CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 29 maart 2011 [1]

1. In de verzoeken van het Bundesgerichtshof en het Tribunal de grande instance de Paris in de onderhavige gevoegde zaken wordt allereerst een aantal vragen gesteld over de uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. [2]

2. De verwijzende rechters vragen het Hof met name om uitsluitsel over de omvang van de bevoegdheid van de nationale rechter om kennis te nemen van geschillen over de schending van persoonlijkheidsrechten via een website. Het Hof heeft zich als bekend in het arrest Shevill van 1995 [3] reeds uitgesproken over de toepassing van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 (die bepaling was destijds in het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 opgenomen) op beledigende perspublicaties [4]. De twee thans aan de orde zijnde prejudiciële verzoeken geven het Hof de gelegenheid te bepalen in hoeverre dit arrest toepasbaar is op een werkelijkheid die aan grote veranderingen onderhevig is, waarin de gedrukte media steeds meer en onomkeerbaar terrein hebben verloren aan de via internet verspreide elektronische media.

3. Uit het voorgaande wordt reeds duidelijk dat wij te maken hebben met iets dat feitelijk steeds onder de oppervlakte heeft gesluimerd van de gehele problematiek van schending van persoonlijkheidsrechten door sociale communicatie in welke vorm ook. De rechterlijke bescherming van deze rechten mag in wezen niet buiten beschouwing laten dat de handhaving ervan een spanningsverhouding met de vrijheden van communicatie [5] meebrengt, waarmee zij in een passend evenwicht moeten worden gehouden. Wij moeten ons rekenschap geven van de complexiteit van deze situatie om tot zinvolle conclusies te kunnen komen over het kernthema van de onderhavige gevoegde zaken, namelijk de bepaling van de internationale rechterlijke

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Verordening (EG) 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, blz. 1).

3 — Arrest van 7 maart 1995, Shevill e.a. (C-68/93, Jurispr. blz. I-1415).

4 — Ik wijs er reeds thans op dat de door het Hof in het arrest Shevill gebruikte term „belediging" in de onderhavige procedure steeds in generieke zin en als synoniem van de term „persoonlijkheidsrechten" is gebruikt. Ik maak in deze conclusie liever gebruik van deze laatste term, al zal ik bij verwijzingen naar het arrest Shevill de oorspronkelijk door het Hof in dat arrest gebezigde term „belediging" gebruiken.

5 — Artikelen 7 en 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

bevoegdheid inzake geschilprocedures wegens schendingen van persoonlijkheidsrechten via „het net".

4. Ten slotte vraagt het Bundesgerichtshof nog of het Unierecht, met name artikel 3 van richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel op internet [6], het karakter heeft van een conflictregel die bepaalt welk recht van toepassing is op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens inbreuken op persoonlijkheidsrechten via een website.

I — Unierecht

5. Verordening nr. 44/2001 voorziet in een geheel van regels betreffende de rechterlijke bevoegdheid alsmede de erkenning van rechterlijke beslissingen, teneinde eenvormigheid te brengen in de criteria voor de bepaling van de bevoegde rechterlijke instantie in burgerlijke en handelszaken. Van de in de considerans van deze verordening verwoorde doelstellingen zijn voor de onderhavige zaak met name de hiernavolgende relevant:

„(11) De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. Voor rechtspersonen moet de woonplaats autonoom worden bepaald om de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen.

(12) Naast de woonplaats van de verweerder moeten er alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken."

6. Artikel 2 van de bepalingen van de verordening inzake de bevoegdheid wijst als algemene regel de rechter aan van de woonplaats van de verweerder:

„Artikel 2

1. Onverminderd deze verordening worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat.

[...]"

6 — 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 („richtlijn elektronische handel") (PB L 178, blz. 1).

7. Artikel 3 van de verordening voorziet in uitzonderingen op de algemene bevoegdheidsgrond wanneer aan de voorwaarden voor de toepassing van de bijzondere bevoegdheidsgronden van de afdelingen 2 tot en met 7 van hoofdstuk II is voldaan. Met betrekking tot de bijzondere bevoegdheidsgronden is met name die van artikel 5, punt 3, van belang:

„*Artikel 5*

Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:

[...]

3. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen."

8. Artikel 4 van richtlijn 2000/31 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, bepaalt: „Deze richtlijn bevat geen aanvullende regels op het gebied van het internationale privaatrecht en laat de bevoegdheid van de rechterlijke instanties onverlet."

9. Artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/31 bevat de volgende regel inzake wederzijdse erkenning:

„*Artikel 3*

Binnenlandse markt

1. Iedere lidstaat zorgt ervoor dat de diensten van de informatiemaatschappij die worden verleend door een op zijn grondgebied gevestigde dienstverlener voldoen aan de in die lidstaat geldende nationale bepalingen die binnen het gecoördineerde gebied vallen.

2. De lidstaten mogen het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied."

II — Feiten

A — *De zaak eDate Advertising (C-509/09)*

10. In 1993 is X, van Duitse nationaliteit en woonachtig in de Bondsrepubliek Duitsland, door een Duitse rechtbank tot een

levenslange gevangenisstraf veroordeeld voor de moord op een bekende Duitse acteur. In januari 2008 werd hij voorwaardelijk in vrijheid gesteld.

11. eDate Advertising GmbH (hierna: „eDate Advertising") is een Oostenrijkse vennootschap die een internetportaal beheert, dat zich op de startpagina als een „liberaal en politiek onafhankelijk medium" voor „homoseksuelen, biseksuelen en transgenders" presenteert. eDate Advertising heeft vanaf 23 augustus 1999 aan zijn lezers informatie verspreid over X, waarin hij met zijn volledige naam werd aangeduid en waarin werd vermeld dat zowel hij als zijn broer (medeveroordeeld voor hetzelfde misdrijf) bij het Bundesverfassungsgericht beroep hadden ingesteld tegen hun veroordeling.

12. Op 5 juni 2007 sommeerde X verweerster niet langer informatie over hem te verspreiden. Hij ontving geen antwoord op zijn brief, maar enige dagen later, op 18 juni, werd de informatie van de website verwijderd.

13. X vorderde bij de Duitse rechter een publicatieverbod tegen eDate Advertising met werking op het gehele grondgebied van de Duitse Bondsrepubliek, waarin zij werd gelast zich van elke verspreiding van hem betreffende informatie te onthouden. Het Landgericht Hamburg, waarvoor de zaak in eerste aanleg diende, en vervolgens ook het Hanseatisches Oberlandesgericht in hoger beroep stelden X in het gelijk.

14. eDate Advertising betwistte de vordering in beide instanties, onder aanvoering van de internationale onbevoegdheid van de Duitse burgerlijke rechter. Zij heeft een verzoek tot Revision van de beslissing in hoger beroep ingediend bij het Bundesgerichtshof, waarin zij zich wederom beroept op onbevoegdheid van de Duitse rechter. Deze problematiek staat centraal in de drie prejudiciële vragen die het Bundesgerichtshof het Hof voorlegt.

B — *De zaak Martinez en Martinez (C-161/10)*

15. Op 3 februari 2008 publiceerde het Britse dagblad *Sunday Mirror* in zijn interneteditie een aantal foto's met bijschrift onder de kop „Kylie Minogue weer samen met Olivier Martinez". Het artikel vermeldde dat de twee een ontmoeting hadden gehad in Parijs, en maakte daarbij melding van het feit dat zij „een jaar geleden uit elkaar waren gegaan" en dat hun „romantische wandeling om 11 uur 's avonds" liet zien dat zij weer een affectieve relatie hadden aangeknoopt. In het artikel werd ook Robert Martinez, de vader van Olivier Martinez, aangehaald.

16. Olivier Martinez en Robert Martinez, beiden van Franse nationaliteit, dagvaardden de vennootschap naar Engels recht MGN, eigenaresse van de *Sunday Mirror,* voor het Tribunal de grande instance de Paris. Zij stelden dat de gepubliceerde informatie inbreuk maakte op hun recht op eerbiediging van hun

privéleven en op het portretrecht van Olivier Martinez. Verweerster ontving de dagvaarding op 28 augustus 2008. Zij betwistte de internationale bevoegdheid van de Franse rechter, daar haars inziens de gerechten van het Verenigd Koninkrijk internationaal bevoegd waren, meer bepaald de High Court of Justice.

17. Na partijen te hebben gehoord en een prejudicieel verzoek te hebben ingediend bij het Hof (dat niet-ontvankelijk werd verklaard wegens kennelijke onbevoegdheid [7]), heeft het Tribunal de grande instance zich wederom tot de Unierechter gewend voor een beslissing over de omvang van de bevoegdheid van de Franse rechter.

III — Prejudiciële vragen en procedure voor het Hof

18. Op 9 december 2009 is bij het Hof het prejudiciële verzoek van het Bundesgerichtshof in zaak C-509/09 ingekomen met de volgende vragen:

„1. Moeten de woorden ‚plaats waar het schadebrengende feit zich kan voordoen' in artikel 5, punt 3, van 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 (hierna: ‚verordening nr. 44/2001') in geval van (dreigende) schending van persoonlijkheidsrechten door de inhoud van een website aldus worden uitgelegd,

dat de betrokkene tegen de beheerder van de website, ongeacht in welke lidstaat deze gevestigd is, ook een stakingsvordering kan instellen bij de gerechten van elke lidstaat waar die website kan worden opgeroepen,

of

is voor de bevoegdheid van de gerechten van een lidstaat waarin de beheerder van de website niet is gevestigd, vereist dat er tussen de gelaakte inhoud of de website en de forumstaat een bijzondere band bestaat (nationale aanknopingsfactor) die verder gaat dan de louter technische mogelijkheid om die website op te roepen?

2. Indien een dergelijke nationale aanknopingsfactor vereist is:

Welke criteria zijn ter zake bepalend?

7 — Arrest van 20 november 2009, Martinez en Martinez (C-278/09, Jurispr. blz. I-11099).

Is het beslissend dat de website door de beheerder ervan doelbewust (ook) wordt gericht tot de internetgebruikers in de forumstaat, of volstaat het dat de op de website raadpleegbare informatie een zodanige objectieve band heeft met die staat, dat het in de omstandigheden van het concrete geval, met name op grond van de inhoud van de website, in de forumstaat daadwerkelijk tot een conflict kan zijn gekomen of kan komen tussen de tegengestelde belangen — het belang van de verzoeker bij de eerbiediging van zijn persoonlijkheidsrecht en het belang van de beheerder bij de vormgeving van zijn website en de informatieverstrekking?

Is het voor de bepaling van de bijzondere nationale aanknopingsfactor van belang hoe vaak de website in de forumstaat is opgeroepen?

3. Indien voor de bevoegdheid geen bijzondere nationale aanknopingsfactor vereist is, of indien daarvoor volstaat dat de informatie in kwestie een zodanige objectieve band heeft met de forumstaat dat het in de omstandigheden van het concrete geval, met name op grond van de inhoud van de website, in de forumstaat daadwerkelijk tot een conflict kan zijn gekomen of kan komen tussen de tegengestelde belangen en het bestaan van een bijzondere nationale aanknopingsfactor niet vereist dat de betrokken website in de forumstaat een minimum aantal keren is opgeroepen:

Moet artikel 3, leden 1 en 2, van 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 (hierna: ‚richtlijn elektronische handel') dan aldus worden uitgelegd,

dat aan die bepalingen een conflictenrechtelijke betekenis moet worden toegekend in die zin, dat zij ook in het burgerlijk recht de verplichting meebrengen om uitsluitend het recht van het land van herkomst toe te passen, met voorbijgaan van de nationale collisieregels,

of

zijn die bepalingen een correctief op materieelrechtelijk vlak, waardoor het materieelrechtelijke resultaat van het volgens de nationale collisieregels toepasselijke recht inhoudelijk wordt gewijzigd en gereduceerd tot de vereisten van het land van herkomst?

Indien artikel 3, leden 1 en 2, van de richtlijn elektronische handel een conflictenrechtelijk karakter heeft:

Verplichten die bepalingen enkel tot de uitsluitende toepassing van het materiële

recht van het land van herkomst of ook tot de toepassing van de aldaar geldende collisieregels, zodat terugverwijzing door het recht van het land van herkomst naar het recht van het land van bestemming mogelijk blijft?"

19. Op 6 april 2010 is bij het Hof het prejudiciële verzoek van het Tribunal de grande instance de Paris ingekomen (zaak C-161/10) met de volgende vraag:

„Moeten de artikelen 2 en 5, punt 3, van 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, aldus worden uitgelegd dat zij de rechter van een lidstaat de bevoegdheid verlenen tot kennisneming van een vordering wegens een schending van de persoonlijkheidsrechten, die kan zijn veroorzaakt door de plaatsing van informatie en/of foto's op een internetsite waarvan de redactie in een andere lidstaat wordt gevoerd door een onderneming die in die lidstaat — of in een andere lidstaat, die in ieder geval niet dezelfde is als de eerstgenoemde — is gevestigd:

— onder de enkele voorwaarde dat deze internetsite vanuit de eerstgenoemde staat kan worden geraadpleegd, of

— enkel wanneer er tussen het schadebrengende feit en het grondgebied van de eerstgenoemde staat een voldoende, wezenlijke of significante band bestaat, waarbij het in dit tweede geval de vraag is of die band kan resulteren uit:

— het aantal verbindingen met de litigieuze pagina vanuit de eerste lidstaat, absoluut gezien of in verhouding tot het totale aantal verbindingen met die pagina,

— de verblijfplaats of de nationaliteit van de persoon die schending van zijn persoonlijkheidsrechten stelt, of van de belanghebbenden in het algemeen,

— de taal waarin de litigieuze informatie is verspreid, of elke andere omstandigheid aan de hand waarvan kan worden aangetoond dat de redacteur van de site zich specifiek wilde richten tot het publiek van de eerstgenoemde staat,

— de plaats waar de geschetste feiten zich hebben voorgedaan en/of de foto's zijn genomen die mogelijk online zijn geplaatst,

— andere criteria?"

20. In de zaak eDate Advertising (C-509/09) zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de vertegenwoordigers van eDate Advertising en door X, door de Deense, de

Duitse, de Griekse, de Italiaanse, de Luxemburgse, de Oostenrijkse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie.

21. In de zaak Martinez en Martinez (C-161/10) hebben MGN Limited, de Deense, de Franse en de Oostenrijkse regering alsmede de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

22. Bij beschikking van 29 oktober 2010 heeft de president van het Hof de zaken C-509/09 en C-161/10 overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering gevoegd.

23. Op 22 november 2010 heeft X het Hof om rechtsbijstand verzocht. Bij beschikking van 10 december 2010 is dit verzoek door het Hof afgewezen.

24. Ter terechtzitting van 14 december 2010 zijn verschenen de vertegenwoordigers van MGN Limited en eDate Advertising, de gemachtigden van de Deense en de Griekse regering alsmede van de Commissie.

IV — De ontvankelijkheid van het prejudiciële verzoek in de zaak eDate Advertising (C-509/09)

25. De Italiaanse Republiek meent dat de in de zaak eDate Advertising gestelde vragen niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, aangezien de litigieuze informatie werd verwijderd nadat verzoeker hierom had verzocht. De door X ingestelde rechtsvordering tot staking staat haars inziens derhalve los van de aan het Hof gestelde uitleggingsvragen.

26. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het in uitzonderlijke omstandigheden, ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, een onderzoek dient in te stellen naar de omstandigheden waaronder het door de nationale rechter is geadieerd. Een verzoek van een nationale rechter kan door het Hof slechts worden afgewezen, wanneer de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht klaarblijkelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk hypothetisch van aard is. [8]

27. Gelet op de feitelijke en procedurele omstandigheden van de zaak eDate Advertising is het verzoek mijns inziens ontvankelijk. Het feit dat de informatie is verwijderd, ontneemt verzoeker immers niet het recht een verbodsactie voor de toekomst in te stellen,

8 — Zie in deze zin, onder meer, arresten van 16 december 1981, Foglia (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 21); 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 39), en 23 april 2009, Rüffler (C-544/07, Jurispr. blz. I-3389, punt 37).

of een vordering tot schadevergoeding, hetzij in deze procedure hetzij in een nieuwe procedure. Het Hof heeft meermaals verklaard dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 de bevoegdheid regelt ongeacht of het geschil de vergoeding betreft van reeds ingetreden schade, dan wel een vordering ter voorkoming van schade, in de vorm van schadevergoeding of een verbod. [9] In het hoofdgeding is deze tweede variant aan de orde, die het voorkomen van toekomstige schade tot doel heeft, en in de zaak van X meer in het bijzonder het voorkomen van de verspreiding van informatie die reeds gedurende langere tijd circuleert. Het antwoord van het Hof kan derhalve voor de verwijzende rechter van nut zijn. Bijgevolg is het verzoek gelet op de door het Hof in zijn rechtspraak ontwikkelde criteria ontvankelijk.

V — Redenen voor de voeging: de mate van overeenstemming tussen de vragen en de aanpak bij de beantwoording van de vragen

28. Zoals in punt 22 van deze conclusie is vermeld, zijn de twee onderhavige zaken door de president van het Hof gevoegd wegens hun objectieve samenhang. In beide zaken gaat het uiteindelijk om de vraag, of het reeds aangehaalde arrest Shevill met betrekking tot artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 al dan niet toepasselijk is op een situatie waarin de informatie die beweerdelijk inbreuk maakt op het persoonlijkheidsrecht is verspreid via internet.

29. Er zijn evenwel tussen beide zaken onmiskenbaar enige niet te verwaarlozen verschillen. Aan de ene kant heeft de verzoeker in de zaak eDate Advertising een verbodsactie ingesteld, terwijl de zaak Martinez en Martinez een vordering tot schadevergoeding betreft. Aan de andere kant gaat het in de zaak eDate Advertising om beweerdelijk lasterlijke informatie, terwijl de aanleiding voor de zaak Martinez en Martinez ligt in informatie die het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zou hebben aangetast. Terwijl de verweerster in de zaak eDate Advertising de eigenaresse is van een informatiesite op het internet, is de verweerder in de zaak Martinez en Martinez een uitgever van een communicatiemedium in engere zin, de *Sunday Mirror,* die zowel in geschreven als elektronische vorm beschikbaar is.

30. Niettegenstaande deze verschillen zijn beide zaken verwant omdat zij, expliciet dan wel impliciet, dezelfde kwestie aan de orde stellen: de draagwijdte van de Shevill-rechtspraak. Zoals ik in punt 27 van deze conclusie heb uiteengezet, is artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, en daarmee dus de uitlegging die het Hof hieraan in zijn rechtspraak geeft, relevant voor gevallen als de

9 — Arresten van 1 oktober 2002, Henkel (C-167/00, Jurispr. blz. I-8111, punten 46-48), en 5 februari 2001, DFDS Torline (C-18/02, Jurispr. blz. I-1417, punten 26 en 27).

onderhavige. En aangezien de regel van het arrest Shevill rechtstreeks bepalend is voor de internationale bevoegdheid van de Duitse en de Franse gerechten, kan het Hof in een gemeenschappelijk antwoord voorzien. Ik zal derhalve eerst de bevoegdheidsvraag voor beide zaken gezamenlijk behandelen en aansluitend de alleen door het Bundesgerichtshof in de zaak eDate Advertising gestelde derde prejudiciële vraag, die specifiek is gericht op de problematiek van het toepasselijke recht.

VI — De eerste en de tweede prejudiciele vraag in de zaak eDate Advertising (C-509/09) en de enige prejudiciële vraag in de zaak Martinez en Martinez (C-161/10)

A — *Het arrest Shevill: analyse en beoordeling*

31. De opkomst en ontwikkeling van het internet en met name van het World Wide Web in de laatste tien jaar van de vorige eeuw hebben een diepgaande verandering teweeggebracht in de methoden en technieken voor de verspreiding en ontvangst van informatie. Hierdoor is thans een herziening nodig van de definiëring van de inhoud en de omvang van tal van juridische categorieën in het kader van hun toepassing op de sociale en commerciële betrekkingen op het net. De onderhavige zaken confronteren ons met deze zelfde vragen op het gebied van de internationale bevoegdheid, want zonder enige — wellicht zelfs aanzienlijke — nuancering passen de tot dusverre door het Hof gegeven antwoorden niet goed bij het universele en open karakter van de op het internet verspreide informatie.

32. Ik zal aanstonds kort de inhoud van het arrest Shevill en de commentaren hierop in herinnering brengen. Vervolgens onderzoek ik de bijzondere aard van de aantastingen van het persoonlijkheidsrecht op het internet, waarbij ik met name aandacht zal besteden aan de verschillen tussen de verspreiding van informatie via fysieke dragers en onlinemedia. Tot slot geef ik aan welke aanpassingen van de oplossing van het arrest Shevill nodig zijn om haar te kunnen toepassen op de omstandigheden in de onderhavige zaken. Ik zal daartoe een aanvullende aanknopingsfactor voorstellen, gebaseerd op het „zwaartepunt van het conflict" tussen de in geding zijnde goederen en waarden.

33. Het Hof heeft in het arrest Mines de potasse d'Alsace [10] van 1976 beslist dat, ingeval de plaats waar zich een feit heeft voorgedaan dat een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan meebrengen, en de plaats waar door dit feit schade is ontstaan, niet samenvallen,

10 — Arrest van 30 november 1976, Bier, „Mines de potasse d'Alsace" (21/76, Jurispr. blz. 1735).

de uitdrukking „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" in — het huidige — artikel 5, sub 3, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden verstaan dat zowel de plaats waar de schade is ingetreden, als de plaats van de veroorzakende gebeurtenis is bedoeld.

34. Het belang van het arrest Mines de potasse d'Alsace mag niet worden onderschat. Om te voorkomen dat het bijzondere forum ter zake van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in dergelijke gevallen zou samenvallen met het algemene forum van de woonplaats van de verweerder, heeft het Hof artikel 5, punt 3, aldus uitgelegd dat het voorziet in twee alternatieve fora, ter keuze van de verzoeker: hetzij dat van de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis, hetzij dat van de plaats waar de schade is ingetreden.

35. De oplossing van dit arrest, dat materiële schade betrof, is in het arrest Shevill uitgebreid tot gevallen van immateriële schade. In deze zaak heeft het Hof, als bekend, de hiervoor uiteengezette benadering van toepassing verklaard op schendingen van persoonlijkheidsrechten. [11] Het Hof preciseert in dit arrest dat in een situatie waarin de „belediging" door middel van de pers een „internationaal karakter heeft" (zoals in casu het geval was), „de aantasting van de eer, de goede naam of het aanzien van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon zich [manifesteert] op de plaatsen waar de publicatie wordt verspreid, *wanneer de gelaedeerde daar bekend is*". [12] In dit geval kon de gedupeerde bij de rechter in die staat evenwel slechts een vordering voor de in die staat geleden schade instellen.

36. In het verlengde van zijn erkenning dat de plaats waar de gelaedeerde bekend is als aanknopingsfactor dient voor de bevoegdheid, kwam het Hof — daarin de advocaten-generaal Darmon en Léger volgend [13] — tot de beslissing dat de gerechten van de staten waar de beledigende publicatie is verspreid en waar de gelaedeerde stelt dat zijn goede naam is aangetast, bevoegd zijn om kennis te nemen van geschillen betreffende de schade die in deze staat aan de goede naam van de gelaedeerde is toegebracht. [14] Om aan de eventuele bezwaren van deze jurisdictieregel tegemoet te komen, voegde het Hof hieraan toe dat de verzoeker altijd de mogelijkheid heeft om zijn vordering in haar geheel voor de rechter van ofwel de woonplaats van de verweerder, ofwel de plaats van vestiging van de uitgever van de beledigende publicatie te brengen. [15]

11 — Arrest Shevill, reeds aangehaald, punt 23.

12 — Arrest Shevill, reeds aangehaald, punt 29. Cursivering van mij.

13 — Conclusie van advocaat-generaal Darmon van 14 juli 1994, en van advocaat-generaal Léger van 10 januari 1995. Het enigszins uitzonderlijke feit dat twee advocaten-generaal conclusie nemen in dezelfde zaak is het gevolg van de beslissing van het Hof de mondelinge behandeling te heropenen nadat conclusie was genomen door advocaat-generaal Darmon, wiens ambtstermijn enige dagen vóór de heropeningsbeslissing tot een einde was gekomen.

14 — Arrest Shevill, reeds aangehaald, punt 31.

15 — Arrest Shevill, reeds aangehaald, punt 32.

37. Het arrest Shevill heeft aldus op basis van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 voor gevallen van aantasting van persoonlijkheidsrechten door de media voorzien in twee alternatieve fora, naar keuze van de verzoeker: het ene in de staat waar de verweerder woonplaats heeft of de uitgever is gevestigd, waar de rechthebbende zijn gehele schade kan vorderen, het andere in de staat waar de betrokkene bekend is, waar hij uitsluitend de in die staat veroorzaakte schade kan vorderen, een beperking die door sommige schrijvers wel wordt bestempeld als „mozaïsche wet" [16].

38. In het arrest Shevill is een bevredigend evenwicht gevonden, dat in het algemeen in de literatuur op bijval kon rekenen. [17] De oplossing voorziet enerzijds in de noodzaak om de vorderingen betreffende de volledige schade in één staat te concentreren, die van de uitgever of de verweerder, en biedt anderzijds degene wiens persoonlijkheidsrecht in het geding is, de mogelijkheid om — zij het in beperkte mate — een rechtsvordering in te stellen op de plaats waar een immateriële schade, zoals aantasting van het portretrecht, is ingetreden. De Shevill-oplossing voorkomt aldus niet alleen dat het bijzondere forum van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 wordt tot een forum dat gelijkstaat aan het algemene forum, dat voorrang geeft aan de rechter van de woonplaats van de verweerder, maar voorkomt tevens het forum actoris, een optie die in de verordening duidelijk is uitgesloten, aangezien zij evenals haar voorgangster, het Executieverdrag, is gebaseerd op de algemene bevoegdheidsregel van het actor sequitur forum rei. [18]

39. De Shevill-rechtspraak is derhalve van toepassing op die schendingen van persoonlijkheidsrechten waarbij een spanningsverhouding bestaat tussen de informatievrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of het portretrecht. Zij heeft een ruime draagwijdte die zich niet uitsluitend beperkt tot de gedrukte media, maar omvat ook andere communicatiemiddelen, zoals de informatie via radio en televisie. Zij bestrijkt eveneens een breed scala aan schendingen van persoonlijkheidsrechten, variërend van smaad of belediging in de betekenis die daaraan in het algemeen in de continentale rechtsstelsels wordt gegeven, tot „aantasting van de eer en goede naam", typisch voor de common-lawstelsels. [19]

16 — Zie Magnus, U., en Mankowski, P., *Brussels I Regulation*, Séller, European Law Publishers, 2007, München, blz. 192 en 193.

17 — Zie, onder meer, de commentaren van Crespo, A., „Precisión del forum locus delicti commissi en los supuestos de daños contra la persona causados a través de prensa", *La Ley — Comunidades Europeas*, 1995, nr. 96, blz. 1 e.v.; Gardella, A., „Diffamazione a mezzo stampa e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968", *Revista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, blz. 657 e.v.; Hogan, G., „The Brussels Convention, Forum Non Conveniens and the Connecting Factors Problem", *European Law Review*, 1995, blz. 471 e.v.; Huber, P., „Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien im Rahmen des Europäischen Zivilprozessrechts", *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 1996, blz. 300 e.v., Idot, L., „L'application de la Convention de Bruxelles en matière de diffamation. Des précisions importantes sur l'interpretation de l'article 5.3", *Europe*, 1995, juni, blz. 1 en 2.

18 — Zie de eerder aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Shevill, punten 39 en 40.

19 — Zie Sánchez Santiago, J., en Izquierdo Pens, J.J., „Difamar en Europa: las implicaciones del asunto Shevill", *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, nr. 1, blz. 168.

40. Het enige punt van onderscheid tussen de casuspositie in de twee onderhavige gevoegde zaken en die in het meermaals aangehaalde arrest is de informatiedrager. Schade als gevolg van schending van persoonlijkheidsrechten door publicaties in druk of via radio of televisie is traditioneel in een uitgesproken nationaal kader aan de orde gesteld. Internationale implicaties hadden deze zaken slechts zelden voor de nationale rechtsorden, voornamelijk omdat de media slechts een bepaald geografisch gebied bestreken. Wanneer een medium zijn activiteit beperkt tot een enkel grondgebied, ligt het in de lijn dat het informatie aanbiedt die van belang is voor de potentiële doelgroep in dat gebied. Schendingen van persoonlijkheidsrechten deden zich bijgevolg veelal voor via een medium en tegen een persoon die zich in de meeste gevallen op hetzelfde grondgebied bevonden.

41. Om ons standpunt te bepalen over de toepasselijkheid van het aangehaalde arrest Shevill, moeten wij thans, zij het kort, ingaan op de door het internet teweeggebrachte veranderingen in de technieken en methoden van communicatie.

B — *Het internet, de pers en de verspreiding van informatie*

42. Wij hoeven niet terug te gaan tot de tijd waarin het gesproken en in mindere mate het geschreven woord het sociale communicatiemiddel bij uitstek was, om vast te stellen dat de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van communicatie zoals wij die nu kennen, zijn ontstaan toen de mogelijkheid van verspreiding in druk zich aandiende. Sindsdien was de schriftelijke en in het algemeen de grafische communicatie [20] steeds communicatie op een papieren drager. Dankzij deze technische innovaties konden deze vrijheden, die probleemloos ook konden worden toegepast op de media die geluid en beeld uitzenden via de ether, worden opgeëist en formeel worden vastgesteld.

43. De uitvinding en invoering van het internet en van het World Wide Web [21] hebben die gangbare territoriale oriëntatie van de informatiemedia doorbroken, beter gezegd, in haar tegendeel doen verkeren en de verspreiding van informatie van een nationaal tot een globaal verschijnsel gemaakt. [22] Door het gebruik van een technische en immateriële drager waarop massaopslag van informatie en onmiddellijke verspreiding naar elke plaats ter wereld mogelijk is, biedt het internet een platform dat zijn gelijke niet kent onder de technieken van de massamedia. Enerzijds zorgt internet daardoor voor een totale omslag van ons ruimtelijke/territoriale denken over communicatie, door mondialisering van

20 — Zie Ivins Jr., W.M., *Prints and Visual Communication*, The M.I.T. Press, Cambridge-Londen, 1969.

21 — Zie over het begrip en de wettelijke definitie van „internet" en het „World Wide Web", onder meer, Lloyd, I.J., *Information Technology Law*, 4e dr., 2004.

22 — Zie, onder meer, Castells, M., *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. La Sociedad Red*, Siglo XXI, 2002.

de sociale betrekkingen en minimalisering van het belang van de regionale of nationale dimensie, en creëert het zelfs een immateriële, ongrijpbare ruimte, de „cyberspace", zonder begrenzing of beperking. Anderzijds wijzigt het de temporele perceptie van deze betrekkingen, zowel door de rechtstreekse toegankelijkheid tot hun content als door de mogelijk blijvende aanwezigheid daarvan op het net. Wanneer een content eenmaal online circuleert, blijft hij daar in beginsel eindeloos beschikbaar.

44. Een medium dat besluit zijn content op internet te zetten, kiest bijgevolg voor een methode van „verspreiding" die radicaal verschilt van die voor gebruik van de conventionele dragers. Anders dan bij de gedrukte pers, is voor een website geen voorafgaande beslissing van een uitgever nodig over het aantal te verspreiden, laat staan te drukken exemplaren, aangezien de verspreiding wereldwijd en onmiddellijk plaatsvindt: de website is immers overal ter wereld toegankelijk waar mensen toegang hebben tot het net. Ook de toegang tot het medium is verschillend, evenals de reclametechnieken die ervoor worden gebruikt. Internet biedt, zoals ik zojuist heb beschreven, een permanente, wereldwijde en onmiddellijk beschikbare toegang aan particulieren. Zelfs voor de onlinemedia met betaalde toegang geldt dat zij verschillen van de andere dragers omdat zij in het algemeen overal ter wereld verkrijgbaar zijn.

45. Voorts wordt het internet, anders dan de traditionele media, gekenmerkt door een significante afwezigheid van de wetgever. Zijn typisch globale karakter maakt overheidsbemoeienis met de activiteiten op het net moeilijk, met als gevolg een gebrek aan regelgeving, wat veel kritiek oproept. [23] Bij het gebrek aan materiële regelgeving komt nog de conflictenrechtelijke fragmentatie, een lappendeken van nationale wettelijke regelingen met elk hun eigen bepalingen van internationaal privaatrecht, die elkaar in veel gevallen overlappen en het moeilijk maken te bepalen welke regels van toepassing zijn op een concreet geschil.

46. De hiervoor uiteengezette kenmerken hebben onmiskenbaar effecten op het gebied van het recht. Door de mondiale en onmiddellijke verspreiding van informatie op internet is een uitgever als gezegd onderworpen aan een veelheid van lokale, regionale, nationale en internationale regelingen. Het ontbreken van een wereldomvattend regelgevingskader voor de informatieverstrekking op internet en de verscheidenheid aan regels van internationaal privaatrecht van de staten, maken de media voorts afhankelijk van een normatief kader dat niet alleen gefragmenteerd, maar ook potentieel tegenstrijdig is, want wat in de ene staat verboden is, kan in een andere

23 — Zie, onder meer, Gigante, A., „Blackhole in Cyberspace: the Legal Void in the Internet", *Journal of Computer & Information Technology*, deel XV, 1997; Gould, M., „Rules in the Virtual Society", *International Review of Computers & Technology,* deel 10, 1996; Reidenberg, J.R., „Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace", *Emory Law Review,* deel 45, 1996, en Strömer, T.H., *Online-Recht: Juristische Probleme der Internet-Praxis erkennen und vermeiden,* 4e dr., Dpunkt, Heidelberg, 2006.

zijn toegestaan. [24] De noodzaak om de media rechtszekerheid te verschaffen en situaties te voorkomen waarin de rechtmatige uitoefening van de informatievrijheid wordt ontmoedigd (het zogenoemde „chilling-effect"), is daardoor een doelstelling die het Hof mede in aanmerking moet nemen. [25]

47. Bovendien is de door het medium op zijn verspreiding en toegang uitgeoefende controle diffuus, en soms onmogelijk. Onmiddellijk nadat bepaalde informatie online is gezet, worden particulieren, al dan niet vrijwillig, verspreiders van de informatie, via sociale netwerken, elektronische communicatienetten, links, blogs of welke andere internetmedia dan ook. [26] Zelfs de beperking van content door — soms territoriaal begrensde — betaalde toegang, stuit op grote problemen bij het voorkomen van omvangrijke verspreiding van de informatie. De controle en de meting van het effect van de informatie, of de registratie ervan, waarvoor de traditionele media over zeer betrouwbare technieken beschikten, zijn onuitvoerbaar wanneer de informatie op het net circuleert. [27]

48. Anderzijds bevinden de mogelijke slachtoffers van publicaties die inbreuk maken op het persoonlijkheidsrecht zich in een uiterst kwetsbare positie wanneer internet als drager wordt gebruikt. Door de wereldwijde beschikbaarheid van de informatie is de schending potentieel ingrijpender dan die welke bijvoorbeeld door een conventioneel medium wordt veroorzaakt. [28] Tegenover de ernst van de aantasting staat het veelvoud aan toepasselijke regelingen, want door de territoriale oriëntatie ziet het recht zich met verschillende nationale stelsels geconfronteerd en daarmee met evenzoveel nationale jurisdicties die kennis kunnen nemen van het geschil. De schendingen waarvan de gedupeerde, wiens persoonlijkheidsrecht is geschonden, het slachtoffer is, zijn daardoor mogelijk ernstiger, terwijl zijn rechtsbescherming als gevolg van de versnippering en de rechtsonzekerheid geringer is.

24 — Zie, onder meer, Hoeren, T., „Internet und Recht — Neue Paradigmen des Informationsrechts", *Neue Juristische Wochenschrift,* deel 51, 1998, blz. 2852-2854; Katsch, M.E., *Law in a Digital World,* Oxford University Press, Oxford — New York, 1995, blz. 240 e.v.; Levine, N., „Establishing Legal Accountability for Anonymous Communications in Cyberspace", *Columbia Law Review*, deel 96, 1996, blz. 1540-1564, en Susskind, R., *Transforming the Law: Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace,* Oxford University Press, Oxford — New York, 2000, blz. 143 e.v.

25 — Zie met name, Determann, L., *Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen,* Nomos, Baden-Baden, 1999, blz. 304 e.v.

26 — Zoals het Bundesgerichtshof in zijn verwijzingsbeschikking in zaak C-509/09 beklemtoont, verspreidt internet de informatie niet, maar maakt het deze slechts toegankelijk. Het zijn de gebruikers van internet die, al dan niet vrijwillig, de verspreiders worden.

27 — Pichler, R., in Hoeren, T., en Sieber, U. (red.), *Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs,* Beck, München, 2009, hoofdstuk 25, nummer 224.

28 — Zie over de verschillende vormen waarin deze spanning zich voordoet, Fernández Esteban, M.L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales,* McGraw Hill, Madrid, 1999; Banisar, D., en Davies, S., „Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments", *Journal of Computer and Information Law,* deel XVIII, 1999; Fleischmann, A., „Personal Data Security: Divergent Standards in the European Union and the United States", *Fordham International Law Journal,* deel 19, 1995; Geis, I., „Internet und Datenschutzrecht", *Neue Juristische Wochenschrift,* deel 50, 1997, en Morón Lerma, E., *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la Red,* Aranzadi, Navarra, 1999.

C — *Aanpassing of bevestiging van de Shevill-rechtspraak*

49. Ik breng nogmaals onder de aandacht dat het Hof in het arrest Shevill een antwoord heeft gegeven dat het belang van de media verenigde met de bescherming van de rechtspositie van de houder van een persoonlijkheidsrecht. Op basis van dit arrest kan helder en duidelijk „de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen" worden vastgesteld, ter bepaling van een of meer bevoegde gerechten. Deze rechtspraak is van evident belang voor die gevallen van schending van persoonlijkheidsrechten waarin het in rechte betrokken medium in meer of mindere mate gebruikmaakt van een gebiedsgebonden distributiesysteem. Wanneer de methode van informatieverspreiding berust op een bedrijfsstrategie die het economische en informatieve nut van vestiging in de ene of de andere staat tegen elkaar afweegt, is een oplossing als die van het arrest Shevill, die de omvang van de schade ook aan een bepaald gebied relateert, inderdaad een passende oplossing.

50. Dat arrest dateert evenwel van vlak vóór de tijd waarin het internet een grote vlucht nam. De omstandigheden van de onderhavige zaken zijn vergeleken bij die van een zaak als van Fiona Shevill duidelijk verschillend, waardoor de praktische toepassing van de oplossing van het Hof van 1995 wordt bemoeilijkt. Bijvoorbeeld de regel dat de rechter bevoegd is van de plaats waar de gelaedeerde bekend is, waardoor enkel met de daadwerkelijk in de betrokken staat ontstane schade rekening kan worden gehouden. Deze regel was ten tijde van het wijzen van het arrest Shevill in de praktijk goed toe te passen, bijvoorbeeld aan de hand van het aantal in iedere lidstaat verspreide exemplaren, een eenvoudig te verifiëren gegeven, aangezien het onderdeel was van het commercieel beleid van het medium en werd bepaald door vrijwillig genomen bedrijfsbeslissingen. Voor de mate van verspreiding van een medium als zodanig (of van de inhoud ervan) op internet zijn er echter geen betrouwbare meetcriteria, zoals door de interveniënten ter terechtzitting in de onderhavige zaken is erkend. En alhoewel het aantal en de oorsprong van de „bezoeken" aan een webpagina zeker een indicatie kunnen zijn voor een bepaalde territoriale impact, zijn het toch bronnen die te weinig garantie bieden voor een sluitende en definitieve vaststelling van een onrechtmatige daad. [29]

51. Het arrest Shevill steunt voorts op de waarborg van een goede rechtsbedeling, een uitdrukkelijk in de considerans van

29 — Zie Jerker, D., en Svantesson, B., *Private International Law and the Internet*, Kluwer Law International, 2007, blz. 324 e.v., en Roth, I., *Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet*, Peter Lang, 2006, blz. 283.

verordening nr. 44/2001 vermelde doelstelling. [30] De toepassing van dit arrest in het kader van de onlinemedia kan in bepaalde gevallen onverenigbaar zijn met deze doelstellingen. Neem bijvoorbeeld het geval van iemand als Olivier Martinez, die populariteit lijkt te genieten (dus „bekend" is) in meerdere staten. De sterke verbrokkeling van de bevoegdheid en in voorkomend geval eveneens van het toepasselijk recht is moeilijk te rijmen met een goede rechtsbedeling. [31] Evenzo zou het loutere feit dat de informatie over die publieke figuur rechtstreeks toegankelijk is in alle lidstaten, de uitgever van het medium in een moeilijk parket brengen, omdat elke lidstaat potentieel bevoegd zou zijn in geval van een eventuele procedure. Bovendien wordt ook de voorzienbaarheid van de bepaling van de rechtsregels hierdoor bepaald niet in de hand gewerkt, noch voor de verzoeker noch voor de verweerder. [32]

52. Meer in het algemeen verdient ook vermelding dat sinds 1995, het jaar van publicatie van het betrokken arrest, niet onbelangrijke wijzigingen zijn doorgevoerd in het wetgevingskader van de Unie. Door de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is het belang van zowel het fundamentele recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als dat van de informatievrijheid bevestigd. De artikelen 7 en 11 van het Handvest geven uitdrukking aan de bijzondere bescherming die de informatie in een democratische maatschappij verdient, en benadrukken het belang van de persoonlijke levenssfeer, waarbinnen ook het portretrecht valt. Het Hof heeft zich reeds vóór de inwerkingtreding van het Handvest over beide rechten uitgesproken [33], zoals ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de inhoud ervan reeds had gepreciseerd. [34] De inwerkingtreding van het Handvest is voor ons in casu bijzonder

30 — Arrest Shevill, reeds aangehaald, punt 31.

31 — Advocaat-generaal Darmon heeft ook op dit bezwaar gewezen in zijn conclusie in de zaak Shevill, punt 72.

32 — Roth, I., *op. cit.*, blz. 310 e.v.

33 — Zie over artikel 11 van het Handvest en de toepassing van het recht van vrijheid van informatie, vóór het Handvest, onder meer, arresten van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409); 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925); 13 december 1989, Oyowe en Traore/Commissie (C-100/88, Jurispr. blz. 4285); 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad (C-376/98, Jurispr. blz. I-8419); 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007); 3 februari 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Jurispr. blz. I-487), en 6 maart 2001, Connolly/Commissie (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611). Met betrekking tot artikel 7 van het Handvest en de voorafgaande rechtspraak, zie, onder meer, arresten van 8 april 1992, Commissie/Duitsland (C-62/90, Jurispr. blz. I-2575, punt 23), en 5 oktober 1994, X/Commissie (C-404/92 P, Jurispr. blz. I-4737, punt 17).

34 — Zie over de vrijheid van informatie of, in de bewoordingen van artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de „vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken", onder meer, arresten EHRM van 7 december 1976, Handyside v. Verenigd Koninkrijk; 26 maart 1987, Leander v. Zweden; 29 mei 1999, Bladet Tromso en Stensaas v. Noorwegen; 27 februari 2001, Feldek v. Slowakije, en 7 mei 2002, McVicar v. Verenigd Koninkrijk. Zie over het grondrecht op privéleven, vervat in artikel 8 van het EVRM betreffende het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, onder meer, arresten EHRM van 26 maart 1985, X en Y v. Nederland; 16 december 1992, Niemietz v. Duitsland; 25 november 1994, Stjerna/Finland; 28 juni 2001, Vertiere v. Zwitserland, en 24 juni 2004, Von Hannover v. Duitsland.

relevant, omdat het expliciet de noodzaak weerspiegelt om de kernprincipes van de erin voorziene rechten toe te passen op alle gebieden waarop de Unie werkzaam is, daaronder begrepen de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. [35] Bijgevolg maken de uiterst kwetsbare positie van de media in geval van een stortvloed van procedures alsmede de ernst van de mogelijke schendingen van de persoonlijkheidsrechten en de onzekerheid ten aanzien van de rechtsbescherming het noodzakelijk voor de aan het arrest Shevill onderliggende spanning een vorm te vinden waarin dit wordt voorkomen.

53. Anderzijds moet elke benadering die een wijziging van de Shevill-leer inhoudt, noodzakelijkerwijs rekening houden met een vereiste van technologische neutraliteit. Dit wil zeggen dat de antwoorden van het Hof op de in verband met de opkomst van het internet gerezen uitleggingsvragen niet al te sterk gericht moeten zijn op deze drager, gezien het gevaar dat zij worden achterhaald door de technologische ontwikkelingen of dat zij een basis bieden voor ongelijke behandeling op grond van een wellicht arbitrair criterium, zoals het gebruik van een bepaalde technologie. [36] Hoewel het conflict tussen de informatievrijheid en het portretrecht zich op internet op een zeer bijzondere wijze manifesteert, dient de oplossing van het Hof zo veel mogelijk toepasselijk te zijn op alle media en ongeacht de drager die zij voor hun informatieverstrekking gebruiken. [37] Deze conclusie wordt nog versterkt door het feit dat er thans, met name waar het de dagbladpers van enige betekenis betreft, nauwelijks meer media zijn die geen via het net verspreide elektronische editie hebben. De informatie-inhoud kan steeds worden vervangen en op andere

35 — Zie over de informerende werking van het Handvest op alle terreinen van wetgevend optreden van de Unie, Lenaerts, K., en Gutiérrez-Fons, J., „The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law", *Common Market Law Review,* deel 47, 2010. Op het gebied van het internationaal privaatrecht, zie Requejo Isidro, M., *Violaciones Graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil,* Thomson-Aranzadi, 2009.

36 — Zie Knutsen, E.S., „Techno-Neutrality of Freedom of Expression in New Media Beyond the Internet", *UCLA Entertainment Law Review,* nr. 8, 2001, blz. 95; Koops, B.-J., „Should ICT Regulation be Technology-Neutral?", in Koops, B.-J., Lips, M., Prins, C., & Schellekens, M., *Starting Points for ICT Regulation: deconstructing prevalent policy one-liners,* TMC Asser Press, Den Haag 2006, blz. 77-79; Escudero-Pascual, A., en Hosein, I., „The Hazards of Technology-Neutral Policy: Questioning Lawful Access to Traffic Data", *Communications of the Association for Computing Machinery*, nr. 47, 2004, blz. 77.

37 — De Europese Commissie heeft herhaaldelijk een opvatting van het beginsel van „technologische neutraliteit" verdedigd in de zin van een verbod van discriminatie op grond van de gebruikte dragers. In haar mededeling aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's — Beginselen en richtsnoeren voor het audiovisuele beleid van de Gemeenschap in het digitale tijdperk [COM(1999) 657 def., van 14 december 1999, blz. 11], zet zij uiteen: „Technologische convergentie betekent dat diensten die voorheen door een beperkt aantal communicatienetwerken gedragen werden, nu via verschillende concurrerende netwerken gedragen kunnen worden. Daarom dient erop gelet te worden dat de regelgeving technologisch neutraal is: identieke diensten dienen in principe op dezelfde wijze gereguleerd te worden, ongeacht de wijze van overbrenging." Zie in dezelfde zin de mededeling aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's over de herziening van het regelgevingskader van de EU voor elektronische communicatienetwerken en diensten [COM(2006) 334, van 29 juni 2006, blz. 8]. Zie in dezelfde zin de ministeriële verklaring van de internationale ministerconferentie over mondiale informatienetwerken van 6 tot 8 juli 1997 te Bonn.

dragers worden gezet. De bepaling van het bevoegde forum moet bijgevolg plaatsvinden aan de hand van criteria die rekening houden met schendingen die tegelijkertijd door bijvoorbeeld zowel een gedrukt medium als een webpagina [38] worden veroorzaakt.

54. Ik meen dat wij thans in staat zijn een antwoord te geven dat voorziet in een aanpassing op de Shevill-rechtspraak en tevens technologisch neutraal is. Het antwoord moet mijns inziens niet worden gevonden in de volledige heroverweging van deze rechtspraak. Integendeel, het in 1995 door het Hof gegeven antwoord behoudt ook thans nog zijn relevantie voor die gevallen van „belediging met een internationaal karakter" waarin de gedrukte pers als informatiedrager dient. Aan de in dat arrest gebruikte aanknopingsfactoren behoeft slechts een aanvullende factor te worden toegevoegd, die bovendien niet specifiek tot de via internet veroorzaakte schade behoeft te worden beperkt.

D — *Het „zwaartepunt van het geschil" als aanvullende aanknopingsfactor met het forum*

55. Zoals hiervoor reeds meermaals vermeld, voert het arrest Shevill een dubbel forum in, ter keuze van degene die aanspraak maakt op bescherming van zijn persoonlijkheidsrecht, die kan kiezen tussen de rechter van de plaats van de uitgever of verweerder dan wel van de plaats of plaatsen waar hijzelf bekend is. Deze oplossing is, zoals ik eerder heb gezegd, geschikt voor een groot aantal reeds geschetste gevallen. De door deze rechtspraak aangegeven aanknopingsfactoren zijn daarom op zichzelf ook niet onjuist, maar zij laten wel enige aanvulling toe met een bijkomende factor, maken dat zelfs nodig. Mijns inziens moet dus een aanvullende aanknopingsfactor worden vastgesteld en ingevoerd, inhoudend dat onder de „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen" als bedoeld in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 mede wordt verstaan het „zwaartepunt van het geschil" tussen de betrokken goederen en belangen.

56. De schending van persoonlijkheidsrechten door middel van onlinemedia leidt tot een spanning, als reeds uiteengezet in de punten 42 tot en met 44 van deze conclusie. Het bijkomende probleem is de grensoverschrijdende, liever gezegd mondiale aard van deze spanning. Om hierin te voorzien moeten fora worden gevonden die een evenwichtige afweging maken tussen de betrokken rechten en belangen, zowel van het medium als van de betrokken particulieren. Een mogelijke aanknopingsfactor zou derhalve in beginsel de *toegankelijkheid* van de informatie kunnen zijn, hetgeen dus een automatische

38 — Zie in deze zin, Virgós Soriano, M., en Garcimartín Alférez, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional,* 2e dr., Civitas, Madrid, 2007, blz. 194.

aanknoping met alle lidstaten zou rechtvaardigen, aangezien in de praktijk de beweerdelijk schadebrengende informatie in al die staten toegankelijk is. Dit zou, zoals alle deelnemers aan de onderhavige procedure hebben benadrukt, echter onmiddellijk leiden tot ongewenste forumshopping, waartegen geen enkel internetmedium is opgewassen. [39] Daarbij komt dat de ernst van de schending die het lot kan zijn van de gerechtigde op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, die ziet dat de informatie die hem in zijn goede naam aantast in elke uithoek van de aarde beschikbaar is, in contrast staat met een oplossing die zijn recht spreidt over alle staten waar hij bekend is. [40]

57. Een oplossing die de aanknopingsfactoren van het arrest Shevill adequaat aanvult, is mijns inziens die welke de mogelijkheid biedt om, naast de oorspronkelijke criteria, bovendien de rechtsmacht te lokaliseren op de plaats waar een rechter het beste in staat is om de spanning tussen de in geding zijnde belangen te analyseren, en bijgevolg kennis kan nemen van de schade in haar geheel. Dit zou dus een tussenpositie zijn, die het midden houdt tussen de twee reeds bestaande: zij zou de gelaedeerde de mogelijkheid bieden om te procederen voor een rechter van de plaats waar het zwaartepunt van zijn belangen ligt, het medium voorzienbaarheid bieden en een volledige beoordeling van de schade mogelijk maken. [41] Naar mijn mening doet het criterium van de plaats waar het „zwaartepunt van het conflict" ligt, recht aan deze verschillende doelstellingen.

58. Zo beknopt mogelijk geformuleerd, is de plaats van het „zwaartepunt van het conflict" de plaats waar een rechter het beste tot een oordeel kan komen over een conflict tussen de informatievrijheid en het portretrecht. Dat is in die staat waar de aantasting van het integriteitsrecht of het recht op de persoonlijke levenssfeer *en* de intrinsieke waarde van het

39 — Zie in dezelfde zin het arrest van het Bundesgerichtshof in de zaak Vl ZR 23/09, van 2 maart 2010, punt 17, alsmede Roth, I., *op. cit.*, blz. 310 e.v.; Dessemontet, F., „Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé", in Boele-Woelki, K., en Kessedjan, C. (red.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?,* Kluwer, Den Haag, 1998, blz. 63, en De Miguel Asensio, P., *Derecho Privado de Internet,* 2e dr., 2001, blz. 295 en 296. In het kader van internationale overeenkomsten aangaande vervoer en consumentenzaken heeft ook het Hof het criterium van loutere toegankelijkheid verworpen, in zijn arrest van 7 december 2010, Pammer en Hotel Alpenhof (gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, Jurispr. blz. I-12527, punt 94).

40 — Het gebrek aan bescherming van het slachtoffer als gevolg van de zogenoemde mozaïsche wet had reeds vóór het arrest Shevill de aandacht in de literatuur (zie bijvoorbeeld de studies van Gaudemet-Tallon, H., *Revue critique de droit international privé,* 1983, blz. 674; Heinrichs, J., *Die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nach dem Begehungsort im nationalen und internationalen Zivilprozessrecht,* diss., Freiburg, 1984, blz. 188-201, en Schwiegel-Klein, E., *Persönlichkeitsrechtverletzungen durch Massenmedien im internationalen Privatrecht. Zur Anwendung der lex loci delicti commissi auf Pressedelikte unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Rechtsprechung,* Münster, 1983, blz. 68-82). Na het arrest Shevill is kritiek op het gebrek aan bescherming van het persoonlijkheidsrecht blijven klinken. Zie, onder meer, Fernández Rozas, J.C., en Sánchez Lorenzo, S., *Derecho Internacional Privado,* 3e dr., Civitas, Madrid, blz. 501.

41 — Pichler, R., in Hoeren, T., en Sieber, U. (red.), *op. cit.*, hoofdstuk 25, nummers 211 e.v., met name punt 268, en Lutcke, J., *Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht,* Herbert Utz, München, 2000, blz. 135.

verspreiden van bepaalde informatie of ideeën, naargelang van het geval, met de grootste waarschijnlijkheid „zichtbaar" is of zich manifesteert. In die staat zal een schending van zijn persoonlijkheidsrecht de betrokkene in voorkomend geval het meest en het diepst raken. Ook is het — en dat is uit rechtszekerheidsoogpunt bepaald niet zonder betekenis — het grondgebied waar het medium kon voorzien dat zich een dergelijke schending zou kunnen voordoen en er bijgevolg een risico was in rechte te worden aangesproken. De plaats van het zwaartepunt van het conflict is aldus die plaats waar de rechter het beste in staat is zich een volledig beeld te vormen van het conflict tussen de in geding zijnde belangen.

59. Bij de vaststelling van de plaats waar het zwaartepunt van het conflict ligt, moeten derhalve twee aspecten worden onderscheiden. Het eerste betreft degene wiens persoonlijkheidsrecht beweerdelijk is geschonden. Het vereist dat het „zwaartepunt van het conflict" daar wordt gesitueerd waar het „zwaartepunt van zijn belangen" ligt. Dit stemt tot op zekere hoogte overeen met het criterium van het arrest Shevill, dat „het slachtoffer bekend moet zijn". Voor de vaststelling van de plaats waar het „zwaartepunt van het conflict" ligt, volstaat het echter niet dat het slachtoffer louter bekend is. Het gaat er veeleer om vast te stellen op welke plaats (en dus lidstaat) de particulier wiens persoonlijkheidsrechten zijn geschonden, zijn levensplan, voor zover dat althans bestaat, in hoofdzaak verwezenlijkt.

60. Het tweede aspect betreft de aard van de informatie. Met het oog op de vaststelling van de plaats van het „zwaartepunt van het conflict" moet de litigieuze informatie zodanig tot uitdrukking zijn gebracht dat in redelijkheid kan worden voorzien dat zij objectief relevant is in een bepaald geografisch gebied. De informatie die de aanleiding is tot het geschil, moet met andere woorden op een zodanige wijze zijn geformuleerd dat zij, in het licht van de omstandigheden waarin de berichtgeving plaatsvindt, informatie is die belangstelling wekt in een gebied en de lezers in dat gebied bijgevolg actief aanzet er kennis van te nemen. [42]

61. De bijzonderheid van de karakteristieke spanning die tussen beide rechten kan bestaan — dit kan naar ik meen zonder al te veel risico worden gezegd — is gelegen in het feit dat het zwaartepunt van de mogelijke schending van het persoonlijkheidsrecht veelal samenvalt met het zwaartepunt of de relevantie van het betrokken bericht of de betrokken opinie. Samengevat, *omdat* het bericht of de opinie op een plaats speciaal op belangstelling kan rekenen, is het op die plaats waar de

42 — Zie in deze zin arresten van het Bundesgerichtshof van 2 maart 2010, reeds aangehaald, punt 20; de High Court (Engeland en Wales) in de zaak Harrods/Dow Jones van 22 mei 2003, punten 32 e.v.; de Scottish Court of Session in de zaak Bonner Media Limited van 1 juli 2002, punt 19, alsmede de High Court van Australië in de zaak Dow Jones & Company Inc., van 10 december 2002, punt 154.

mogelijke schending van de persoonlijkheidsrechten de grootste schade zal veroorzaken.

62. In dit verband moet ervoor worden gewaakt het tweede van de genoemde criteria niet te verwarren met een opzetvereiste bij het medium. De informatie is niet objectief relevant omdat de uitgever haar vrijwillig op een lidstaat richt. Een op opzet gebaseerd criterium zou in strijd zijn met de letter van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, hetgeen wordt bevestigd bij vergelijking met artikel 15, punt 1, sub c, ervan, dat voorziet in een bijzondere bevoegdheid voor consumentencontracten in die gevallen waarin de verstrekker van de dienst „dergelijke activiteiten [...] richt op die lidstaat, of op meerdere [lid-] staten". [43] Iets dergelijks is in artikel 5, punt 3, niet te vinden. De internationale bevoegdheid kan bijgevolg niet op enig opzetvereiste worden gebaseerd. [44] Bovendien levert een op de subjectieve wil van de informatieverstrekker gebaseerd criterium grote bewijsproblemen op, zoals in de praktijk blijkt waar dit wordt toegepast. [45]

63. Met mijn voorstel dat de informatie objectief relevant moet zijn, heb ik het oog op die gevallen waarin een medium in redelijkheid kan voorzien dat de in zijn elektronische editie verspreide informatie „nieuwswaarde" heeft in een bepaald gebied, die de lezers in dat gebied ertoe moet aanzetten die informatie op te zoeken op het net. Dit objectieve relevantiecriterium kan worden toegepast op basis van verschillende aanwijzingen die, zo kan ik reeds nu zeggen, door de nationale rechter moeten worden beoordeeld.

64. Gezien het voorgaande moet als eerste de inhoud van de litigieuze informatie in aanmerking worden genomen. Bepaalde informatie kan in een gebied relevant zijn en in een ander in het geheel niet. Berichten over een Oostenrijker wonend in Oostenrijk, die melding maken van vermeende in Oostenrijk gepleegde criminele handelingen, hebben evidente „nieuwswaarde" op het grondgebied

43 — Het Hof heeft zich over de specifieke dimensie van dit bijzondere forum uitgesproken met betrekking tot via internet gesloten consumenten- en vervoerovereenkomsten, in zijn arrest van 7 december 2010 in de zaak Pammer en Hotel Alpenhof, reeds aangehaald. Het Hof overwoog hierin: „Tot de aanwijzingen op basis waarvan kan worden vastgesteld of een activiteit ‚gericht is op' de lidstaat waar de consument woonplaats heeft, behoort *elke duidelijke uitdrukking van de wil om de consumenten* in deze lidstaat *als klanten te winnen*" (cursivering van mij). Wat dit betreft is de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in deze zaken bijzonder verhelderend, die evenals het Hof van oordeel was dat het „richten" van een internetcontent op een gebied meer omvat dan de loutere toegankelijkheid of de objectieve interesse voor een gebied (zie punten 78 e.v.).

44 — Zie het arrest van het Bundesgerichtshof van 2 maart 2010, reeds aangehaald, punt 18.

45 — Bijvoorbeeld in de Verenigde Staten, waar de regel van de „single-publication" van de Uniform Single Publication Act en de Restatement (Second) of Torts § 577A (1977) bij het internet grote problemen oproept. Zie hierover het arrest van de Fourth Circuit Court of Appeals, Stanley Young v. New Haven Advocate (nr. 01-2340, van 13 december 2002), dat een duidelijk opzet van het medium om de informatie op een staat te richten vereiste, wilden zijn gerechten rechtsmacht hebben. Zie hierover, Borchers, P.J., „Internet Libel: The Consequences of a Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction", *Northwestern University Law Review*, 98, 2004, alsmede het themanummer „Cyberspace Regulation and the Discourse of State Sovereignty", *Harvard Law Review,* 1999, blz. 1697 e.v.

van dat land, ook al wordt de informatie verspreid via een digitale krant waarvan de uitgever in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd. Zodra een medium content online zet die door zijn aard een onmiskenbare betekenis vanuit informatie-oogpunt heeft in een andere staat, kan de uitgever in redelijkheid voorzien dat hij, wanneer het informatie betreft die inbreuk maakt op een persoonlijkheidsrecht, in die staat voor de rechter ter verantwoording kan worden geroepen. Hoe groter de informatiewaarde van een bepaald bericht in een nationaal grondgebied is, hoe eerder er in beginsel een band zal bestaan tussen de daar begane rechtsinbreuken en de gerechten van dat gebied.

65. De rechter kan voorts andere aanwijzingen in aanmerking nemen ter bepaling van het grondgebied waar de informatie objectief relevant is. Het kan hierbij gaan om aanwijzingen die duiden op een subjectieve wil van de uitgever om de informatie op een bepaalde staat te richten. Voor ons zijn het echter slechts aanwijzingen die kunnen helpen bij het zoeken van een band met een grondgebied, en niet van een opzet bij de uitgever van de informatie. Met betrekking tot deze reeks mogelijke, in aanmerking te nemen omstandigheden moet er rekening mee worden gehouden dat de informatie kan zijn verspreid op een site met een andere topleveldomeinnaam dan die van de lidstaat waar de uitgever is gevestigd, hetgeen duidt op het bestaan van een bepaald geografisch gebied waar de informatie extra goed wordt gevolgd. [46] Ook de taal die op de webpagina wordt gebruikt, kan een hulpmiddel zijn bij de afbakening van de invloedssfeer van de gepubliceerde informatie. De eventuele reclame op de pagina kan ook een indicatie zijn voor het geografisch gebied waar de informatie naar verwachting zal worden gelezen. [47] Ook de plaats van de informatie op de website kan van belang zijn voor het effect ervan in een bepaald grondgebied. Ik denk bijvoorbeeld aan een elektronisch onlinedagblad met informatierubrieken per staat. Een bericht onder de kop „Duitsland" maakt het aannemelijk dat de daar verstrekte informatie een bijzondere betekenis heeft in dat land. De aan de zoekmachines opgegeven trefwoorden om de webpagina te vinden kunnen eveneens indicaties zijn voor de plaats waar het bericht objectief relevant is. Ten slotte en zonder volledig te willen zijn, kunnen de registers voor directe toegang tot een pagina, ook al zijn zij niet altijd even betrouwbaar, een puur illustratieve bron zijn om vast te stellen of bepaalde informatie al dan niet effect heeft gesorteerd in een bepaald grondgebied. [48]

46 — Zie arrest Pammer en Hotel Alpenhof (reeds aangehaald), dat met betrekking tot het bijzondere forum van artikel 15, lid 1, sub c, het criterium gebruikte van het niveau van de domeinnaam (punt 83).

47 — Zie wederom arrest Pammer en Hotel Alpenhof, reeds aangehaald, punt 84.

48 — Pichler, R., in Hoeren, T., en Sieber, U. (red.), *op. cit.*, hoofdstuk 25, nummer 224, en Roth, I., *op. cit.*, blz. 283.

66. De hiervoor uiteengezette criteria stellen een rechter in staat vast te stellen of de litigieuze informatie objectief relevant is in een bepaald gebied. Wanneer de informatie inderdaad relevant blijkt te zijn in een lidstaat en deze lidstaat samenvalt met de staat waar het „zwaartepunt van de belangen" ligt van degene wiens persoonlijkheidsrecht in het geding is, is mijns inziens de rechter van die staat bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot vergoeding van de gehele door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade. De lidstaat waar beide aspecten samenkomen, is dan uiteraard de plaats waar een rechter het beste in staat is de feiten te beoordelen en kennis te nemen van de zaak in haar geheel. Uiteindelijk is dat dan het forum van de plaats waar het „zwaartepunt van het conflict" ligt.

67. Concluderend geef ik het Hof in overweging vast te stellen dat de uitdrukking „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen" als bedoeld in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 in het geval van schending van persoonlijkheidsrechten door informatie die via internet in verschillende lidstaten is verspreid, aldus dient te worden verstaan, dat de gelaedeerde een vordering tot schadevergoeding kan instellen

— ofwel bij de rechter van de lidstaat van de plaats van vestiging van de uitgever van de publicatie waardoor de persoonlijkheidsrechten zijn aangetast, die bevoegd is vergoeding voor de gehele door de schending van die rechten veroorzaakte schade toe te wijzen,

— ofwel bij de rechter van elke lidstaat waar de publicatie is verspreid en waar de gelaedeerde stelt in zijn goede naam te zijn aangetast, die evenwel slechts bevoegd is kennis te nemen van een vordering betreffende de in zijn staat veroorzaakte schade,

— ofwel bij de rechter van de lidstaat waar het „zwaartepunt van het conflict" tussen de in geding zijnde goederen en belangen is gelegen, die aldus bevoegd is vergoeding voor de gehele door de schending van de persoonlijkheidsrechten veroorzaakte schade toe te wijzen. Onder lidstaat waar het „zwaartepunt van het conflict" ligt, wordt die lidstaat verstaan in het grondgebied waarvan de litigieuze informatie objectief en in het bijzonder relevant is en waar tevens het „zwaartepunt van belangen" van de gelaedeerde is gelegen.

VII — De derde prejudiciële vraag in de zaak eDate Advertising (C-509/09)

68. Met zijn derde vraag verzoekt het Bundesgerichtshof om uitsluitsel over de reikwijdte van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31

inzake elektronische handel bij toepassing op een geval als het onderhavige. Het vraagt kort weergegeven of deze bepaling, die erin voorziet dat „de lidstaten [...] het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet [mogen] beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied", op zichzelf een regel inzake het toepasselijk recht is of een eenvoudig correctief op de inhoud van het nationale recht dat van toepassing is op het geding.

69. Om deze vraag te beantwoorden moet ik eerst enige algemene opmerkingen vooraf maken.

70. Het Bundesgerichtshof legt het Hof deze derde vraag voor en formuleert haar zoals hiervoor weergegeven, omdat het twijfelt welk recht van toepassing is op een geding als het onderhavige. De vraag kan in wezen als volgt worden begrepen: heeft richtlijn 2000/31 het internationaal privaatrecht op nationaal niveau geharmoniseerd en daarbij een collisieregel voorgeschreven, die de bevoegde rechter verwijst naar het materiële recht van de lidstaat van vestiging van de uitgever? Voor het geval deze vraag ontkennend moet worden beantwoord en het Hof van oordeel is dat die harmonisatie niet heeft plaatsgevonden, vraagt het Bundesgerichtshof vervolgens naar de draagwijdte en de werking („correctief op het materiële recht") van richtlijn 2000/31 voor het Duitse internationaal privaatrecht, dat in dat geval op een zaak als eDate Advertising zou moeten worden toegepast.

71. Wanneer mijn lezing juist is, moet volgens mij allereerst worden gewezen op de functie en de plaats in de systematiek van de bepaling van richtlijn 2000/31 waarop de vraag zich specifiek richt. Onder het kopje „interne markt" concretiseert artikel 3 van deze richtlijn een regel die de conventionele inhoud van de vrijheid van dienstverrichting weerspiegelt. De bepaling geeft in een instrument van secundair recht uitdrukking aan een waarborg die reeds in het primaire recht is neergelegd in artikel 56 VWEU, en snijdt haar toe op de bijzondere vereisten van de harmonisering van de regels inzake de elektronische handel. Artikel 3, lid 1, bevestigt de toepasselijkheid van de regels van de lidstaat van dienstverrichting, en het tweede lid geeft aan dat rekening moet worden gehouden met de juridische voorwaarden waaraan door de dienstverstrekker reeds is voldaan in de lidstaat waar hij is gevestigd. Het tweede lid voert opnieuw en ondubbelzinnig een verplichting van wederzijdse erkenning in, geheel in de lijn van de rechtspraak van het Hof. [49] De concretisering van de vrijheid van

49 — Zie onder meer arresten van 20 februari 1979, Rewe-Zentral, „Cassis de Dijon" (120/78, Jurispr. blz. 649); 10 november 1982, Rau Lebensmittelwerke (261/81, Jurispr. blz. 3961), en 14 juli 1988, 3 Glocken e.a. (407/85, Jurispr. blz. 4233), en Zoni (90/86, Jurispr. blz. 4285). Zie, specifiek op het gebied van de vrijheid van vestiging en het verrichten van diensten, onder meer, arresten van 17 december 1981, Webb (279/80, Jurispr. blz. 3305); 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755), en 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz. I-4221).

dienstverrichting wordt afgerond in artikel 3, lid 4, dat de rechtvaardigingsgronden specificeert op grond waarvan de lidstaten kunnen voorzien in uitzonderingen op de vrijheid van dienstverrichting in de genoemde sector.

72. Tegen de achtergrond van het voorgaande lijkt de formulering van de prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof niet al te best afgestemd op hetgeen artikel 3 van richtlijn 2000/31 in zijn geheel bepaalt, althans lijkt te bepalen. Deze bepaling geeft, zoals wij hebben gezien, de voorwaarden aan waaronder de lidstaten een in de interne markt geïntegreerde economische sector moeten regelen, en legt in concreto de inhoud van de vrijheid van dienstverrichting vast, die als bekend een vereiste van wederzijdse erkenning impliceert. Dit artikel voert evenwel geen conflictregel in die de lidstaat waar de dienst wordt verricht, verplicht tot toepassing van het nationale recht van de staat waar de aanbieder van de dienst woonachtig is. Artikel 3 van richtlijn 2000/31 concretiseert slechts de inhoud van de vrijheid van dienstverrichting en daarmee van de voorwaarden waaronder het beginsel van wederzijdse erkenning moet worden toegepast.

73. Deze interpretatie wordt nog versterkt door artikel 1 van richtlijn 2000/31, waarvan het vierde lid bepaalt: „Deze richtlijn bevat geen aanvullende regels op het gebied van het internationale privaatrecht en laat de bevoegdheid van de rechterlijke instanties onverlet." Met andere woorden: deze richtlijn voorziet noch rechtstreeks noch via een harmonisering in regels inzake het toepasselijke recht of de internationale bevoegdheid op dit gebied. [50] Zij is kortom een internationaalprivaatrechtelijk neutrale regeling, die de regels betreffende de bepaling van de bevoegdheid, het toepasselijke recht of de erkenning van rechterlijke beslissingen van andere lidstaten wijzigt noch vernieuwt. [51]

74. Het vereiste van collisierechtelijke neutraliteit van richtlijn 2000/31 moet derhalve ten grondslag liggen aan de uitlegging van genoemd artikel 3, waar het immers systematisch reeds is opgenomen in artikel 1 van deze richtlijn. Niets wijst erop dat artikel 3 werkt als een uitzondering op artikel 1.

75. Een volgende harde aanwijzing dat door richtlijn 2000/31 geen vooraf bepaald antwoord op het gebied van het internationaal privaatrecht bevat, is te vinden in het nationale recht van de lidstaten, meer bepaald

50 — Zie hierover Martiny, D., *op. cit.*, punt 36.

51 — Punt 23 van de considerans van richtlijn 2000/31 herhaalt deze lezing aldus: „Deze richtlijn heeft niet ten doel aanvullende regels op het gebied van het internationale privaatrecht voor wetsconflicten vast te stellen en laat de bevoegdheden van de rechterlijke instanties onverlet. Bepalingen van het aan de hand van het internationale privaatrecht aangewezen toepasselijke recht mogen niet leiden tot een beperking van de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij aan te bieden zoals die zijn omschreven in deze richtlijn."

de nationale omzettingsbepalingen van de richtlijn. Uit het dossier blijkt dat zij artikel 3 van richtlijn 2000/31 op uiteenlopende wijze hebben omgezet in nationaal recht. Enkele lidstaten hebben collisieregels ingevoerd [52], andere hebben gekozen voor een omzetting in de vorm van een uitdrukkelijke wederzijdse erkenning [53], waarvan sommige artikel 3 zelfs letterlijk in hun nationaal recht hebben overgenomen. [54]

76. Daarenboven zou een uitlegging van richtlijn 2000/31 als zou zij voorzien in een collisieregel, niet aansluiten bij de huidige stand van het afgeleide recht op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Als bekend zijn van het toepassingsgebied van verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen („Rome II") uitgesloten, „niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten, waaronder begrepen smaad". [55] Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de verordening blijkt dat de door de lidstaten verdedigde opvattingen op dit punt ver uit elkaar lagen. Dit heeft tot een uitsluiting van de verordening geleid, waarin de Commissie thans via een nieuw wetgevingsinitiatief tracht te voorzien. [56] Het komt mij minstgenomen twijfelachtig voor dat verordening nr. 864/2007 een uitsluiting als de hiervoor vermelde zou inhouden indien richtlijn 2000/31 reeds had voorzien in een harmonisatieregel van de nationale collisieregels op het betrokken gebied.

77. Gelet op hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet, stel ik het Hof derhalve voor in de eerste plaats te antwoorden dat artikel 3 geen harmonisatie tot stand brengt waarbij aan de lidstaten een collisieregel wordt opgelegd.

78. De verwijzende rechter stelt als laatste punt in zijn derde vraag aan de orde of artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31 dan wellicht „een correctief op materieelrechtelijk vlak [is], waardoor het materieelrechtelijke resultaat van het volgens de nationale collisieregels toepasselijke recht inhoudelijk wordt gewijzigd en gereduceerd tot de vereisten van het land van herkomst".

79. Deze vraag berust, zoals ik reeds heb opgemerkt, op een interpretatie van artikel 3

52 — Bijvoorbeeld Oostenrijk, Frankrijk, Luxemburg, de Tsjechische Republiek, Polen, Portugal en Slowakije.

53 — Zoals Duitsland, België, Cyprus, Denemarken, Estland, Finland, Griekenland, Hongarije, Ierland, Italië, Letland, Malta, Nederland, Spanje, Zweden, Roemenië en het Verenigd Koninkrijk.

54 — Met name Duitsland.

55 — Artikel 1, lid 2, sub g, van verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 (PB L 199, blz. 40).

56 — Álvarez Rubio, J.J., (red.), *Difamación y Protección de los Derechos de la Personalidad: Ley Aplicable en Europa*, Aranzadi, 2009.

van richtlijn 2000/31 als regel van internationaal privaatrecht. Nu deze bepaling, naar is komen vast te staan, geen collisieregel is, voorziet zij bijgevolg niet in harmonisatie van de regeling voor de vaststelling van het toepasselijke recht in een geval als het onderhavige. Maar dat betekent nog niet dat artikel 3 als zodanig als een correctief op een nationale bepaling van toepasselijk recht werkt. Zoals in de punten 71 tot en met 73 van deze conclusie is uiteengezet, voorziet deze bepaling slechts in een harmonisatieregeling voor de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van de elektronische handel. Een rechter die het beginsel van wederzijdse erkenning toepast in een geding met internationale aspecten, past niet het recht toe van de staat van herkomst van de aanbieder van de dienst, maar kan — voor zover geen rechtvaardigingsgronden van toepassing zijn — uitsluitend vaststellen dat is voldaan aan de voorschriften betreffende het aanbieden van de dienst in die staat. [57] Dit staat er niet aan in de weg dat de forumstaat, door middel van een rechtvaardigingsvoorziening, kan hebben voorzien in aanvullende maatregelen ter bescherming van bepaalde bijzonder beschermenswaardige goederen (zie artikel 3, lid 4). Er wordt echter nooit toepassing gegeven aan het recht van de lidstaat van herkomst, en ook is de forumstaat, wanneer hij maatregelen met een hoger beschermingsniveau wil nemen, niet op grond van de richtlijn verplicht specifiek te voorzien in een correctief van internationaal privaatrecht.

80. Derhalve kan mijns inziens ook niet worden gezegd dat artikel 3 van richtlijn 2000/31 de harmonisering van een materieelrechtelijk correctief op het toepasselijke materiële recht tot doel heeft. Artikel 3 geeft de lidstaten binnen de begrenzing van de handelingsvrijheid waarover zij beschikken op grond van deze richtlijn en van artikel 56 VWEU, de mogelijkheid te voorzien in maatregelen ter bescherming van belangen die een bijzondere waarborg behoeven, als uitzondering op de vrijheid van dienstverrichting. Het staat de Duitse wetgever bijgevolg vrij dergelijke uitzonderingen vast te stellen, hetzij door materieelrechtelijke maatregelen of, in voorkomend geval, zelfs door middel van bepalingen die het toepasselijke recht corrigeren. Maar dit betekent niet dat richtlijn 2000/31 vooraf een conflictrechtelijke oplossing vastlegt voor het probleem.

81. Ik meen dan ook dat artikel 3 van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat het geen conflictregel of „correctief op materieelrechtelijk vlak" oplegt. Deze bepaling concretiseert, in de vorm van harmonisatie, de regels inzake de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van de elektronische handel, en biedt de lidstaten tegelijkertijd de mogelijkheid om binnen de grenzen van hun handelingsbevoegdheid uit hoofde van deze richtlijn alsmede van artikel 56 VWEU, te voorzien in maatregelen ter bescherming van belangen die een bijzondere waarborg behoeven, als uitzondering op de vrijheid van dienstverrichting.

57 — Zie Sánchez Lorenzo, S., *Derecho Privado Europeo*, Comares, Granada, 2002, blz. 137 en 138, en Sonnenberger, H.J., „Europarecht und Internationales Privatrecht", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 1996, blz. 3 e.v.

VIII — Conclusie

82. Op grond het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het Bundesgerichtshof en het Tribunal de grande instance de Paris gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

„1) De uitdrukking ‚plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen' in artikel 5, punt 3, van 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, dient in het geval van schending van persoonlijkheidsrechten door informatie die via internet in verschillende lidstaten is verspreid, aldus dient te worden verstaan, dat de gelaedeerde een vordering tot schadevergoeding kan instellen

— ofwel bij de rechter van de lidstaat van de plaats van vestiging van de uitgever van de publicatie waardoor de persoonlijkheidsrechten zijn aangetast, die bevoegd is vergoeding voor de gehele door de schending van die rechten veroorzaakte schade toe te wijzen,

— ofwel bij de rechter van elke lidstaat waar de publicatie is verspreid en waar de gelaedeerde stelt in zijn goede naam te zijn aangetast, die evenwel slechts bevoegd is kennis te nemen van een vordering betreffende de in zijn staat veroorzaakte schade,

— ofwel bij de rechter van de lidstaat waar het ‚zwaartepunt van het conflict' tussen de in geding zijnde goederen en belangen is gelegen, die aldus be-

voegd is vergoeding voor de gehele door de schending van de persoonlijkheidsrechten veroorzaakte schade toe te wijzen. Onder lidstaat waar het ‚zwaartepunt van het conflict' ligt, wordt die lidstaat verstaan in het grondgebied waarvan de litigieuze informatie objectief en in het bijzonder relevant is en waar tevens het ‚zwaartepunt van belangen' van de gelaedeerde is gelegen.

2) Artikel 3, van richtlijn 2000/31 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, moet aldus worden uitgelegd dat daarbij geen collisieregel of ‚correctief op materieelrechtelijk vlak' wordt opgelegd. Deze bepaling concretiseert, in de vorm van harmonisatie, de regels inzake de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van de elektronische handel, en biedt de lidstaten tegelijkertijd de mogelijkheid om binnen de grenzen van hun handelingsbevoegdheid uit hoofde van deze richtlijn alsmede van artikel 56 VWEU, te voorzien in maatregelen ter bescherming van belangen die een bijzondere waarborg behoeven, als uitzondering op de vrijheid van dienstverrichting."