

32. Kuipers merkt op dat het Hof hier opnieuw een technologieneutrale aanpak aanhoudt. Hiermee knoopt het terug aan bij de oplossing die het voorstond in de zaak *Pammer* en die het, ondanks andersluidend advies van de advocaat-

generaal, ter zijde schoof in *eDate en Martinez*⁷⁸. Het Hof hanteert in drie recente Internetgerelateerde zaken dus niet elke keer een zelfde redenering⁷⁹.

7. CONCLUSIE

33. Met dit arrest heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie het voor slachtoffers van schendingen van persoonsrechten op het Internet gemakkelijker gemaakt om hun schade te verhalen. Zij kunnen nu voor alle schade ook terecht bij de rechter van hun gewone verblijfplaats. Het Hof kiest daarbij voor een aanpak die niet technologieneutraal is. Ook de versoepeling van het verspreidingscriterium naar een toegankelijkheidsvoorwaarde bij de *locus damni* speelt in het voordeel van de verzoeker.

34. Alhoewel er bij de bepaling van de internationale bevoegdheid geen plaats is voor een afweging tussen grondrechten, zorgde het Hof in *Shevill* toch voor een evenwicht tussen de belangen van beide partijen⁸⁰. Die balans lijkt in *eDate en Martinez* om te slaan in het voordeel van het slachtoffer⁸¹. Een *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting komt dan om de hoek kijken⁸². Dergelijke bevoordeling van de verzoeker wringt met het systeem van het Europees internationaal privaatrecht⁸³. Een technologieneutrale oplossing had vermoedelijk een aanvaardbaarder resultaat opgeleverd⁸⁴.

Noot

Over het toepassingsgebied van het herkomstlandbeginsel in het spanningsveld tussen het vrij verkeer en het IPR

*Thalia Kruger*⁸⁵ en *Fieke van Overbeeke*⁸⁶

1. INLEIDING

1. De Grote Kamer van het Hof van Justitie buigt zich in deze zaak over twee interessante vraagstukken op het gebied van het internationaal privaatrecht (hierna: IPR). Op beide punten zijn de overwegingen van het Hof belangwekkend. In de eerste plaats was een rechtsvraag gerezen over de internationale bevoegdheid. Het Hof komt met een nieuwe jurisprudentiële regel inzake de schending van persoonsrechten

via het Internet en stemt de oude ‘*Shevill*-regel’ af op de huidige maatschappelijke werkelijkheid. Deze noot bespreekt dit punt echter niet, omdat het onderwerp is van de bovenstaande noot door C. Vanleenhove.

De focus van onze noot ligt op de tweede rechtsvraag in deze zaak, namelijk of en in hoeverre de bepalingen van artikel 3 richtlijn 2000/31/EG (hierna: de richtlijn elektronische han-

⁷⁸ J.-J. KUIPERS, “Joined Cases C-509/09 & 161/10, *eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *CMLR* 2012, p. 1224.

⁷⁹ Zie J.-J. KUIPERS, “Het Internet en de Brussel I-Verordening: een kwestie van Luxemburgse wispelturigheid?”, *NIPR* 2012, p. 390-395.

⁸⁰ J.-J. KUIPERS, “Joined Cases C-509/09 & 161/10, *eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *CMLR* 2012, p. 1214.

⁸¹ C. NAGY, “The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities”, *Journal of Private International Law* 2012, p. 259 en 265; J.-J. KUIPERS, “Joined Cases C-509/09 & 161/10, *eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *CMLR* 2012, p. 1221 en 1230; H.W. WEFERS BETTINK, “De plaats van het schadebrengende feit nader bepaald: het arrest *eDate Advertising GmbH en Martinez*”, *NtEr* 2012, p. 54.

⁸² C. NAGY, “The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities”, *Journal of Private International Law* 2012, p. 265; J.-J. KUIPERS, “Joined Cases C-509/09 & 161/10, *eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *CMLR* 2012, p. 1231.

⁸³ J.-J. KUIPERS, “Joined Cases C-509/09 & 161/10, *eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *CMLR* 2012, p. 1221 en 1224.

⁸⁴ J.-J. KUIPERS, “Joined Cases C-509/09 & 161/10, *eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *CMLR* 2012, p. 1231; NAGY, “The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities”, *Journal of Private International Law* 2012, p. 277; L. GILLIES, “Jurisdiction for Cross-border breach of Personality and Defamation: *eDate Advertising and Martinez*”, *I.C.L.Q.* 2012, p. 1015.

⁸⁵ Docente Internationaal Privaatrecht, Universiteit Antwerpen.

⁸⁶ Assistent Internationaal Privaatrecht, Universiteit Antwerpen.

del) kunnen gelden als een conflictregel⁸⁷. Dit is een vraag die valt binnen de sfeer van het toepasselijk recht. Het Hof oordeelt dat artikel 3 richtlijn elektronische handel géén traditionele conflictregel is. Op het eerste gezicht lijkt dit een duidelijke standpuntbepaling, maar het leidt toch nog tot veel vragen. Deze noot gaat in op de vraag welke implicaties de uitspraak van het Hof heeft op de verhouding tussen de bepalingen uit de richtlijn elektronische handel enerzijds en het IPR anderzijds. Dit is van groot belang, aangezien het direct invloed heeft op de kernvraag welk recht nu in welke situatie van toepassing is.

2. DE RICHTLIJN ELEKTRONISCHE HANDEL ALS AANVULLING OP HET VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

2. De richtlijn elektronische handel is een concretisering van de vrije verkeersbepalingen van de Europese interne markt, en heeft zijn grondslag in artikel 49 EG-Verdrag (vrij verkeer van diensten; nu art. 56 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU))⁸⁸. Het doel van de richtlijn is het creëren van een effectieve ruimte zonder binnengrenzen voor de diensten van de informatiemaatschappij, teneinde “een hoog niveau van communautaire juridische integratie” te bewerkstelligen⁸⁹. Volgens de overwegingen bij de richtlijn vormen de verschillen in wetgeving en de rechtsonzekerheid over de vraag welke van deze nationale regelingen van toepassing is, een belemmering voor de ontwikkeling van de diensten van de informatiemaatschappij⁹⁰. Bij het creëren van een goede werking van de interne markt is een hoge mate van rechtszekerheid en voorspelbaarheid van groot belang. De richtlijn elektronische handel trekt zich deze belangen aan en maakt gebruik van twee methoden om de belemmeringen van het vrij verkeer tegen te gaan: coördinatie en harmonisatie.

3. De coördinatie wordt in de kern geregeld door artikel 3 richtlijn elektronische handel. Daarin is het herkomstlandbeginsel⁹¹ opgenomen, waaronder de lidstaten twee verplichtingen hebben: 1) binnen het gecoördineerde gebied dienen zij ervoor te zorgen dat de op het eigen grondgebied gevestigde dienstverleners voldoen aan de nationaal geldende regelgeving (art. 3, 1. richtlijn elektronische handel); 2) zij mogen geen beperking stellen op diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden

Om deze problematiek in een juist kader te plaatsen, maken we eerst een algemene schets van het leerstuk van het vrij verkeer van diensten en de richtlijn elektronische handel als uitvloeisel daarvan. Hierbij kijken we zowel naar de doelstellingen die deze richtlijn tracht te waarborgen, als naar het expliciet opgenomen ‘herkomstlandbeginsel’. Vervolgens komen de toepasselijke IPR-bepalingen aan bod, waarna we ingaan op de vraag hoe beide leerstukken elkaar beïnvloeden en waar het snijpunt van de twee domeinen nu precies ligt. De vraag rijst dan of de doelstelling van de rechtszekerheid in dit alles nog bereikt wordt.

geleverd (art. 3, 2. richtlijn elektronische handel). Het komt dus voor een belangrijk deel aan op ‘wederzijds vertrouwen’ tussen de lidstaten: ze dienen bepaalde diensten toe te laten op hun grondgebied en daarbij te vertrouwen op het feit dat deze diensten reeds voldoen aan de in het land van oorsprong toepasselijke regels en dat deze regels de diensten bovendien behoorlijk regelen.

Lidstaten mogen enkel afwijken van het verbod om het vrij verkeer van diensten te beperken op basis van de in artikel 3, 4. genoemde (strikte) gronden. Deze rechtvaardigingsgronden worden ingevuld door klassieke redenen van: de openbare orde, de bescherming van de volksgezondheid, de openbare veiligheid en de bescherming van consumenten.

Het gecoördineerde gebied wordt vervolgens omschreven in artikel 2, *sub h*) richtlijn elektronische handel en ziet met name op de vereisten waaraan een dienstverlener moet voldoen met betrekking tot het starten van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij (zoals online-informatie, onlinereclame en onlinewinkelen). Maar vooral voor deze noot van belang is dat het gecoördineerde gebied mede ziet op de aansprakelijkheid van de dienstverlener. Wanneer een dienstverlener, zoals bijvoorbeeld eDate Advertising, aangesproken wordt op grond van een onrechtmatige daad door een schending van persoonlijkheidsrechten valt dit dus binnen het gecoördineerde gebied, en is in principe het herkomstlandbeginsel van artikel 3 hierop van toepassing⁹². Ondanks het bepaalde in artikel 1, 4. richtlijn elektronische handel, namelijk dat de richtlijn “geen aan-

⁸⁷. 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’).

⁸⁸. Volledigheidshalve zij er op gewezen dat de richtlijn niet enkel op de vrijheid van diensten ziet, maar eveneens op de vrijheid van vestiging: zie overw. 5 en 6. Zie ook G. DE BAERE, “Houdt het communautair herkomstlandbeginsel een verborgen conflictregel in?”, *RBDI* 2003, 186.

⁸⁹. Zie art. 1 richtlijn elektronische handel en overw. 3.

⁹⁰. Zie overw. 5 richtlijn elektronische handel.

⁹¹. Over het ontstaan en de evolutie van het herkomstlandbeginsel, zie G. DE BAERE, “Houdt het communautair herkomstlandbeginsel een verborgen conflictregel in?”, *RBDI* 2003, 131-201, vooral p. 132-143.

⁹². In de rechtsleer was het overigens nog een punt van discussie in hoeverre het herkomstlandbeginsel ook betrekking had op het civiele aansprakelijkheidsrecht, gelet op het vooral op het bestuursrecht toegesneden systeem. Zie A.A. VAN HOEK, “eDate advertising: de Europese oplossing voor het probleem van ‘libel tourism’?”, *Ars Aequi* 2012, 661, met verdere verwijzingen naar rechtsleer in vn. 56. Terecht stelt het Hof nu expliciet dat het herkomstlandbeginsel ook ziet op het civiel aansprakelijkheidsrecht, zie § 58. In de bijlage van de richtlijn worden immers enkel bepaalde gebieden van het civiel recht uitgesloten. Indien de Europese wetgever het geheel civiel recht had willen uitsluiten, ligt het niet voor de hand dat hij enkel een deel van het civiel recht uitsluit.

vullende regels op het gebied van het internationaal privaatrecht” bevat, heeft een dergelijke regel veel weg van een conflictregel. Deze bepaalt immers net als een conflictregel het recht dat van toepassing is op een internationale rechtsverhouding. Bovendien volgt letterlijk uit overweging 22 van de richtlijn elektronische handel dat diensten in beginsel moeten worden onderworpen aan het rechtsstelsel van de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de rechtsleer discussie was ontstaan over de vraag of het herkomstlandbeginsel nu als een (zuivere) conflictregel kon worden beschouwd⁹³. Het Hof klaart deze vraag nu uit door, zowel ten aanzien van de internemarktregel van artikel 3, 1., als ten aanzien van de verbodsbepaling van artikel 3, 2., te oordelen dat geen sprake is van een conflictregel⁹⁴. In randnummers 11 e.v. gaan we hier dieper op in.

4. De tweede methode van de richtlijn elektronische handel ter terugdringing van belemmeringen op het dienstenverkeer is gelegen in harmonisatie (art. 4 t.e.m. 15

richtlijn elektronische handel). Op een vijftal gebieden beoogt de richtlijn een uniform juridisch kader⁹⁵. De aansprakelijkheid van tussenpersonen behoort tot één van deze gebieden⁹⁶. Het gaat daarbij vooral om tussenpersonen die zelf niet actief zijn betrokken bij de inhoud van de dienst en enkel technische ondersteuning bieden⁹⁷. De aansprakelijkheid van ‘gewone’ dienstverleners valt dus niet onder deze harmonisatiebepalingen, maar behoort tot het gecoördineerde gebied. Reden hiervoor is mede het feit dat de aansprakelijkheidsregels van de lidstaten in grote mate verschillen. Wanneer men bijvoorbeeld kijkt naar de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad door de schending van persoonlijkheidsrechten, staan daarbij twee fundamentele grondrechten met elkaar in spanning, namelijk enerzijds de vrijheid van meningsuiting en anderzijds het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In de lidstaten bestaan verschillen in de mate van bescherming van deze grondrechten; een middenweg is hierbij lastig te bewandelen⁹⁸. De Europese wetgever kon deze materie dus moeizaam harmoniseren.

3. DE VERWIJZINGSREGELS IN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

5. Ook op het gebied van het internationaal privaatrecht heeft de spanning tussen de verschillende nationale regels zijn effect gehad. Zo bleek het onmogelijk om tot een compromis te komen over een eenvormige regel die het toepasselijk recht aanwijst voor schade die voortvloeit uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer⁹⁹. De Rome II-Verordening¹⁰⁰ betreft een harmonisatie op EU-vlak van de verwijzingsregels voor onrechtmatige daad. Maar naast politiek gevoelige thema’s zoals kernongevallen en de aansprakelijk-

heid van de Staat in de uitoefening van het openbaar gezag, hoort de “inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten, waaronder begrepen smaad” ook tot het lijstje van materies die buiten het toepassingsgebied van de verordening valt¹⁰¹. Deze materies vallen dus nog altijd onder de nationale IPR-regels van elke lidstaat. Dit gaf in deze zaak aanleiding tot de vraag of en in hoeverre de richtlijn elektronische handel de (Duitse) nationale IPR-regels beïnvloedt.

⁹³. Zie o.a. J. BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. Favor offerentis”, *RabelsZ* 1995, 1-54; M. FALLON en J. MEEUSEN, “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, *RCDIP* 2002, 435-490; P. MANKOWSKI, “Herkunftsprinzip und deutsches Umsetzungsgesetz zur e-commerce-Richtlinie”, *IPRax* 2002, 257-266; G. DE BAERE, “Houdt het communautair herkomstlandbeginsel een verborgen conflictregel in?”, *RBDJ* 2003, 131-201; G. DE BAERE, “‘Is this a Conflict Rule which I see Before Me?’ Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the ‘Directive on Electronic Commerce’”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2004, 287; O. CACHARD, “Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé”, *RDAI* 2004, 161-179; zie ook andere noten onder het *eDate*-arrest: B.J. DRIJBER, *Sociaal Economische Wetgeving* 2012, 207-210; S. FRANCO, “Responsabilité du fournisseur d’information sur internet: affaires *eDate Advertising* et *Martinez*”, *La Semaine Juridique* 2012, 35-38; A.A. VAN HOEK, “eDate advertising: de Europese oplossing voor het probleem van ‘libel tourism’?”, *Ars Aequi* 2012, 653-664; H.W. WEFERS BETTINK, “De plaats van het schadebrengende feit nader bepaald: het arrest *eDate Advertising GmbH en Martinez*”, *NtER* 2012, 49-55; M.V. POLAK *Nederlandse Jurisprudentie* 2012, 224; C. VANLEENHOVE, “Het Hof creëert een *forum actoris* voor slachtoffers van een lasterlijke publicatie op het internet”, noot onder HvJ 25 oktober 2011, gevoegde zaken C-509/09 en C-161/10, *eDate & Martinez*, *Computerrecht* 2012, 9, 49-55; R. SACK, “Der EuGH zu Art. 3 E-Commerce-Richtlinie – die Entscheidung ‘eDate Advertising’”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2011, 513-518.

⁹⁴. § 61, 62 en 63.

⁹⁵. Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan: E.M.L. MOEREL, “E-commerce vanuit Europees perspectief”, *Ondernemingsrecht* 2000, 202-209.

⁹⁶. Overige gebieden zijn de vrijheid van vestiging (waarbij een verbod geldt voor vergunningen of een meldingsplicht), informatieplichten, commerciële communicatie (reclame), het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg en alternatieve geschillenbeslechting.

⁹⁷. A.A. VAN HOEK, “eDate advertising: de Europese oplossing voor het probleem van ‘libel tourism’?”, *Ars Aequi* 2012, 661.

⁹⁸. Hierbij dient wel de nuance te worden gemaakt dat door de rechtspraak van het EHRM omtrent deze vrijheden (vrijheid van meningsuiting in art. 10 EVRM en het recht op privéleven in art. 8 EVRM) de verschillen tussen lidstaten steeds kleiner worden omtrent deze kwestie. Zie B.J. DRIJBER, noot onder HvJ, C-509/09, *eDate Advertising*, *SEW* 2012, 207-210.

⁹⁹. Zie de verklaring van het Europees Parlement van 10 juli 2007, 2003/0168(COD); S. FRANCO, “Le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles” in P. WAUTELET, *Actualités de droit international privé (CUP Recyclages en droit)*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 84.

¹⁰⁰. Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb.L.* 31 juli 2007, afl. 199, 40.

¹⁰¹. Art. 1, 2., g) Rome II-Verordening.

6. Volgens het Belgisch internationaal privaatrecht mag de eiser kiezen: het recht van ofwel de plaats van de schadelijke handeling, ofwel de plaats van de schade is van toepassing, tenzij de schadebrenger niet kon voorzien dat er schade zou ontstaan in die Staat¹⁰². De Duitse verwijzingsregel is gelijkaardig: het recht van de plaats van de schadelijke handeling is van toepassing, tenzij de eiser kiest voor het recht van de plaats van de schade¹⁰³. Wanneer echter de schadelijder en de schadebrenger hun gewone verblijfplaats in eenzelfde staat hebben, is het recht van die staat toepasselijk. Daarnaast voorziet het Duitse IPR in een ‘ontsnappingsclausule’: als het geval een wezenlijk nauwere band heeft met het recht van een andere staat, dan is het recht van die staat van toepassing. Nederland heeft het toepassingsgebied van de Rome II-Verordening uitgebreid zodat de algemene regel van de verordening ook geldt voor aansprakelijkheid uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en op persoonlijkheidsrechten¹⁰⁴. Dit houdt in dat het recht van de plaats van de schade van toepassing is, volgens artikel 4, 1., tenzij de schadeveroorzaker en de schadelijder hun gewone verblijfplaatsen in eenzelfde land hebben (art. 4, 2.) of tenzij het geval een kennelijk nauwere band heeft met een ander rechtssysteem (art. 4, 3.). In de praktijk kunnen de regels van alle drie deze landen tot gevolg hebben dat een informatie-dienstverlener geconfronteerd wordt met de toepassing van verschillende rechtssystemen.

7. Na het ontstaan van de Rome II-Verordening is het probleem van het recht van toepassing op inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en persoonlijkheidsrechten niet vergeten. De Commissie heeft een rapport besteld over de wetgeving van de verschillende lidstaten¹⁰⁵. Recent heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen waarin het aan de

Commissie vraagt een wetgevende initiatief te nemen om de Rome II-Verordening te wijzigen¹⁰⁶. Het Parlement stelt ook een concrete regel voor¹⁰⁷. Het Parlement wil hiermee het zogenaamde ‘smaadtoerisme’ tegengaan. Dit verwijst naar een vorm van *forum shopping* waarbij eisers hun vorderingen instellen op de plaats waar (de perceptie is dat) men meer kans maakt op een grote schadevergoeding, zoals Engeland en Wales¹⁰⁸.

8. Het feit dat er op dit moment geen eenvormige regels bestaan over het recht toepasselijk op inbreuken op de persoonlijke levenssfeer geeft aanleiding tot dergelijke *forum shopping*. De mogelijkheid van *forum shopping* wordt daarnaast nog versterkt door het antwoord van het Hof van Justitie in *eDate* op de eerste rechtsvraag. Het Hof creëert immers een extra forum voor de gelaedeerde, namelijk de plaats van het centrum van zijn of haar belangen.

Het is niet de ambitie van deze noot om te onderzoeken wat de meest gepaste verwijzingsregel is voor smaad en andere inbreuken op persoonlijkheidsrechten¹⁰⁹. De vraag waar we hieronder verder op ingaan, betreft eerder de relatie tussen een dergelijke verwijzingsregel en de regels van de richtlijn elektronische handel.

9. Hoewel de Rome II-Verordening niet van toepassing is op inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, is één van de overwegingen bij deze verordening toch relevant voor de huidige discussie. Dit omdat de verordening wellicht vroeg of laat toch een regel over inbreuken op de persoonlijke levenssfeer opneemt, en ook omdat de vraag kan rijzen naar de samenhang tussen verwijzingsregels en regels van de

¹⁰² Art. 99, § 2 Wetboek Internationaal Privaatrecht (wet van 16 juli 2004, BS 27 juli 2004) (WIPR).

¹⁰³ Art. 40 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (uitvoeringswet bij het Burgerlijk Wetboek) (EGBGB). Zie ook A.A. VAN HOEK, “eDate advertising: de Europese oplossing voor het probleem van ‘libel tourism’?”, *Ars Aequi* 2012, 660.

¹⁰⁴ Art. 10:159 Nederlands Burgerlijk Wetboek (wet van 19 mei 2011, *Staatsblad* 2011, 272) (NBW). Zie ook M. ZILINSKY, “Art. 125, 153-159 Boek 10 BW: vertegenwoordiging uit overeenkomsten en verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst” in P. VLAS, *Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht)*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 156.

¹⁰⁵ Zie “Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality. JLS/2007/C4/028. Final Report” van februari 2009.

¹⁰⁶ Resolutie van het Europees Parlement van 10 mei 2012 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende de wijziging van Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) (2009/2170(INI)). Dit zal wellicht veranderen met de nieuwe wetgeving over laster in dit land.

¹⁰⁷ Art. 5bis, opgenomen in de bijlage tot de resolutie luidt: 1. *De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of de persoonlijkheidsrechten, waaronder begrepen laster, wordt beheerst door het recht van het land waar het (de) meest significante element(en) van het verlies of de schade intreedt (intreden) of waarschijnlijk zal (zullen) intreden.*

2. *Het toepasselijk recht is evenwel het recht van het land waar de verweerder zijn gewone verblijfplaats heeft wanneer deze redelijkerwijs niet had kunnen voorzien dat zijn of haar handelen in het in lid 1 bedoelde land aanzienlijke gevolgen zou hebben.*

3. *Wanneer de overtreding veroorzaakt wordt door de publicatie van gedrukte materie of door een uitzending wordt het land waar de meeste schade geleden is of hoogstwaarschijnlijk geleden zal worden, beschouwd als het land waar de publicatie of uitzending hoofdzakelijk op gericht is of, indien dat niet duidelijk is, het land waar de redactionele controle uitgeoefend is, en zullen de wetten van dat land gelden. Het land waar de publicatie of uitzending op gericht is, wordt in het bijzonder bepaald door de taal van de publicatie of uitzending of door verkoop of omvang van het publiek in een bepaald land in verhouding met de totale verkoop of omvang van het publiek of door een combinatie van die factoren.*

4. *Ten aanzien van het recht van antwoord of soortgelijke maatregelen en op alle preventieve maatregelen of verbodsverordeningen tegen een uitgever of omroep betreffende de inhoud van een publicatie of uitzending en betreffende de schending van privacy of van rechten betreffende persoonlijkheid voortkomende uit het behandelen van persoonlijke gegevens is het recht van toepassing van het land waar de uitgever, de omroep of de verwerker van de gegevens zijn gewone verblijfplaats heeft.*

¹⁰⁸ Overweging C bij de resolutie van het Europees Parlement. Zie ook T.C. HARTLEY, “Libel Tourism and Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly* 2010, 25-38.

¹⁰⁹ Zie hierover o.a. HARTLEY (vn. 108) en het Internetseminar op <http://conflictoflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-online-symposium/>.

interne markt in het kader van andere verbintenissen van niet-contractuele aard. Overweging 35 bepaalt:

10. “Deze verordening moet de toepassing onverlet laten van andere instrumenten waarin voorschriften ten behoeve van de goede werking van de interne markt zijn vervat, voor zover deze voorschriften niet in combinatie met het door de regels van deze verordening aangewezen recht kunnen worden toegepast. De toepassing van bepalingen van het recht dat door deze verordening als toepasselijk is aangewezen, mag niet in de weg staan aan het vrij verkeer van goederen en diensten neergelegd in Gemeenschapsinstrumenten zoals richtlijn 2000/31/EG (richtlijn elektronische handel)”.

4. WEDERZIJDSE BEÏNVLOEDING EU-RECHT EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

11. De *eDate*-zaak vormt een fraai voorbeeld van het feit dat het EU-recht en het IPR in elkaars vaarwater kunnen komen. Hoewel het Hof expliciet uitmaakt dat artikel 3 richtlijn elektronische handel géén conflictregel is, oordeelt het niettemin dat artikel 3 zich ertegen verzet “dat de verlener van een dienst van de elektronische handel wordt onderworpen aan strengere eisen dan die voorzien in het in de lidstaat van vestiging van die dienstverlener geldend materiaal recht”¹¹³. Wij lezen hierin letterlijk een afknotting, en derhalve een beïnvloeding, van het IPR, met name van de autonome werking van de verwijzingsregel. Het standpunt van advocaat-generaal Villalón (advocaat-generaal) dat artikel 3 ‘een internationaal privaatrechtelijk neutrale regeling’ is, lijkt ons dus nogal scherp gesteld¹¹⁴. Wanneer zuiver (*in casu* nationaal) IPR namelijk het recht aanwijst van het ontvangstland, ingevolge waarvan de dienstverlener moet voldoen aan strengere eisen dan de eisen van het herkomstland, dan dient deze verwijzing zonder effect te blijven omdat het vrij verkeer van diensten volgens het Hof anders niet volledig wordt gewaarborgd. Het herkomstlandbeginsel uit artikel 3 is dus niet ‘IPR-neutraal’.

12. Het is in dit verband interessant een kort uitstapje te maken naar een andere fundamentele vrijheid, die ook reeds zijn invloed heeft doen gelden op het IPR, namelijk het vrij verkeer van vestiging. In de zaken *Centros*¹¹⁵, *Überseering*¹¹⁶ en *Inspire Art*¹¹⁷ oordeelt het Hof van Justitie dat

De Rome I-Verordening over het recht van toepassing op contractuele verbintenissen¹¹⁰ bevat dezelfde bepaling¹¹¹.

Het is opmerkelijk dat de Rome I- en II-Verordeningen de richtlijn elektronische handel onverlet laten, terwijl deze laatste richtlijn verder niet ten doel heeft aanvullende regels op het gebied van het internationaal privaatrecht voor wetsconflicten vast te stellen¹¹². Op grond hiervan zou men kunnen denken dat beide instrumenten niets met elkaar van doen hebben, en dat zij een autonoom, naast elkaar geldend toepassingsgebied kennen, zonder enige wederzijdse beïnvloeding. De scheidingslijn is echter niet zo scherp als die lijkt.

nationale IPR-regelingen over vennootschappen de vrijheid van vestiging binnen de EU niet mogen belemmeren. Hierdoor moeten EU-lidstaten hun IPR, of minstens de toepassing ervan met betrekking tot nadere lidstaten, aanpassen¹¹⁸. Dit is een voorbeeld van het feit dat het IPR en de fundamentele vrijheden van het EU-recht vandaag met elkaar in constante spanning verkeren.

13. Gelet hierop is het dan ook een illusie dat er geen sprake zou zijn van wederzijdse beïnvloeding. Het is niet meer de vraag *of*, maar *in hoeverre* en *op welk niveau* de IPR-regels en het EU-recht elkaar beïnvloeden. Deze vragen zijn niet zonder meer te beantwoorden aan de hand van de overwegingen van het Hof. Wij weten immers nu enkel dat artikel 3 geen conflictregel is in internationaal privaatrechtelijke zin en dat de toepassing van strengere regels in het gecoördineerde gebied van het ontvangstland een belemmering kan vormen op het vrij verkeer van diensten. Voor de beantwoording van bovenstaande vragen is het van belang te bezien hoe artikel 3 wel gekwalificeerd kan worden.

In onze ogen heeft het Hof terecht geoordeeld dat noch artikel 3, 1., noch artikel 3, 2. gezien kan worden als een conflictregel in de zin van het internationaal privaatrecht. Het sterkste argument hiervoor is het feit dat ten tijde van de totstandkoming van de Rome II-Verordening zeer duidelijk is gebleken dat de opvattingen van de lidstaten over de inbreuk

¹¹⁰. Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 4 juli 2008, afl. 177, 6.

¹¹¹. Overw. 40 Rome I-Verordening.

¹¹². Overw. 23 richtlijn elektronische handel; hierboven besproken.

¹¹³. Overw. 67.

¹¹⁴. Punt 73 van zijn conclusie.

¹¹⁵. HvJ, C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I, 1459.

¹¹⁶. HvJ, C-208/00, *Überseering*, *Jur.* 2002, I, 9919.

¹¹⁷. HvJ, C-167/01, *Inspire Art*, *Jur.* 2003, I, 10155.

¹¹⁸. Zie hierover: S. RAMMELOO, “Vrij verkeer van rechtspersonen in ‘Europa’ na het Hof van Justitie EG Centros. Nieuwe prejudiciële procedures: IPR-zetellers verenigbaar met EG-Verdrag?”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2000, 273-282; W. ROTH, “From Centros to Überseering: Free movement of companies, Private international law and Community law”, *International Comparative Law Quarterly* 2003, 177-208; J. MEEUSEN, “Het arrest *Inspire Art*. Het Hof van Justitie bevestigt zijn liberale benadering van de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, *Tijdschrift@ipr.be* 2004 (1), 122-125.

op de persoonlijke levenssfeer ver uit elkaar lagen. Mede hierdoor is geen eenvormige conflictregel tot stand kunnen komen. Zoals advocaat-generaal Villalón in zijn conclusie stelt, is het onlogisch dat de Rome II-Verordening (2007) een materie expliciet zou uitsluiten die reeds geharmoniseerd is door de richtlijn elektronische handel (2000)¹¹⁹.

14. Maar dan blijft de vraag: wat is artikel 3 dan wel? Het Duitse *Bundesgerichtshof* wees in de vraagstelling nog op de mogelijkheid dat het een correctief zou kunnen zijn op materieel vlak, waardoor het materieelrechtelijke resultaat van het volgens de nationale verwijzingsregels toepasselijk recht inhoudelijk wordt gewijzigd en gereduceerd tot de vereisten van het land van herkomst. De advocaat-generaal wijst deze mogelijkheid af, maar het Hof gaat hier niet specifiek op in. In tegenstelling tot de advocaat-generaal lijkt ons deze mogelijkheid in principe niet verkeerd, met dien verstande dat niet telkens het verwijzingsresultaat wordt gekortwiekt tot het recht van het herkomstland. Dit lijkt enkel aangewezen wanneer er daadwerkelijk sprake is van een belemmering van het vrij verkeer van diensten. De waarborging en bevordering van het vrij verkeer is immers de bestaansreden van de richtlijn elektronische handel, en ook van het herkomstlandbeginsel in artikel 3. Wanneer er geen belemmering is van het vrij verkeer, dan schrijft volgens ons geen regel voor dat het herkomstlandbeginsel van toepassing zou moeten zijn, of nu wordt geprocedeerd in het herkomstland zelf of in het ontvangstland¹²⁰. Hiervoor vinden we ook steun in overweging 22 van de richtlijn elektronische handel. Deze bepaalt dat diensten *in beginsel* onderworpen moeten worden aan het rechtstelsel van het herkomstland. Hierin lijkt ruimte te bestaan voor het argument dat, wanneer geen sprake is van een belemmering van het vrij verkeer, het herkomstlandbeginsel in principe geen toepassing hoeft te hebben. Ook lijkt dit in overeenstemming met overweging 23 van de richtlijn elektronische handel: de richtlijn stelt namelijk géén *aanvullende regels op het gebied van het IPR* vast (in positieve zin), maar voorziet in een *derogerende werking door het herkomstlandbeginsel* zodra sprake is van strijdigheid met het vrij verkeer. Kortom: wanneer sprake is van een

belemmering van het vrij verkeer, vormt artikel 3 een soort ‘internemarktcorrectie’ op het verwijzingsresultaat van het gewone IPR.

Deze visie past ook goed binnen hetgeen het Hof overweegt ten aanzien van artikel 1, 4. richtlijn elektronische handel: “daarentegen volgt uit artikel 1, 4. van de richtlijn *juncto* punt 23 van de considerans van deze laatste dat de lidstaten in beginsel krachtens hun internationaal privaatrecht de toepasselijke materiële regels mogen aanwijzen voor zover daaruit geen beperking van het vrij verkeer van diensten van de elektronische handel voortvloeit”¹²¹.

15. Het Hof geeft vervolgens nog een voorbeeld van een situatie waarin *sec* uitgegaan kan worden van een bedreiging van het vrij verkeer, namelijk indien sprake is van strengere regels van het ontvangstland¹²². Hierbij rijst de vraag wanneer precies de regels van het ene of het andere land ‘strenger’ zijn. Moet de rechtbank de regels één op één naast elkaar vergelijken, en apart van elkaar beoordelen op strengheid? Indien dit het geval is kan dit *dépeçage* tot gevolg hebben, dat wil zeggen dat de rechtsregels van verschillende rechtssystemen op één enkel geval toepassing vinden¹²³. Of gaan we uit van een ‘pakket’, waarin de ene bepaling compenseert voor de andere en moet de rechtbank dan de regelingen in het geheel vergelijken? Deze vragen zullen verder uitgekristalliseerd moeten worden in de rechtspraak.

Het IPR behoudt dus nog enige beweegruimte in de context van het vrij verkeer. Dit kunnen we goed zien in de situatie dat het door het IPR aangewezen recht van het ontvangstland gunstiger is voor de dienstverlener dan het recht van het herkomstland. Dan is in principe het recht van het ontvangstland van toepassing¹²⁴. Het herkomstlandbeginsel heeft zijn klauwen dus nog niet zover om de verwijzingsregels van het IPR gespannen dat het IPR geen enkele effectieve betekenis meer heeft. In zoverre vindt wederzijdse beïnvloeding tussen het IPR en het EU-recht plaats. Toch gaat deze beïnvloeding vooral één richting op, namelijk van het EU-recht op het IPR: het IPR kan zich bewegen, maar dient binnen het stramen van het EU-kader te blijven.

¹¹⁹. Zie punt 76 van zijn conclusie.

¹²⁰. In principe wordt de rechtbank van zowel het herkomstland als het ontvangstland geconfronteerd met dezelfde vraag naar de toepassing van het buitenlands recht en het toepassingsbereik van het herkomstlandbeginsel in het mechanisme van het IPR. De vraag in welke mate de rechter anders omgaat met het eigen, dan wel met het buitenlands recht wordt hieronder besproken (onder titel 5).

¹²¹. Overw. 62.

¹²². Zie hierover ook R. SACK, “Der EuGH zu Art. 3 E-Commerce-Richtlinie – die Entscheidung ‘eDate Advertising’”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2011, 513-518, vooral p. 517, waarin de auteur stelt dat een dergelijke specifieke overweging niet direct af te leiden is uit de richtlijn.

¹²³. Dit is natuurlijk gecompliceerd in de praktijk. Hetzelfde probleem stelt zich bij de consumenten- en werknemersbescherming voorzien in de Rome I-Verordening (art. 6 en art. 8). Zie P. WAUTELET, “Le nouveau droit européen des contrats internationaux” in P. WAUTELET (ed.), *Actualités de droit international privé (CUP Recyclage en droit)*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 57.

¹²⁴. Zelfs in dit voorbeeld is evenwel denkbaar dat de gunstigere regels van het ontvangstland in strijd kunnen komen met de bepalingen van het vrij verkeer. Op het eerste gezicht lijkt gunstiger recht voor de dienstverlener juist bevorderend te werken voor het vrij verkeer, maar dit hoeft niet altijd zo te zijn. Als het aangewezen recht van het ontvangstland gunstiger is voor de dienstverlener, zou dit kunnen betekenen dat dit recht minder gunstig is voor de afnemer van de diensten. Dit zou de afnemer ervan kunnen weerhouden diensten daadwerkelijk af te nemen. En in dat geval had hij misschien wel diensten afgenomen als het recht van het herkomstland van toepassing was. In die zin kan gunstiger recht van het ontvangstland belemmerend werken. In de in deze noot te bespreken materie is deze mogelijkheid echter minder relevant.

5. SNIJPUNT TUSSEN VERWIJZINGSREGEL EN EU-RECHT

16. Dat er sprake is van een wederzijdse beïnvloeding is voldoende aangetoond. De vraag die nu rijst, is waar zich precies het snijpunt bevindt. Er bestaan verschillende standpunten over de wederzijdse beïnvloeding¹²⁵. Het Hof van Justitie haalt de twee uiterste standpunten nu onderuit, namelijk enerzijds het standpunt dat er geen sprake zou zijn van wederzijdse beïnvloeding en anderzijds de visie dat het herkomstlandbeginsel als zuivere conflictenregel geldt. Verschillende auteurs hebben al geargumenteed dat het herkomstlandbeginsel enkel een correctie is op het conflictenrecht¹²⁶. Dit blijkt dus het geval. Maar dat geeft geen antwoord op de vraag hoe het herkomstlandbeginsel het conflictenrecht nu precies corrigeert. Onze opzet in dit onderdeel is het arrest terug te vertalen naar de logica en de concepten van het IPR. Een dergelijke vertaling moet het voor de rechtsbeoefenaar mogelijk maken duidelijk te zien waar en hoe het herkomstland inspeelt op de verwijzingsregels.

17. In IPR-logica blijven er dan nog een aantal mogelijkheden over. Hieronder overlopen we de volgende mogelijkheden: het herkomstlandbeginsel is 1) een voorrangregel; 2) een uitwerking van de (Europese?) openbare orde; 3) een uitwerking van de *vested rights*-theorie; 4) een vorm van wederzijdse erkenning; 5) een verbetering op de verwijzingsregel in de zin van de *better law*-theorie.

18. Beide de Rome I- en de Rome II-Verordeningen laten toe dat voorrangregels ('bepalingen van bijzonder dwingend recht') onverlet blijven. Dit wil zeggen dat dergelijke regels toepassing mogen vinden zelfs al is het recht van een ander land toepasselijk volgens de verwijzingsregels¹²⁷. Het Hof van Justitie gaf al in de zaak *Ingmar*¹²⁸ aan dat dergelijke bepalingen niet enkel uit het nationaal recht kunnen voortvloeien, maar ook uit het EU-recht. Deze zaak ging over de handelsagentuurrichtlijn¹²⁹. Het Hof oordeelde dat niet de nationale wetgeving die de richtlijn implementeert, maar de richtlijn zelf een voorrangregel ('dwingende bepaling in de zin van het internationaal privaatrecht') is.

Men kan dus argumenteren dat het herkomstlandbeginsel een soort voorrangregel is: wanneer het gaat over het vrij

verkeer van diensten, moet men het recht van het herkomstland van de dienstverlener toepassen, ongeacht het recht dat volgens de verwijzingsregel normaal gezien van toepassing zou zijn¹³⁰. Een dergelijke kwalificatie van het herkomstlandbeginsel is mogelijk, maar het gaat dan toch om een oneigenlijke voorrangregel: traditionele voorrangregels zijn namelijk regels van materieel recht, bijvoorbeeld een regel die bepaalt dat de handelsagent recht heeft op een opzegvergoeding. Het herkomstlandbeginsel is geen materieelrechtelijke regel, maar een algemeen principe dat de dienstverlening wordt gereguleerd vanuit het herkomstland over verschillende materiële domeinen heen.

Er bestaat bovendien een onderscheid tussen de voorrangregels van het forum en die van een ander land. In het geval van het herkomstlandprincipe, gaat het niet om een voorrangregel van het forum, noch om een van een derde land, maar om een van de EU. Dit is dus een interne norm van het recht van het forumland. Het kan echter zijn dat de verwijzingsregel ook wijst naar het recht van het forum. Dan komt men in een situatie waar het toepasselijk forumrecht botst tegen een EU-norm in de vorm van het herkomstlandprincipe. De rechter moet dus de EU-norm toepassen en zo komen tot de toepassing van buitenlands materieel recht. Hoewel het IPR in deze positie te wringen is, blijft de oplossing toch een beetje artificieel: de voorrangregel wordt dan een EU-principe dat weer verwijst naar materieel nationaal recht, in plaats van de klassieke invulling dat de voorrangregel zelf een materiële regel inhoudt.

19. Een tweede mogelijkheid is om het herkomstlandbeginsel te beschouwen als een uitwerking van de openbare orde. Dit zou in de eerste instantie een normale toepassing van de verwijzingsregel inhouden: wanneer de verwijzingsregel er echter toe leidt dat de dienstverlener onderworpen wordt aan bepalingen die hem of haar belemmert in de uitoefening van de diensten, dan schendt dit de openbare orde. In dit geval wordt het recht van het herkomstland toegepast. Dit mechanisme van het IPR is enigszins bruikbaar, maar, net zoals de visie van de voorrangregel, ietwat gewrongen. De Rome I- en Rome II-Verordeningen kennen allebei de uitzondering van de openbare orde¹³¹, maar deze neemt als

¹²⁵. Zie de rechtsleer vermeld in vn. 93 hierboven.

¹²⁶. J. BASEDOW, "Der kollisionsrechtlich Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. Favor offerentis", *RebelsZ* 1995, 1-54, vooral p. 16-17 en 25-26; M. FALLON en J. MEEUSEN, "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé", *RCDIP* 2002, 435-490; P. MANKOWSKI, "Herkunftslandsprinzip und deutsches Umsetzungsgesetz zur e-commerce-Richtlinie", *IPRax* 2002, 257-266, vooral p. 261; G. DE BAERE, "Houdt het communautair herkomstlandbeginsel een verborgen conflictenregel in?", *RBDI* 2003, 179; G. DE BAERE, "Is this a Conflict Rule which I see Before Me? Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the 'Directive on Electronic Commerce'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2004, 287; O. CACHARD, "Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé", *RDAI* 2004, 161-179, vooral p. 173-175.

¹²⁷. Art. 9 Rome I-Verordening en art. 16 Rome II-Verordening.

¹²⁸. HvJ, C-381/98, *Ingmar GB Ltd. / Eaton Leonard Technologies Inc.*, *Jur.* 2000, I, 9305.

¹²⁹. Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten, *Pb.L.* 13 december 1986, afl. 382, 13.

¹³⁰. Zie voor deze visie bv.: B.J. DRIBBER, noot onder HvJ, C-509/09, *eDate Advertising*, *Sociaal Economische Wetgeving* 2012, 207-210.

¹³¹. Art. 21 Rome I-Verordening en art. 26 Rome II-Verordening.

uitgangspunt het recht van de rechter (het forumrecht). De rechter kan het toepasselijk buitenlands recht enkel opzij schuiven wanneer de toepassing van dat recht tot een gevolg zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter. Het zou volgens ons neerkomen op een kunstgreep om te beweren dat het vrij verkeer in die mate deel is geworden van het land van de rechter dat deze zijn of haar eigen recht opzij moet schuiven om het recht van het land van herkomst van de dienstverlener toe te passen. De openbare orde-exceptie komt meestal te pas wanneer het *buitenlands recht* kennelijk onverenigbaar is met het *forumrecht*, maar bij het herkomstlandbeginsel zou het erop neer kunnen komen dat de rechter het *forumrecht* opzij moet schuiven ten gunste van het *buitenlands recht*, namelijk het recht van het land van herkomst van de dienstverlener. Hoewel de openbare orde-exceptie tot op zekere hoogte helpt bij de conceptuele analyse, is een kwalificatie van het herkomstlandbeginsel als openbare orde exceptie niet echt opportuun.

20. Een derde mogelijkheid betreft de *vested rights*-theorie. Michaels vergeleek deze in onmin vervallen theorie uitvoerig met het herkomstlandbeginsel¹³². Het komt erop neer dat het herkomstlandbeginsel, net zoals de theorie van de *vested rights*, rechten die in een ander land zijn ontstaan willen vrijwaren wanneer de houder van de rechten zich over de grenzen heen begeeft. Zo blijven wettige handelingen gewoon hun juridische gevolgen meedragen. De argumenten zijn gegrond en logisch, en geven een goede verklaring die als basis kan dienen voor het herkomstlandbeginsel. Het probleem is echter dat de *vested rights*-theorie uit het Engels en het Amerikaans recht komt en vreemd is in continentaal Europa. Daarnaast is de theorie daar eigenlijk verworpen. Michaels toont aan dat er een antwoord bestaat op veel van de kritiek tegen de theorie, maar het blijft volgens ons problematisch om een vervallen theorie uit een ander werelddeel te gebruiken om de interactie tussen het IPR en het EU-recht te verklaren. Dit niet zozeer omdat de theorie niet steekhoudt, maar omdat het te ver van de praktijk staat om ingeburgerd te geraken.

21. Een vierde mogelijkheid is om het herkomstlandbeginsel te zien als een minimum aan wederzijdse erkenning die vereist is binnen de EU. Deze benadering komt in de buurt van de *vested rights*-theorie, maar verlaat het conflictenrechtelijk deel van het IPR en zoekt de oplossing elders. Volgens deze benadering moeten EU-lidstaten elkaars dienstverleners en hun rechten erkennen. Pas daarna kan er sprake zijn van een zoeken naar het recht dat op een bepaald juridisch

probleem van toepassing is. Vanuit EU-perspectief klinkt dit logisch. Het probleem van de benadering is echter dat deze de kar voor de paarden spant. De rechter moet namelijk eerst de dienstverlener en zijn of haar rechten erkennen, waarbij nadien nog de vraag rijst naar het recht toepasselijk op bijvoorbeeld een mogelijke inbreuk op iemands persoonlijke levenssfeer. Maar om te weten of de rechter de IPR-regels mag gebruiken om een antwoord op deze vraag te vinden, moet hij of zij eerst weten of het verwijzingsresultaat (nl. het aangewezen recht) het vrij verkeer niet schendt. Deze benadering is vanuit IPR-oogpunt dus weinig bruikbaar.

22. Ten slotte is er nog een theorie uit de *common law*, de zogenaamde ‘*better law*’-benadering¹³³. Volgens deze theorie moet het IPR niet enkel een ‘neutrale’ aanwijzing beogen, maar zich bekommeren om het materiële resultaat en het recht kiezen dat het beste resultaat geeft. De kritiek tegen deze theorie is dat het vaak leidt tot de toepassing van het forumrecht¹³⁴. Deze kritiek houdt echter verband met de *common law*-traditie, waar het recht zich ontwikkelt door de rechtspraak en veel minder opgeschreven staat in wetboeken zoals in continentaal Europa. In het geval dat de *better law* geval per geval gecodificeerd is, vervalt de kritiek. Daarnaast leidt de *better law* in het kader van het EU-recht niet noodzakelijk naar het forumrecht; zoals het herkomstlandbeginsel duidelijk maakt.

Het gaat hier over een theorie die in de praktijk wordt gebruikt. Een analyse van recente IPR-bepalingen toont aan dat de benadering eigenlijk meer en meer gebruikt wordt¹³⁵. Laat ons beginnen met een voorbeeld uit het Belgische Wetboek IPR (WIPR)¹³⁶. Artikel 92 WIPR bepaalt het recht dat toepasselijk is op de terugvordering van een gestolen goed. Wanneer het aangewezen recht echter geen bescherming biedt aan de bezitter te goeder trouw, dan kan deze zich beroepen op het recht van het land waar het goed zich bevindt op het moment van de terugvordering. Er is hier dus sprake van een verbetering van het recht (*better law*) om voor een rechtvaardige oplossing te zorgen. Artikel 90 WIPR over het recht toepasselijk op cultuurgoederen bevat een gelijkaardige regel.

Ook het Europees internationaal privaatrecht kent dit fenomeen. Zo bepaalt de Rome I-Verordening welk recht een contract beheerst. De staat en bekwaamheid van personen zijn uitgesloten van het toepassingsgebied: dergelijke vragen worden dus beheerst volgens het recht dat het nationale IPR aanwijst (in het geval van België het recht van de nationaliteit van de persoon in kwestie). Een persoon mag zich echter niet op zijn of haar onbekwaamheid beroepen wanneer beide

¹³² R. MICHAELS, “EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory”, *Journal of Private International Law* 2006, 195-242.

¹³³ Voor meer uitleg over de theorie, zie S.C. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 24-28.

¹³⁴ *Ibid.*, 27 en 82-83.

¹³⁵ L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 10^{de} druk, Deventer, Kluwer, 2012, 23.

¹³⁶ Wet van 16 juli 2004 (BS 27 juli 2004).

contractpartijen in eenzelfde land waren op het moment van het sluiten van de overeenkomst en de persoon handelingsbekwaam zou zijn volgens het recht van dat land, tenzij de andere contractpartij de onbekwaamheid kende of had moeten kennen (art. 13). Hier ziet men dus ook een verbetering op de verwijzingsregel¹³⁷.

Deze theorie lijkt in overeenstemming met de wijze waarop de herkomstlandregel in feite functioneert. De verwijzingsregel werkt initieel autonoom en wijst het toepasselijk recht aan. Pas als de verwijzingsregel tot een ‘slecht resultaat’ zou leiden, is een verbetering nodig. Een ‘slecht resultaat’ in de zin van het EU-recht is een verwijzingsresultaat dat onverenigbaar zou zijn met het vrij verkeer van diensten (of de uitwerking hiervan in bijzondere wetgeving zoals de richtlijn elektronische handel).

Het lijkt theoretisch zuiver om het herkomstlandbeginsel op deze wijze te kwalificeren. Daarnaast is een dergelijke kwalificatie praktisch werkbaar. Deze is bovendien in overeen-

stemming met een moderne tendens in het IPR: verwijzingsregels met correcties of verbeteringen waar nodig. Een probleem rijst wel over de vraag ‘waar nodig’. Zoals hierboven uitgelegd¹³⁸, is het niet duidelijk wanneer een regel precies het vrij verkeer van diensten zal belemmeren: moet men elke regel op zich bekijken, of een groep van regels die samen horen in hun geheel beoordelen? Deze vraag rijst bijvoorbeeld ook in het kader van de consumenten- en werknemersbescherming voorzien in de Rome I-Verordening. We gaan hier in het bestek van deze noot niet verder op in, maar wachten op een nadere invulling door de rechtspraak.

Het is nog van belang erop te wijzen dat de verbetering enkel te pas komt wanneer het gaat over communautaire gevallen. Wanneer een bedrijf dat gevestigd is in een derde land, zijn diensten aanbiedt in de EU, dan zullen sec de IPR-verwijzingsregels spelen en zal er geen verbetering plaats vinden. Deze kwalificatie als *better law* laat dus aan beide het EU-recht en het IPR de juiste speelruimte toe.

6. RECHTSZEKERHEID?

23. Vóór te besluiten is het nog interessant terug in te gaan op één van de doelstellingen van de Richtlijn, namelijk het bevorderen van de rechtszekerheid¹³⁹. Dit is ook één van de doelstellingen van de Rome II-verordening¹⁴⁰. Uiteraard is de Europese wetgever hier bezorgd over: het grensoverschrijdende rechtsverkeer heeft immers nood aan zekerheid en voorspelbaarheid. Als deze elementen ontbreken, zijn bedrijven minder snel geneigd om zich over de grenzen heen te begeven en dan blijven de mooie principes over het vrij verkeer van diensten (en de andere vrijheden) een dode letter.

24. Het probleem dat zich hier stelt is echter dat de zoektocht naar de rechtszekerheid in het EU-recht en deze zelfde zoektocht in het IPR elkaar lijken tegen te spreken. Enerzijds verlangt het IPR (in dit geval de Rome II-Verordening) een duidelijke verwijzingsregel, zodat er geen twijfel bestaat over welk recht een onrechtmatige daad zal beheersen. Anderzijds wil de richtlijn elektronische handel dat de

dienstverlener zeker is dat hij of zij zijn of haar diensten zonder belemmering overal in de EU kan uitvoeren. Vanuit beide oogpunten is de rechtszekerheid van belang. Door de interferentie tussen de twee, lijkt de rechtszekerheid echter zoek geraakt.

Volgens ons is de rechtszekerheid pas terug te vinden wanneer de interferentie tussen het herkomstlandbeginsel (en andere beginselen van het EU-recht) en het IPR in traditionele zin duidelijk is. Daarom zochten we hierboven naar het precieze snijpunt tussen de verschillende rechtsregels.

25. Verder is het belangrijk dat de Europese wetgever, bij de ontwikkeling van Europese instrumenten (in het kader van het vrij verkeer) meer rekening houdt met de bepalingen van het IPR. Uiteindelijk zal dat ook de interne markt bevorderen omdat dan voor iedereen duidelijk kan worden hoe de regels zich precies tot elkaar verhouden.

7. CONCLUSIE

26. In deze noot hebben we een analyse gemaakt van het antwoord dat het Hof van Justitie gaf op de vraag of het herkomstlandbeginsel een conflictenrechtelijke regel is. Het betreft een vraag die vele auteurs lang bezig heeft gehouden.

Uitklaring kwam niet te snel, en het uiteindelijke antwoord zorgde, zoals vaak bij moeilijke vraagstukken, maar ten dele voor duidelijkheid. Wat we in elk geval weten is dat het herkomstlandbeginsel geen conflictenrechtelijke regel is; deze

^{137.} Een ander voorbeeld is te vinden buiten het domein van het handelsrecht, in het protocol van Den Haag van 23 november 2007 inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, *Pb.L.* 16 december 2009, afl. 331, 3. Art. 4, § 4 bepaalt dat als de schuldeiser op basis van het aangegeven recht geen onderhoud kan verkrijgen, een ander recht van toepassing is, namelijk dat van de gemeenschappelijke nationaliteit.

^{138.} Zie *supra*, randnr. 15.

^{139.} Overw. 7 en 22 richtlijn elektronische handel.

^{140.} Overw. 6 en 14 Rome II-Verordening.

visie is in onze ogen correct. We weten echter ook dat in het kader van het vrij verkeer groot gewicht toekomt aan het herkomstlandbeginsel; daarvan mogen we het effect niet onderschatten.

Over de vragen wat precies het effect is en waar exact het snijpunt ligt tussen de verwijzingsregel en het herkomstlandbeginsel heeft het Hof niets gezegd. In deze noot hebben we hier een analyse van gemaakt, waarbij we gezocht hebben naar een juiste conceptualisering vertrekkende vanuit IPR-logica. Volgens ons vormt het herkomstlandbeginsel een

verbetering op de verwijzingsregel, wanneer deze leidt tot een ‘slecht resultaat’, namelijk een resultaat dat het vrij verkeer van diensten belemmert. Het komt dus neer op een soort ‘internemarktcorrectie’. Vertaald naar IPR-jargon valt deze correctie of verbetering onder te brengen bij de *better law*-theorie, ingevolge waarvan verwijzingsregels kunnen worden verbeterd in welbepaalde gevallen. Het is echter nog onduidelijk wat deze ‘welbepaalde gevallen’ zijn die een verbetering op het normale verwijzingsresultaat rechtvaardigen. Het woord is terug aan het Hof van Justitie.