG 7 maart 1995, zaak C-68/93, *Shevill e.a.*, *Jur.* 1995, p. I-415, punten 20 en 21.

6. *Shevill*, r.o. 32.

7. Het Hof van Justitie bedient zich van de weinig fraaie verzamelterm ‘een content’, met als meervoud ‘contents’.

8. *eDate Advertising*, r.o. 45. Overigens kan de website-eigenaar met de huidige technische middelen tot op zekere hoogte een website of bepaalde content daarop afschermen. Dit gebeurt o.a. bij het ter beschikking stellen van samenvattingen van sportwedstrijden in verband met de slechts voor een bepaald territorium verleende rechten.

9. R.o. 46.

persoonlijkheidsrecht kan ondervinden doordat de betreffende publicatie via internet is verspreid.

In het licht hiervan concludeert het Hof van Justitie dat de aanknopingscriteria van het *Shevill*-arrest moeten worden aangevuld voor een schending van een persoonlijkheidsrecht via internet. De gevolgen van een dergelijke publicatie kunnen het best worden beoordeeld door het gerecht van de plaats waar het beweerd slachtoffer *het centrum van zijn belangen* heeft. Doorgaans zal dit de gewone verblijfplaats zijn van de gelaedeerde, maar het kan ook een andere lidstaat zijn, voor zover uit andere aanwijzingen, zoals de uitoefening van een beroepsactiviteit, blijkt dat het slachtoffer een bijzonder nauwe band met die staat heeft.

Een dergelijk criterium beantwoordt volgens het Hof van Justitie aan het doel van een goede rechtsbedeling, omdat de gevolgen van de internetpublicatie het beste kunnen worden beoordeeld door de rechter van de plaats waar de schade is geleden. Bovendien is voorzienbaar wie op grond van deze bevoegdheidsregel de bevoegde rechter is, omdat de uitgever op het moment van publicatie de centra van de belangen van de bij de publicatie betrokken personen kan kennen. Dat komt de rechtszekerheid ten goede.<sup>10</sup>

## Uitleg artikel 3 Richtlijn 2000/31/EG (elektronische handel)

Richtlijn 2000/31/EG beoogt geen volledige harmonisatie van de bepalingen die de elektronische handel betreffen, maar bevat de noodzakelijke regels om nationale regelgevende maatregelen op EU-niveau te coördineren (aangeduid als 'het gecoördineerde gebied') om versplintering van de interne markt te voorkomen en te komen tot een passend Europees regelgevend kader.<sup>11</sup>

Artikel 3 van de Richtlijn heeft ten doel dat dienstverleners van de elektronische handel wat betreft regels die vallen binnen het gecoördineerd gebied in beginsel alleen hoeven te voldoen aan het rechtsstelsel van hun lidstaat van vestiging. Het door de Richtlijn gecoördineerde gebied omvat mede het civiele recht, zodat uit artikel 3 voortvloeit dat ook op dit terrein de materiele-rechtelijke normen van het vestigingsland bepalend zijn.<sup>12</sup> De Richtlijn verplicht niet tot omzetting van een of meer bepalingen in een conflictregel. Uit artikel 1 lid 4 volgt dat lidstaten in beginsel krachtens hun internationaal privaatrecht de toepasselijke materiële regels mogen aanwijzen, mits daaruit geen beperkingen van het vrije verkeer van diensten van de elektronische handel voortvloeien.

De door de wetgever beoogde coördinatie kan het vrije verkeer van elektronische handel verzekeren en dergelij-

ke dwingende bepalingen van een richtlijn moeten, ook in geval van een afwijkende keuze van het toepasselijk recht, toepassing kunnen vinden.<sup>13</sup> Dit mechanisme werkt niet als de dienstverlener in de lidstaat van ontvangst (wat betreft het gecoördineerde gebied) aan strengere eisen wordt onderworpen dan voorzien in het in zijn lidstaat van vestiging geldende materiële recht.

Het Hof van Justitie concludeert dat omzetting van artikel 3 in een conflictregel niet noodzakelijk is, maar dat lidstaten op het gecoördineerde gebied moeten waarborgen dat een verlener van een dienst van elektronische handel niet wordt onderworpen aan strengere eisen dan voorzien in het materiële recht van de lidstaat van vestiging.

## Commentaar

Dit arrest is voor internationale sterren, sporthelden en politici, maar ook voor de gewone burger een welkome aanvulling op de rechtsbescherming tegen onrechtmatige publicaties. Het schadelijk effect daarvan is vaak groot en kan maar ten dele door rectificatie ongedaan worden gemaakt. Vergoeding van de immateriële schade, zoals aantasting van de reputatie of goede naam, is in veel lidstaten niet of maar in beperkte mate mogelijk. Bovendien kon ingevolge het *Shevill*-arrest een vordering tot vergoeding van de volledige schade alleen worden ingediend bij de rechter van de woonplaats van de uitgever van de publicatie, hetgeen voor het slachtoffer een extra praktisch en financieel obstakel vormt. Het Hof van Justitie geeft nu voor publicaties op internet een aanvullende regel. Bij schending van persoonlijkheidsrechten door een dergelijke publicatie kan de gelaedeerde de volledige schade verhalen in een procedure voor de rechter van de plaats waar zich het *centrum van zijn belangen* bevindt. In veel gevallen zal die plaats samenvallen met de gewone verblijfplaats van de getroffenene.

### Geen regel voor grensoverschrijdend verbod

Opvallend is dat het Hof van Justitie in zijn antwoord niet ingaat op de (impliciete) vraag van het Bundesgerichtshof welke nationale rechter bevoegd is kennis te nemen van een stakingsvordering in geval van een (dreigende) schending van persoonlijkheidsrechten door een publicatie op internet. Die vraag impliceert dat in een dergelijk geval één rechter zou kunnen worden aangewezen die een stakingsbevel voor alle lidstaten kan geven. Dat is bij publicaties op internet zeker zo belangrijk als de schadevraag, omdat de gelaedeerde er belang bij heeft zo snel mogelijk een eind te maken aan het schadelijke effect van de publicatie door deze te laten verwijderen. In *eDate Advertising* was dat ook de enige vordering waar het nog om ging.

10. R.o. 48.

11. Overweging 59 van Richtlijn 2000/31/EG.

12. R.o. 56-58.

13. HvJ EG 9 november 2000, zaak C-381/98, *Ingmar*, Jur. 2000, p. I-9305, punt 25, en HvJ EG 23 maart 2006, zaak C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, Jur. 2006, p. I-2879, punt 23.

Naar Nederlands recht is al sinds het *Interlas*-arrest van de Hoge Raad uit 1989 algemeen aanvaard dat de rechter in geval van een onrechtmatige daad die zich mede in het buitenland manifesteert een grensoverschrijdend verbod kan geven.<sup>14</sup> In *Philips/Postech* heeft de Hoge Raad nadien voor intellectuele eigendomsrechten toegevoegd dat

‘indien de Nederlandse rechter op grond van enige regel van (commuun) internationaal bevoegdheidsrecht bevoegd is kennis te nemen van een vordering betreffende de inbreuk op een naar buitenlands recht verkregen intellectueel eigendomsrecht, hij desgevoerd een verbod kan uitspreken van handelingen in het buitenland’.<sup>15</sup>

Nu het Hof van Justitie in *eDate Advertising* en *Martinez* de uitleg van het begrip ‘*plaats waar het schadebrengende feit zich voordoet*’ uitdrukkelijk beperkt tot de internationale bevoegdheid om kennis te nemen van een schadevordering, geeft het arrest geen nadere richting voor de bevoegdheid t.a.v. andere vorderingen, zoals een verbod. Daarvoor blijft bepalend het op de uitleg van artikel 31 EEX-Verordening (art. 24 EEX-Verdrag) toegepaste arrest *Van Uden Maritime*, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat:

‘het toestaan van voorlopige of bewarende maatregelen krachtens artikel 24 met name afhankelijk is van de voorwaarde, dat er een reële band bestaat tussen het voorwerp van de gevraagde maatregelen en de op territoriale criteria gebaseerde bevoegdheid van de verdragsluitende staat van de aangezochte rechter.’<sup>16</sup>

Ter zake van octrooikwesties zijn de arresten *GAT/Luk en Roche/Primus* bepalend, op grond waarvan een grensoverschrijdend verbod alleen mogelijk is als daarbij niet het (gebruikelijke) nietigheidsverweer is gevoerd ten aanzien van de octrooien waarop de vorderingen zijn gebaseerd.<sup>17</sup> Een dergelijke strenge voorwaarde ligt bij schending van persoonlijkheidsrechten niet voor de hand, omdat daar geen nietigheidsvraag speelt. Voorts heeft het Hof van Justitie in *VKI/Henkel* geoordeeld dat artikel 5 lid 3 eveneens betrekking heeft op een verbodmaatregel (ook voor een ‘toekomstige’ onrechtmatige daad).<sup>18</sup>

### Schending van persoonlijkheidsrechten

Het arrest roept een aantal vragen op. Ten eerste is dat de vraag wat moet worden verstaan onder schending van persoonlijkheidsrechten. Voor zover mij bekend is die uitdrukking in de rechtspraak van het Hof van Justitie

niet eerder gebezigd en komt zij ook niet voor in een richtlijn. Blijkens het arrest vallen daaronder in ieder geval het recht van de geportretteerde om zich tegen ongewenste publicatie van zijn foto te verzetten en, meer in het algemeen, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, waarop artikel 8 EVRM ziet en dat centraal staat in de Richtlijn bescherming persoonsgegevens.<sup>19</sup>

Nu het Hof van Justitie deze term niet nader heeft gedefinieerd, zal de aangezochte rechter zelf moeten vaststellen wat onder de schending van persoonlijkheidsrechten valt.

Met de term persoonlijkheidsrechten worden in Nederland de rechten van de auteur onder artikel 25 Auteurswet aangeduid, zoals recht op naamsvermelding (bij publicatie en citaat) en het recht om zich te verzetten tegen wijziging of verminking van zijn werk.

Als het arrest ook voor schending van deze rechten geldt, zou een Nederlandse fotograaf wiens foto van een beslissend spelmoment in een Champions League wedstrijd van Ajax zonder naamsvermelding wordt overgenomen op de website van een Italiaanse sportkrant, de als gevolg daarvan geleden schade in zijn geheel kunnen vorderen voor de Nederlandse rechter. Of dat ook door het Hof van Justitie is beoogd is echter de vraag. In de Engelse en Franse tekst van het arrest worden de begrippen ‘*personality rights*’ en ‘*droits de la personnalité*’ gebruikt. De persoonlijkheidsrechten van de auteur worden aldaar echter ‘*moral rights*’ en ‘*droits moral*’ genoemd. Bovendien ontbreekt bij deze rechten het aspect van bescherming van de privacy wat in de voorbeelden die het Hof van Justitie noemt de verbindende factor lijkt te zijn.

De term ‘persoonlijkheidsrechten’ roept ook een associatie op met het recht in persona, dat Pinckaers in zijn dissertatie heeft voorgesteld.<sup>20</sup> Dat bestaat uit het exclusieve recht op commerciële exploitatie van de herkenbare elementen van de persoon van een individu, zoals diens portret, naam en stem en het recht op privacy.

Uiteindelijk zal het Hof van Justitie moeten bepalen welke elementen van de persoon vallen onder de in dit arrest bedoelde persoonlijkheidsrechten.

### Centrum van de belangen

Een tweede vraag is aan de hand van welke criteria moet worden bepaald waar het centrum van belangen van de gelaedeerde ligt. Het Hof van Justitie zwijgt daarover, maar stelt dat dit begrip vaak zal samenvallen met de gewone verblijfplaats of een ander land waarmee de gelaedeerde een bijzonder nauwe band heeft, bijvoorbeeld omdat hij daar zijn beroep uitoefent. Advocaat-generaal Cruz Villalón, die als aanknopingspunt de plaats van het zwaartepunt van het conflict wilde hantieren, meende dat moest worden vastgesteld waar het

14. HR 24 november 1989, NJ 1982, 404 m.nt. Verkade.

15. HR 19 maart 2004, NJ 2007, 585 m.nt. Vlas.

16. HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95, *Van Uden Maritime/Deco-Line*, NJ 1999, 338 m.nt. Vlas onder nr. 339.

17. HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-4/03, *GAT/LuK*, NJ 2008, 78 m.nt. Vlas; HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-539/03, *Roche/Primus*, NJ 2008, 76 m.nt. Vlas.

18. HvJ EG 1 oktober 2002, zaak C-167/00, *VKI/Henkel*, NJ 2005, 221 m.nt. Vlas.

19. Richtlijn 95/46/EG van het Europese Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

20. J.C.S. Pinckaers, *From privacy towards a new intellectual property right in persona* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kluwer 1996.

zwaartepunt van de belangen van het slachtoffer ligt. Dat zou de plaats zijn waar het slachtoffer bekend is, waar hij zijn levensplan in hoofdzaak verwezenlijkt.<sup>21</sup> Denkbaar is dat de nationale rechter, die in een concreet geval moet vaststellen waar het centrum van de belangen ligt, uitgaat van de gewone verblijfplaats, tenzij de gelaedeerde aantoonde dat dit centrum elders ligt.<sup>22</sup>

De door het Hof van Justitie gehanteerde term ‘centrum van zijn belangen’ is eerder gebruikt in jurisprudentie over de betekenis van het begrip ‘gewone verblijfplaats’ als aanknopingspunt voor belastingplicht.<sup>23</sup>

In zijn arrest *Ryborg* heeft het Hof van Justitie de gewone verblijfplaats gelijkgesteld met de plaats waar de betrokkene het permanente centrum van zijn belangen heeft.<sup>24</sup> Het gaat erom vast te stellen wat iemands beroepsmatige en persoonlijke bindingen met een bepaalde plaats zijn en wat de duur van die bindingen is. In het arrest *Louloudakis* heeft het Hof van Justitie aangegeven welke feiten bij bepaling van het permanente centrum van de belangen van een persoon in aanmerking moeten worden genomen. Het gaat dan om aspecten als

‘zijn fysieke aanwezigheid, die van zijn gezinsleden, beschikking hebben over woonruimte, de werkelijke plaats van schoolbezoek van de kinderen, de plaats van uitoefening van beroepsbezigheden, de plaats waar zijn vermogensrechtelijke belangen zijn gelegen, de plaats waar hij administratieve banden met de overheid en de sociale instanties heeft, voorzover die elementen de wil van die persoon te kennen geven om aan de plaats van binding een bepaalde stabiliteit te verlenen op grond van een continuïteit die voortvloeit uit een leefgewoonte en normale sociale en beroepsmatige relaties’.<sup>25</sup>

21. De A-G meende dat ook relevant was in hoeverre de uitgever in redelijkheid kon voorzien dat de informatie objectief relevant zou zijn in een bepaald geografisch gebied. Daarbij gaat het er niet om of de uitgever de informatie bewust op een bepaalde lidstaat richt, maar om de nieuwwaarde daarvan in een bepaald gebied. De A-G wilde ter bepaling daarvan aanknopen bij de criteria die in het arrest *Pammer en Alpenhof* zijn ontwikkeld om in de context van een consumentenovereenkomst die met behulp van een website is gesloten te bepalen of die website op een bepaald land is gericht. Aan de hand hiervan zou de nationale rechter volgens de A-G moeten vaststellen of de litigieuze informatie ‘objectief relevant’ is in een bepaald gebied. Is dat het geval én valt dat gebied samen met het gebied waar het zwaartepunt van de belangen ligt van de getroffene, dan zou de rechter van de betreffende staat bevoegd zijn om kennis te nemen van een vordering ter vergoeding van de gehele door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade.
22. Zoals het systeem van de Insolventieverordening uitgaat van een vermoeden dat dit de statutaire zetel van de vennootschap is, tenzij de belanghebbende aantoonde dat het centrum van de voornaamste belangen elders ligt (art. 3 lid 1 Insolventieverordening).
23. In de Insolventieverordening (Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000, betreffende insolventieprocedures, Pb. EG 2000, L 30, nr. 160/1) wordt de term ‘centrum van voornaamste belangen’ (*centre of main interest*) gebruikt. Dit is blijkens overweging 13 de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is.
24. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-297/89, *Ryborg*.
25. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-262/99, *Louloudakis*; HvJ EG 26 april 2007, zaak C-392/05, *Georgios Alevizos/Ypourgeos Oikonomikon*.

Deze aspecten zijn ook geschikt als aanknopingspunten voor het bepalen van de bevoegdheid van de rechter bij schending van persoonlijkheidsrechten. Voor ‘gewone mensen’ zijn alle criteria uit het *Louloudakis*-arrest relevant. Schending van de privacy wordt vaak het sterkst gevoeld in relatie tot plaatsgenoten, vrienden en collega’s en (voor kinderen) op school, dus ligt het centrum van de belangen van een persoon op zijn werk, in zijn woonplaats en bij de school van de kinderen. Voor bekende persoonlijkheden lijken met name de plaats van uitoefening van beroepsbezigheden (een criterium dat ook door het Hof van Justitie wordt genoemd) en de plaats waar hun vermogensrechtelijke belangen liggen nuttige aanknopingscriteria. Voor beide is de door de advocaat-generaal genoemde plaats waar het slachtoffer bekend is eveneens bruikbaar.<sup>26</sup> Dat sluit aan bij het criterium van de plaats waar het slachtoffer stelt in zijn goede naam te zijn aangetast, dat ingevolge het *Shevill*-arrest een belangrijk aanknopingspunt is voor de bevoegdheid van de rechter.<sup>27</sup>

### Bijzondere bevoegdheidsregel internetpublicaties

Het arrest roept voorts de vraag op of de verschillen tussen publicatie via internet en door middel van gedrukte media zodanig zijn dat deze de verschillende bevoegdheidsregels van *Shevill* en *eDate Advertising* rechtvaardigen. De reden voor dit onderscheid lijkt te zijn dat de schade bij publicatie in een krant of tijdschrift met meer zekerheid is vast te stellen dan bij publicatie op internet. Op zich is juist dat, zoals het Hof van Justitie aangeeft, aan de hand van de oplage- en verkoopcijfers met een zekere mate van nauwkeurigheid kan worden vastgesteld hoeveel lezers een in een krant of tijdschrift gepubliceerde foto of artikel onder ogen hebben gehad. Op basis daarvan kan de rechter een inschatting maken van de schade binnen de kaders die het nationale schaderecht daarvoor geeft. Bij publicatie via internet is de omvang van de verspreiding in beginsel onbeperkt, zodat dit houvast ontbreekt.

Bij nadere beschouwing lijkt dit onderscheid echter minder steekhoudend. De ratio van artikel 5 punt 3 EEX-Verordening berust volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie

‘op het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en andere gerechten dan die van de Staat van woonplaats van de verweerder, zodat de bevoegdheid van die gerechten gerechtvaardigd is om reden van goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting’.<sup>28</sup>

In het *Shevill*-arrest heeft het Hof van Justitie daaraan toegevoegd dat overeenkomstig het vereiste van een goede rechtsbedeling het gerecht van de staat waar de

26. Conclusie A-G, alinea 58.

27. *Shevill*, r.o. 29.

28. Zie HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-220/88, *Dumez France e.a./Hessische Landesbank e.a.*, Jur. 1990, p. I-49, NJ 1991, 573 m.nt. Schultsz. Zie ook HR 7 december 2001, NJ 2002, 539 m.nt. Vlas (*Sexueel misbruik in Duitsland*).

beledigende publicatie is verspreid en waar de gelaedeerde stelt in zijn goede naam te zijn aangetast, in de beste positie is om te beoordelen of diens goede naam aldaar is aangetast en wat de omvang van de desbetreffende schade is.<sup>29</sup>

Dat uitgangspunt geldt echter ook bij publicatie op internet. Iedere lokale rechter kan de gevolgen van de publicatie op het eigen grondgebied beter bepalen dan een buitenlandse rechter. En voor beide situaties geldt dat de schade alleen bij benadering is vast te stellen, omdat het veelal om immateriële schade gaat. Daar komt bij dat de rechter bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding en de vraag in hoeverre het bewijs van schade is geleverd zijn nationale schaderecht zal toepassen, dat in de EU niet is geharmoniseerd. Dat kan tot grote verschillen leiden in de hoogte van de toegekende schadevergoeding. Niet goed valt in te zien dat in het ene geval het principe van goede rechtsbedeling meebrengt dat de nationale rechter van het Erfolgssort zich beperkt tot de schade die in zijn land is geleden en in het andere geval datzelfde beginsel meebrengt dat deze rechter een oordeel geeft over de omvang van de schade in alle lidstaten, terwijl hij dat doet aan de hand van zijn nationale schaderecht, dat immers niet geharmoniseerd. Zolang het schaderecht van de EU-lidstaten (en het IPR betreffende belediging) niet is geharmoniseerd, zal de lokaal geleden schade immers het beste aan de hand van het ter plaatse geldende recht kunnen worden vastgesteld. In dat licht is het onderscheid dat het Hof van Justitie nu aanbrengt moeilijk verdedigbaar. Dat geldt temeer als de publicatie zowel op een website als in druk is verschenen, hetgeen bij kranten en tijdschriften veel voorkomt. Ook roept het onderscheid de vraag op of de uitleg van artikel 5 punt 3 ook geldt wanneer de uiting via een televisiezender is verspreid. Deze zijn immers in beginsel ook in de meeste landen van Europa (met satelliet of kabel) te ontvangen. En hoe zit het met radio, die vaak ook via internet beluisterbaar is? Zo bezien creëert het arrest een tamelijk willekeurig onderscheid tussen verschillende media.

### Fundamentele rechtsbeginselen

Het Hof van Justitie besteedt geen aandacht aan het feit dat bij een beweerdelijk onrechtmatige publicatie steeds twee fundamentele rechtsbeginselen moeten worden afgewogen, te weten de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In het bevoegdheidsrecht is geen plaats voor een uitgebreide afweging van grondrechten.<sup>30</sup> Toch is het zinvol om de uitkomst van dit arrest ook te zien in het licht van deze afweging van fundamentele rechtsbeginselen, omdat het Hof van Justitie met zijn beslissing op dat punt een andere keuze lijkt te maken dan in *Shevill*. Betoogd kan worden dat als gevolg van het *Shevill*-arrest, wat betreft de mogelijkheden en moeilijkheden om een procedure in te stellen, er een zekere balans is tussen de belangen van de uitgever (vrijheid van meningsuiting) en het

slachtoffer (bescherming van de persoonlijke levenssfeer). Men kan ook stellen dat die balans in het voordeel van de uitgever uitvalt, nu de gelaedeerde die zijn gehele schade vergoed wil zien naar een vreemde rechter moet (woonplaats uitgever) of de schade per land moet zien te verhalen. Als gevolg van het onderhavige arrest lijkt die balans door te slaan (of: te worden hersteld) ten gunste van de zwakkere partij en, zo zou men kunnen stellen, de bescherming van de privacy. De nu gegeven aanvullende uitleg van artikel 5 punt 3, EEX-Verordening lijkt vanuit die optiek mede te zijn ingegeven door het besef van de potentieel grote schade die door publicatie op internet ontstaat en de obstakels waarmee de rechthebbende zich ingevolge het *Shevill*-arrest geconfronteerd ziet indien hij vervolgens de volledige schade wil verhalen. Het Hof van Justitie geeft onomwonden aan dat de gevolgen van een dergelijke publicatie het best kunnen worden beoordeeld door de rechter van de plaats waar het slachtoffer het centrum van zijn belangen heeft en stelt dat dit beantwoordt aan het doel van een goede rechtsbedeling. De belangen van de uitgever en, meer in het algemeen, de vrijheid van meningsuiting, lijken daarmee van het toneel te zijn verdwenen. In de praktijk kan deze beslissing immers betekenen dat de uitgever steeds gedaagd kan worden voor de rechter van het land waar de reputatie van het slachtoffer het meest is beschadigd. In beginsel moge juist zijn dat de uitgever in veel gevallen, zoals het Hof van Justitie stelt, vooraf kan bepalen welk land dat is, omdat het vaak zal samenvallen met het land waar de betrokkene zijn gewone verblijfplaats heeft. Of daarmee in de praktijk de rechtszekerheid (voorzienbaarheid in de woorden van het Hof van Justitie) wordt bevorderd, vraag ik mij echter af. Bij de vele afwegingen die een uitgever (althans de redactie) maakt als zij over publicatie van een artikel of foto moet beslissen, zal de vraag waar het centrum van de belangen ligt van degene over wie het artikel gaat of die is geportretteerd, in de praktijk van alledag een te verwaarlozen rol spelen. Misschien verandert dat door deze uitspraak en worden uitgevers voorzichtiger om te publiceren over personen uit landen waar de vrijheid van meningsuiting minder bescherming geniet, en de rechters ter plaatse doorgaans schadevergoeding voor reputatieschending toekennen. Dat risico bestond in beginsel ook al op grond van *Shevill*, maar is door het onderhavige arrest aanzienlijk vergroot, omdat nu de volledige schade voor de betreffende rechter kan worden gevorderd en toegekend.

Hoewel het mij te ver gaat om daaruit te concluderen dat dit arrest een *chilling effect* kan hebben op de vrijheid van meningsuiting,<sup>31</sup> had het, mede gezien het

29. *Shevill*, r.o. 31.

30. Nadat de rechter zich bevoegd heeft verklaard, zal hij bij de beoordeling van het materiële geschil die afweging vaak wel moeten maken.

31. EHRM Res-54, 19 december 2006, no. 62202/00, (*Radio Twist A.S./Slovakia*, RvdW 2007, 299, r.o. 53: 'Finally, the Court reiterates that, in assessing the proportionality of the interference, the nature and severity of the penalties imposed are also factors to be taken into account (...). In this respect the potential chilling effect of the imposed penalties on the press in the performance of its task of purveyor of information and public watchdog in the future must also be taken into consideration' Zie ook EHRM 10 mei 2011, no. 48009/08, *Mosley/United Kingdom*, ECHR 2011/108 m.nt. A.W. Hins, r.o. 132.

hierboven aangegeven effect op de balans tussen persoonlijke levenssfeer en vrijheid van meningsuiting, niet misstaan als het Hof van Justitie nader had gemotiveerd waarom in dit geval de bescherming van de gelaedeerde zwaarder weegt dan de bescherming van de uitgever.

### Artikel 3 Richtlijn elektronische handel geen conflictregel

Het antwoord van het Hof van Justitie dat de lidstaten op het gecoördineerde gebied moeten waarborgen dat de dienstverlener van de elektronische handel niet wordt onderworpen aan strengere eisen dan in zijn lidstaat van vestiging roept eveneens de nodige vragen op. Het Bundesgerichtshof had aangegeven dat in de *eDate Advertising*-zaak het belang bij een concreet antwoord op deze vraag was dat naar Duits recht geen stakingsbevel kan worden gegeven, zodat bij toepasselijkheid daarvan het bestreden vonnis zou moeten worden vernietigd, en naar Oostenrijks recht (het land van vestiging van *eDate Advertising*) wel. Het is echter de vraag of het arrest de vereiste duidelijkheid verschaft. Het Hof van Justitie wijst nadrukkelijk af dat artikel 3 Richtlijn een conflictregel bevat die zou moeten worden toegepast onafhankelijk van het overigens toepasselijke recht. Anders gezegd: de regels van EVO en Rome II worden er niet door opzij gezet.<sup>32</sup> De nationale rechter moet daarentegen op grond van het eigen internationaal privaatrecht bepalen wat het toepasselijke materiële recht is. Dat mag er echter niet toe leiden dat de dienstverlener aan strengere eisen op het gecoördineerde gebied moet voldoen dan in het land van vestiging. Dat ligt in de rede voor zover het gaat om vestigingsvereisten, benodigde vergunningen, kwaliteitsvoorschriften e.d. Voorkomen moet immers worden dat het vrije verkeer van diensten wordt belemmerd, doordat een in een lidstaat gevestigde onderneming die aan alle ter plaatse geldende vereisten voldoet, bij het grensoverschrijdend zakendoen in een andere lidstaat aan aanvullende voorschriften moet voldoen op hetzelfde terrein. Daarbij rees in het onderhavige geval de vraag of die regel ook geldt voor het civiele recht. Het Hof van Justitie beantwoordt die vraag bevestigend, maar daarmee is er voor het Bundesgerichtshof nog een belangrijke knoop om door te hakken. In het geval van *eDate Advertising* is het gevorderde stakingsbevel gebaseerd op onrechtmatige daad, zodat de rechtsgrondslag onderdeel is van het civiele recht en dus deel uitmaakt van het gecoördineerde gebied. De vraag blijft echter of op dat civiele recht gebaseerde vorderingen van een stakingsbevel of schadevergoeding daar eveneens onder vallen. Met name vraag ik mij af of de toewijzing van de vordering kan worden gelijkgesteld met het voldoen aan 'vereisten inzake aansprakelijkheid van de dienstverlener', die ingevolge artikel 2 sub h-i van de Richtlijn tot het gecoördineerde gebied behoren. Waarschijnlijk is het antwoord bevestigend, omdat de betreffende bepalingen deel uitmaken van het materiële recht (in Nederland het Burgerlijk Wetboek). Daar staat

tegenover dat, zoals aangegeven, het schaderecht en de IPR-regels niet zijn geharmoniseerd, zodat het twijfelachtig is of zij desondanks tot het gecoördineerde gebied behoren. Hetzelfde geldt in bredere zin voor het onrechtmatigedaadsrecht en de remedies daarvoor. De door het Hof van Justitie gegeven uitleg van artikel 3 Richtlijn lijkt de Duitse rechter weinig aanknopingspunten te bieden om in *eDate Advertising* te beslissen of Duits recht (geen stakingsbevel) dan wel Oostenrijks recht (wel een stakingsbevel mogelijk) van toepassing is. Het zou mij dan ook niet verbazen als in deze kwestie opnieuw vragen van uitleg van artikel 3 Richtlijn elektronische handel worden gesteld.

32. Dat is in lijn met de voorlopige conclusie die J.J. van Haersolte-van Hof reeds trok in: 'Richtlijn elektronische handel - internationaal privaatrechtelijke aspecten', *NTER* 2000/12, p. 325 e.v.