

pandrecht, dat reeds onvoorwaardelijk was gevestigd op het 'voorwaardelijke eigendomsrecht' (indien is voldaan aan het bepaalde in art. 3:236 lid 1 of art. 3:237 lid 1 BW), uit tot een pandrecht op het 'onvoorwaardelijke eigendomsrecht' van de koper (r.o. 4.2.5, laatste zin). Een tussentijds faillissement van de koper verhindert deze 'uitgroei' van het pandrecht op het ná faillietverklaring in de boedel verkregen volle eigendom niet, omdat voor de vestiging van het pandrecht geen nadere beschikkingshandelingen van de koper nodig zijn en art. 35 lid 1 en lid 2 Fw inzake de onvoltooide levering derhalve toepassing missen (r.o. 4.2.5).

8. De keuze van de Hoge Raad is duidelijk en ook de goederenrechtelijke uitwerking daarvan. De gekozen bewoordingen in de laatste alinea van r.o. 4.2.5 achten wij minder gelukkig. Het pandrecht groeit immers niet van rechtswege uit. Het voorwaardelijk eigendomsrecht groeit door de vervulling van de opschortende voorwaarde – voldoening door bijvoorbeeld de koper of de pandhouder van de resterende prestatie – van rechtswege uit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht van de koper. De koper is alsdan 'vol' eigenaar van de zaak, waarop reeds voorafgaand aan de vervulling van de opschortende voorwaarde een onvoorwaardelijk pandrecht rust zonder dat nadere beschikkingshandelingen (levering of vestiging) van de koper noodzakelijk zijn.

9. De praktische uitwerking van de door de Hoge Raad ingeslagen (dualistische) weg wordt over het algemeen verwelkomd (zie diverse advocatenblogs; F.M.J. Verstijlen onder NJ 2016/290 en A.F. Salomons en G.Á.C. Orbán, *INS-Updates* 2016-0206 en eerder W.J.M. van Andel en M.E. ten Brinke onder Gerechtshof Den Haag 2 september 2014, «JOR» 2015/53). Het biedt de banken meer mogelijkheden tot het vestigen van zekerheden, waardoor de bereidheid tot het verschaffen van bancaire krediet voor met name voorraden naar verwachting zal verbeteren. Of deze uitspraak voor ondernemingen in zwaar weer een gunstig effect heeft, valt te bezien. Niet uitgesloten is dat banken in sommige gevallen juist eerder tot opzegging en opeising van het krediet zullen overgaan wanneer de kredietnemer (koper) grote (onder eigendomsvoorbehoud geleverde) voorraden aanhoudt, waarvan de waarde door bijvoorbeeld seizoensinvloeden sterk fluctueert.

10. In dit geval had Rabobank het restant van de koopprijs van het teeltsysteem in overleg met de curator van Revadap betaald aan Meteor. Gesterkt door dit arrest valt te verwachten dat pandhouders ook buiten de curator om zullen gaan acteren en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud zullen gaan benaderen. De mogelijkheid om schulden van de pandgever te betalen hebben de pandhouders op grond van art. 6:30 lid 1 BW, waarin is bepaald dat een verbintenis ook door een ander dan de schuldenaar kan worden nagekomen, tenzij de inhoud of strekking van de verbintenis zich daartegen verzet. Bij betaling van een geldvordering zal deze 'tenzij' zich niet snel voordoen, nu die veeleer ziet op het belang van de schuldeiser bij de persoonlijke nakoming door schuldenaar vanwege zijn bijzondere deskundigheid of het belang van schuldenaar die om publiciteitsredenen aan schuldeiser wil presteren (W.L. Valk, *T&C Vermogensrecht*, art. 6:30 BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2013; TM, Parl. Gesch. 6, p. 158). Overleg met de curator (schuldenaar) is in beginsel dus niet noodzakelijk.

11. De curator kan bevrijdende betalingen door de pandhouder aan de leverancier in dit soort constellaties dus lastig eenzijdig verhinderen – dit terwijl de gezamenlijke (niet-gesecureerde) schuldeisers van de failliete koper daar wel baat bij zouden kunnen hebben. In gevallen waarin (i) de pandhouder niet tevens een (stil) pandrecht heeft gevestigd op de huidige en toekomstige vorderingen van de koper en (ii) de terug te nemen zaak nog een

aanzienlijke waarde vertegenwoordigt voor de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en (iii) de boedel niet beschikt over voldoende middelen om het restant van de koopprijs te kunnen voldoen, kan terugname voor zowel de leverancier als de boedel tot voordeel leiden.

12. De teruglevering van zaken brengt immers ontbinding van de koopovereenkomst met zich (vgl. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Mon. BW B6c), Deventer: Kluwer 2013, nr. 85 met verwijzing naar o.a. Asser/Van Mierlo & van Velten 3-VI* (Zekerheidsrechten), Deventer: Kluwer 2010, nr. 540 en Verstijlen, *Groene Serie Vermogensrecht*, aant. 39 bij art. 3:92 BW). De ontbinding leidt tot ongedaanmakingsverbintenissen over en weer (art. 6:271 BW). De (waardevolle) zaak gaat terug naar de leverancier. Het deel van de koopprijs dat de koper vóór het faillissement reeds had betaald, wordt door de leverancier in het kader van de ongedaanmaking voldaan aan de boedel onder vermindering van eventuele schades. Gedacht kan worden aan een schilderij, geleverd onder eigendomsvoorbehoud, dat ná verkoop en levering aanzienlijk in waarde is gestegen. De leverancier en de boedel zijn dan beiden gebaat bij ongedaanmaking (onder de aannames genoemd in randnummer 11 van deze noot). Naar aanleiding van deze uitspraak zal, na voldoening van de resterende prestatie door de pandhouder, de volledige waarde van het schilderij toekomen aan de pandhouder zonder dat de curator van de failliete koper dat kan voorkomen. De problematiek rondom lege boedels zal door deze uitspraak in ieder geval groter worden.

G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan
TeekensKarstens advocaten notarissen

1012

155

Hoge Raad
3 juni 2016, nr. 15/01169
ECLI:NL:HR:2016:1054
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak)
(concl. A-G mr. Vlas (niet opgenomen; Red.))
Noot M. Teekens

IPR. Toepasselijk recht (on)rechtmatige internetpublicatie(s). Convergerende uitleg Rome II en EEX-Vo.

Bij gestelde inbreuken op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten bij internetpublicaties is het recht van toepassing waar het centrum van de belangen van de gelaedeerde zich bevindt. Deze aanwijzingsregel is gebaseerd op een aanvullende uitleg van art. 4 lid 1 Rome II aan de hand van de door het Hof van Justitie in het eDate-arrest gehanteerde uitleg voor het bepalen van rechtsmacht op grond van art. 7 lid 3 EEX-Vo (art. 5 lid 3 EEX-Vo oud).

[Rome II-Vo art. 4 lid 1 en 3; EEX-Vo (oud) art. 5 lid 3; EEX-Vo Herschikking art. 7 lid 2; BW art. 10:159; WCOD art. 3]

Dahabshil is een financiële organisatie met wereldwijd 24.000 vestigingen, waarvan het hoofdkantoor is gevestigd in het Verenigd

Koninkrijk. Het klantenbestand van Dahabshiiil bestaat in Nederland voornamelijk uit hier wonende Somaliërs die via Dahabshiiil geld overmaken naar familie en vrienden in Somalië.

X is in 2007 uit Somalië gevlucht en verblijft als erkend vluchteling in Nederland. X is journalistiek verantwoordelijk voor de plaatsing van publicaties op diverse websites en het versturen van een e-mail waarin Dahabshiiil onder meer wordt beschuldigd van banden met terrorisme, het aanzetten tot moord en het aanzetten tot het plegen van strafbare feiten.

Dahabshiiil heeft in kort geding verwijdering van de publicaties gevorderd vanwege het onrechtmatig handelen van X. De voorzieningenrechter komt niet tot een inhoudelijke beoordeling en wijst de vorderingen af.

Dahabshiiil komt in hoger beroep. Het hof staat stil bij de vraag welk recht moet worden toegepast. Op grond van art. 1 lid 2 sub g Rome II is die verordening niet van toepassing op niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten. Het gestelde onrechtmatig handelen heeft echter deels plaatsgevonden na inwerkingtreding van art. 10:159 BW waarin is bepaald dat op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van Rome II vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt, Rome II overeenkomstig van toepassing is. Rome II is derhalve alsnog van toepassing op het onrechtmatig handelen na 1 januari 2012.

Art. 4 lid 1 van Rome II bepaalt dat het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad, het recht is van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen. Het hof overweegt dat de schending van de eer en de goede naam van Dahabshiiil zich in een groot aantal landen, waaronder Nederland, kan voordoen, omdat de websites waarop de gestelde diffamerende mededelingen zijn geplaatst wereldwijd raadpleegbaar zijn. Toepassing van het recht van het 'Erfolgsort' van art. 4 lid 1 Rome II zou resulteren in een mozaïekbenadering vanwege de toepasselijkheid van verschillende rechtsstelsels. Het hof heeft daarom naar een oplossing gezocht en heeft voor de uitleg van de in art. 4 lid 1 Rome II gebruikte zinsnede "het recht van het land waar de schade zich voordoet" aansluiting gezocht bij de uitleg van het begrip "plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" in art. 5 sub 3 EEX-Vo. Het hof heeft voor deze aansluiting inspiratie gevonden in het door het Hof van Justitie gewezen eDate-arrest (HvJ EU 25 oktober 2011, NJ 2012/224, ECLI:EU:C:2011:685) waarin ten aanzien van de schending van de persoonlijkheidsrechten via internet werd bepaald dat het slachtoffer zich voor de volledige schade ook kan wenden tot het gerecht van de plaats waar hij het "centrum van zijn belangen" heeft. De plaats waar een persoon het centrum van zijn belangen heeft, is meestal zijn gewone verblijfplaats. De convergerende uitleg van het hof resulteert erin dat het recht dient te worden toegepast van het land waar het centrum van de belangen van Dahabshiiil ligt. Dat is volgens het hof het Verenigd Koninkrijk, omdat Dahabshiiil daar is gevestigd en daar door toezichthoudende instanties wordt toegezien op haar activiteiten. Ten aanzien van het gestelde onrechtmatig handelen vóór 1 januari 2012, komt het hof op basis van een soortgelijke motivering tot de conclusie dat hetzelfde moet gelden voor de uitleg van art. 3 lid 2 WCOD. Bij eindarrest van 16 december 2014 wordt X op basis van Engels recht veroordeeld tot het verwijderen van de internetpublicaties en het plaatsen en verzenden van rectificaties, omdat Dahabshiiil in Engeland is gevestigd.

X stelt cassatie in en komt met name op tegen de vaststelling van het toepasselijke recht. De Hoge Raad overweegt dat uit punt 7 van de considerans van Rome II blijkt dat de wetgever van de Europese Unie van belang acht dat het materiële toepassingsgebied en de bepalingen van die verordening stroken met (onder meer) de EEX-

Vo en dat in aansluiting daarop het HvJ EU heeft benadrukt dat bij de uitleg van Rome II rekening moet worden gehouden met de doelstelling om de toepassing van die verordening te laten stroken met de toepassing van de EEX-Vo (vgl. HvJ EU 21 januari 2016, gevoegde zaken C-359/14 en C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40 (ERGO Insurance/Ilf P&C Insurance en Gjsidige Baltic/PZU Lietuva, r.o. 43). Dit brengt volgens de Hoge Raad met zich dat het de rechter vrijstaat om bij de uitleg van de in Rome II gehanteerde begrippen gebruik te maken van het begrippenstelsel van de EEX-Vo en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het HvJ EU. Daarbij is wel van belang dat de door de wetgever van de Europese Unie wenselijk geachte samenhang tussen Rome II en de EEX-Vo niet ertoe kan strekken dat aan een bepaling van Unierecht een uitleg wordt gegeven die niet strookt met het stelsel en de doelstellingen van de verordening waarin die bepaling is opgenomen (vgl. HvJ EU 16 januari 2014, zaak C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, NJ 2014/365 (Kainz/Pantherwerke), r.o. 20). Het hof heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door art. 4 lid 1 Rome II in verbinding met art. 10:159 BW aldus uit te leggen dat voor de beoordeling van de (gestelde) onrechtmatigheid van de plaatsing van diffamerende mededelingen op websites het recht wordt toegepast van het land waar het centrum van de belangen van het slachtoffer zich bevindt. Het oordeel van het hof moet verder zo worden begrepen dat zich geen geval voordoet waarin uit alle omstandigheden blijkt dat het onrechtmatig handelen van X een kennelijk nauwere band heeft met een ander land als bedoeld in art. 4 lid 3 Rome II.

[eiser],
wonende te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. S.M. Kingma,
tegen
Dahabshiiil Transfer Services Limited,
gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. E.M. Tjon-En-Fa.
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en Dahabshiiil.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- het vonnis in de zaak 254776/KG ZA 12-536 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Breda van 29 november 2012;
- de arresten in de zaak HD 200.119.553/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 juli 2013, 20 mei 2014 en 16 december 2014.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Dahabshiiil heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor [eiser] mede door mr. M.H.K. Jansen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 18 maart 2016 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Dahabshiil is een financiële organisatie met wereldwijd circa 24.000 vestigingen. Het hoofdkantoor van Dahabshiil is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk.

(ii) Het klantenbestand van Dahabshiil in Nederland wordt voornamelijk gevormd door hier te lande wonende Somaliërs, die via Dahabshiil geld overmaken naar familie en vrienden in Somalië.

(iii) [eiser], die in 2007 uit Somalië is gevlucht en als erkend vluchteling in Nederland verblijft, is voorzitter van de Stichting Associated Somali Journalists (hierna: ASOJ); [eiser] en ASOJ worden hierna gezamenlijk aangeduid als [eiser] c.s.).

(iv) [eiser] is journalistiek verantwoordelijk voor de plaatsing op diverse websites van publicaties waarin Dahabshiil onder meer wordt beschuldigd van banden met terrorisme, het aanzetten tot moord en het aanzetten tot het plegen van strafbare feiten.

(v) [eiser] heeft geen gehoor gegeven aan sommities van Dahabshiil om beschuldigende publicaties van de websites te verwijderen.

3.2.1 Dahabshiil heeft in het onderhavige kort geding gevorderd dat aan [eiser] c.s. bepaalde geboden en verboden worden opgelegd, waaronder (i) een gebod aan [eiser] tot verzending van een rectificatie met een Engelse tekst aan dezelfde geadresseerden aan wie [eiser] eerder een bepaalde e-mail heeft gestuurd, (ii) een gebod aan [eiser] c.s. tot plaatsing van een rectificatie met een Engelse tekst en een Somalische vertaling daarvan op door [eiser] c.s. beheerde websites, (iii) een gebod aan [eiser] c.s. om een groot aantal artikelen inclusief afbeeldingen, en alle links naar deze artikelen, van door [eiser] c.s. beheerde websites te verwijderen en verwijderd te houden, en (iv) een verbod voor [eiser] c.s. om bepaalde beschuldigingen op enigerlei wijze, waaronder het plaatsen van een hyperlink, te openbaren op websites waarover [eiser] c.s. de controle hebben. Voorts heeft Dahabshiil gevorderd dat [eiser] c.s. bij het niet of niet volledig voldoen aan de hiervoor genoemde geboden en verboden een onmiddellijk opeisbare dwangsom zullen verbeuren van € 10.000,= per dag met een maximum van € 250.000,=.

Dahabshiil heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat [eiser] c.s. onrechtmatig hebben gehandeld en nog steeds onrechtmatig handelen door ongefundeerde diffamerende mededelingen openbaar te maken, en door te weigeren deze mededelingen van door hen beheerde websites te verwijderen en te rectificeren.

3.2.2 De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorzieningen geweigerd.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, een deel van de door Dahabshiil jegens [eiser] gevorderde geboden en verboden toegewezen. Voorts heeft het hof aan die geboden en verboden ten laste van [eiser] een dwangsom verbonden van € 250,= per dag, en bepaald dat boven de som van € 10.000,= geen dwangsom meer wordt verbeurd. Het meer of anders gevorderde, waaronder alle door Dahabshiil jegens ASOJ gevorderde geboden en verboden, heeft het hof afgewezen.

De overwegingen van het hof zullen voor zover nodig hieronder worden weergegeven.

3.3 De onderdelen 1-6 keren zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de overwegingen van het hof met betrekking tot het toepasselijke recht. Dienaangaande wordt als volgt overwogen.

3.4 Het hof heeft (in de rov. 4.1.1 en 4.1.2 van het eerste tussenarrest) terecht, en in cassatie ook niet bestreden, het volgende vooropgesteld:

(i) 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 ("Rome II") (PbEU 2007, L 199/40; hierna: Verordening Rome II) sluit in art. 1 lid 2, aanhef en onder g, van haar toepassingsgebied (onder meer) uit "niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten, waaronder begrepen smaad";

(ii) Op 1 januari 2012 is art. 10:159 BW in werking getreden, inhoudende:

"Op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de verordening «Rome II» en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt, zijn de bepalingen van de Verordening «Rome II» van overeenkomstige toepassing (...)."

(iii) Op grond van de uitgangspunten (i) en (ii) zijn de bepalingen van de Verordening Rome II langs de weg van art. 10:159 BW van overeenkomstige toepassing op het (gestelde) onrechtmatig handelen van [eiser] c.s. dat zich ná 1 januari 2012 heeft voorgedaan;

(iv) Art. 4 lid 1 Verordening Rome II luidt als volgt:

"Tenzij in deze verordening anders bepaald, is het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen."

(v) Het toepasselijke recht op het (gestelde) onrechtmatig handelen van [eiser] c.s. dat zich vóór 1 januari 2012 heeft voorgedaan, moet worden bepaald aan de hand van de met ingang van 1 januari 2012 ingetrokken Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (Wet van 11 april 2001, Stb. 190; hierna: WCOD (oud)).

3.5.1 In het kader van de toepassing van art. 4 lid 1 Verordening Rome II in verband met art. 10:159 BW heeft het hof (in rov. 4.1.1.2 van het eerste tussenarrest) als volgt overwogen.

Naar het oordeel van het hof zijn de websites waarop de (gestelde) diffamerende mededelingen zijn geplaatst, wereldwijd raadpleegbaar, en heeft de in art. 4 lid 1 Verordening Rome II bedoelde schade – in dit geval bestaande in de schending van de eer en goede naam van Dahabshiil – zich derhalve in een groot aantal landen, waaronder Nederland, voorgedaan. Voorts heeft het hof overwogen dat de vorderingen van Dahabshiil er toe strekken haar schade in al die landen te doen vergoeden, beperken, dan wel voorkomen.

Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat bij vorderingen als de onderhavige het begrip 'het land waar de schade zich voordoet' van art. 4 lid 1 Verordening Rome II op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als het begrip 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen' van art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo. Onder verwijzing naar het arrest van het HvJEU in de gevoegde zaken eDate en Martinez (HvJEU 25 oktober 2011, gevoegde zaken C-509/09 en C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, NJ 2012/224), welk arrest betrekking had op de uitleg van art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo, is het hof tot de conclusie gekomen dat in dit geval het recht moet worden toegepast van het land waar het centrum van de belangen van Dahabshiil ligt.

3.5.2 Nadat het hof (in rov. 4.1.1.2 van het eerste tussenarrest) aanvankelijk had overwogen dat het centrum van de belangen van Dahabshiil is gelegen in het Verenigd Koninkrijk – op de grond dat Dahabshiil aldaar is gevestigd en door toezichhoudende instanties aldaar wordt toegezien op haar activiteiten – zodat het recht van het Verenigd Koninkrijk van toepassing is op het (gestelde) onrechtmatig handelen ná 1 januari 2012, heeft het hof (in rov. 8.2 van het tweede tussenarrest) geoordeeld dat dit centrum van de belangen van Dahabshiil is gelegen in Enge-

land, en dat derhalve het Engelse recht van toepassing is. In zijn eindarrest (rov. 12.2) heeft het hof zijn oordeel dat het centrum van de belangen van Dahabshiil in Engeland is gelegen, gehandhaafd.

3.6 De onderdelen 1 en 2 keren zich tegen het hiervoor in 3.5.1 weergegeven oordeel van het hof dat het begrip ‘het land waar de schade zich voordoet’ van art. 4 lid 1 Verordening Rome II in verbinding met art. 10:159 BW in een geval als het onderhavige op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als het begrip ‘plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen’ van art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo, hetgeen met inachtneming van het arrest van het HvJEU in de gevoegde zaken eDate en Martinez ertoe leidt dat het recht dient te worden toegepast van het land waar het centrum van de belangen van Dahabshiil ligt.

3.7 Uit punt 7 van de considerans van de Verordening Rome II blijkt dat de wetgever van de Europese Unie van belang acht dat het materiële toepassingsgebied en de bepalingen van die verordening stroken met (onder meer) de EEX-Vo. In aansluiting daarop heeft het HvJEU benadrukt dat bij de uitleg van de Verordening Rome II rekening moet worden gehouden met de doelstelling om de toepassing van de EEX-Vo (vgl. HvJEU 21 januari 2016, gevoegde zaken C-359/14 en C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40 (ERGO Insurance/If P&C Insurance en Gjensidige Baltic/PZU Lietuva, rov. 43). In het licht van een en ander staat het de rechter vrij om bij de uitleg van in de Verordening Rome II gehanteerde begrippen gebruik te maken van het begrippenstelsel van de EEX-Vo en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het HvJEU.

Daarbij is echter van belang dat de door de wetgever van de Europese Unie wenselijk geachte samenhang tussen de Verordening Rome II en de EEX-Vo niet ertoe kan strekken dat aan een bepaling van Unierecht een uitleg wordt gegeven die niet strookt met het stelsel en de doelstellingen van de verordening waarin die bepaling is opgenomen (vgl. HvJEU 16 januari 2014, zaak C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, NJ 2014/365 (Kainz/Pantherwerke), rov. 20).

Met zijn hiervoor in 3.5.1 weergegeven oordeel heeft het hof het vorenstaande niet miskend. In zoverre falen de klachten van de onderdelen 1 en 2.

3.8.1 Ook overigens treffen de klachten van de onderdelen 1 en 2 geen doel.

3.8.2 In zijn arrest in de gevoegde zaken eDate en Martinez heeft het HvJEU overwogen dat

“45. (...) de publicatie van een content op een website zich (onderscheidt) van de tot een bepaald gebied beperkte verspreiding van een medium als een drukwerk, doordat de content in beginsel overal tegelijk beschikbaar moet zijn. Een content kan door een onbepaald aantal internetgebruikers overal ter wereld onmiddellijk worden ingezien, ongeacht of de uitgever de bedoeling had dat deze buiten zijn lidstaat van vestiging beschikbaar zou zijn en zonder dat hij daar invloed op zou hebben.”

Voorts heeft het HvJEU mede van belang geacht:

“47. (...) de ernst van de schending die de houder van een persoonlijkheidsrecht kan ondervinden wanneer hij constateert dat een content die dat recht schendt wereldwijd beschikbaar is.”

Op grond van deze uitgangspunten is het HvJEU tot het oordeel gekomen dat de gevolgen van een op internet geplaatste content voor de persoonlijkheidsrechten van een persoon het beste kunnen worden beoordeeld door het gerecht van de plaats waar het beweerd slachtoffer het centrum van zijn belangen heeft (rov. 48). Dit betekent volgens het HvJEU dat art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo aldus moet worden uitgelegd dat de per-

soon die zich geschaad acht door een schending van een persoonlijkheidsrecht door op internet geplaatste content, een vordering tot vergoeding van zijn volledige schade (ook) kan instellen bij de rechter van de plaats waar die persoon het centrum van zijn belangen heeft (rov. 52).

3.8.3 De hiervoor in 3.8.2 vermelde en door het HvJEU van belang geachte uitgangspunten – te weten: (i) publicatie van content op het internet leidt tot wereldwijde toegankelijkheid daarvan, ongeacht of de uitgever deze toegankelijkheid buiten zijn land van vestiging op het oog had en zonder dat hij daarop invloed heeft, en (ii) wereldwijd toegankelijke content kan tot ernstige schending van een persoonlijkheidsrecht leiden – heeft het hof betrokken in zijn uitleg van art. 4 lid 1 Verordening Rome II in verbinding met art. 10:159 BW. In rov. 4.11.2 van het eerste tussenarrest heeft het hof immers gewezen op het feit dat de websites waarop [eiser] c.s. de (gesteld) diffamerende mededelingen hebben geplaatst, wereldwijd raadpleegbaar zijn, en dat de schade – in dit geval bestaande in de schending van de eer en goede naam van Dahabshiil – zich derhalve in een (groot) aantal landen kan hebben voorgedaan.

3.8.4 Voorts is van belang dat in punt 14 van de considerans van de Verordening Rome II wordt gewezen op de eis van rechtszekerheid en de noodzaak om recht te doen in individuele gevallen, terwijl punt 16 uitdrukking geeft aan het streven dat de eenvormige verwijzingsregels van deze verordening “de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken vergroten en een redelijk evenwicht garanderen tussen de belangen van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld, en die van de persoon die schade lijdt.” Deze beginselen heeft het HvJEU ook ten grondslag gelegd aan zijn oordeel in de gevoegde zaken eDate en Martinez: “50. De bevoegdheid van het gerecht van de plaats waar het beweerd slachtoffer het centrum van zijn belangen heeft strookt met het doel dat de bevoegdheidsregels voorzienbaar moeten zijn (...), ook vanuit het oogpunt van de verweerder, aangezien de uitgever van een inbreuk makende content op het moment waarop hij deze op internet plaatst de centra van de belangen van de bij de content betrokken personen kan kennen. Derhalve moet worden geoordeeld dat met het criterium van het centrum van de belangen niet alleen de verzoeker gemakkelijk kan bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken, maar ook de verweerder redelijkerwijze kan voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen (...).”

3.8.5 In het licht van het vorenstaande heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door art. 4 lid 1 Verordening Rome II in verbinding met art. 10:159 BW aldus uit te leggen dat in een geval als het onderhavige voor de beoordeling van de (gestelde) onrechtmatigheid van de plaatsing van diffamerende mededelingen op websites het recht wordt toegepast van het land waar het centrum van de belangen van het slachtoffer zich bevindt.

3.9 Uit hetgeen hiervoor in 3.8.1-3.8.5 is overwogen, vloeit voort dat ook de klachten van onderdeel 5 falen. Anders dan daarin wordt aangevoerd, kan toepassing van art. 4 lid 1 Verordening Rome II in verbinding met art. 10:159 BW in het onderhavige geval niet slechts tot toepasselijkheid van het Engelse recht leiden indien in Engeland de meest significante elementen van de door Dahabshiil geleden schade zijn ingetreden, althans indien zich in Engeland schade van Dahabshiil heeft voorgedaan als gevolg van het handelen van [eiser].

3.10.1 Onderdeel 4 keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het hiervoor in 3.5.2 weergegeven oordeel van het hof dat het centrum van de belangen van Dahabshiil in Engeland is gelegen.

3.10.2 Het HvJEU heeft in zijn arrest in de gevoegde zaken

eDate en Martinez met betrekking tot het begrip ‘het centrum van de belangen’ als volgt overwogen:

“49. De plaats waar een persoon het centrum van zijn belangen heeft is meestal zijn gewone verblijfplaats. Een persoon kan het centrum van zijn belangen echter ook hebben in een andere lidstaat waar hij niet gewoonlijk verblijft, voor zover uit andere aanwijzingen, zoals de uitoefening van een beroepsactiviteit, kan blijken dat hij een bijzonder nauwe band met die staat heeft.”

3.10.3 Het hof heeft vastgesteld dat Dahabshiil in Engeland is gevestigd en dat de toezichthoudende instanties aldaar toezien op haar activiteiten.

De daaraan door het hof verbonden gevolgtrekking dat het centrum van de belangen van Dahabshiil in Engeland is gelegen, geeft in het licht van het vorenstaande geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel behoefde geen nadere motivering.

3.11.1 Onderdeel 3 voert aan dat het hof heeft verzuimd om toepassing te geven aan art. 4 lid 3 Verordening Rome II in verbinding met art. 10:159 BW, en om te onderzoeken of uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de (gestelde) onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander land, in dit geval Somalië. Voor zover het hof dat onderzoek wel heeft verricht, is zijn oordeel onbegrijpelijk in het licht van de door [eiser] in dit verband aangevoerde stellingen, aldus de klacht.

3.11.2 Art. 4 lid 3 Verordening Rome II luidt als volgt:

“Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in de leden 1 en 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing. Een kennelijk nauwere band met een ander land zou met name kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst.”

3.11.3 In punt 18 van de considerans van de Verordening Rome II wordt opgemerkt dat art. 4 lid 1 de algemene verwijzingsregel behelst, en dat art. 4 lid 3 dient te worden opgevat als een ont-snappingsclausule ten opzichte van (onder meer) art. 4 lid 1, voor het geval dat uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een andere lidstaat.

3.11.4 Het oordeel van het hof moet aldus worden verstaan dat in dit geval toepassing moet worden gegeven aan de algemene verwijzingsregel van art. 4 lid 1 Verordening Rome II in verbinding met art. 10:159 BW, en wel in die zin dat onder het begrip ‘het land waar de schade zich voordoet’ moet worden verstaan de plaats waar het beweerde slachtoffer – in dit geval: Dahabshiil – het centrum van zijn belangen heeft, en dat zich hier niet een geval voordoet waarin uit alle omstandigheden blijkt dat het onrechtmatig handelen van de aansprakelijk gestelde partij – in dit geval: [eiser] – een kennelijk nauwere band heeft met een ander land.

Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de verhouding tussen de leden 1 en 3 van art. 4 Verordening Rome II in verbinding met art. 10:159 BW. Het oordeel is evenmin onbegrijpelijk in het licht van de in onderdeel 3 vermelde en door [eiser] in feitelijke instanties aangevoerde stellingen.

3.12 Onderdeel 6 betoogt onder meer dat het slagen van een van de klachten van de onderdelen 1-5 meebrengt dat ook het oordeel van het hof in rov. 4.12 van het eerste tussenarrest met betrekking tot de toepassing van art. 3 WCOD (oud) geen stand kan houden.

Deze klacht bouwt geheel voort op de klachten van de onderdelen 1-5 en moet het lot daarvan delen.

3.13 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Dahabshiil begroot op € 848,34 aan verschotten en € 2200,- voor salaris.

NOOT

1. X is woonachtig in Nederland, zodat de hoofdregel van art. 2 lid 1 EEX-Vo (oud) opgaat en de Nederlandse rechter bevoegd is. De EEX-Vo is in januari 2015 vervangen door de herschikte EEX-Vo, die voor wat deze kwestie betreft geen relevante wijzigingen bevat. Hierna wordt telkens verwezen naar de herschikte EEX-Vo. In de onderhavige kwestie staat de rechtsmacht dus niet ter discussie, maar toch speelt de ratio en uitleg van de uitzondering op voormelde hoofdregel, opgenomen in art. 7 lid 2 EEX-Vo (art. 5 lid 3 EEX-Vo oud), een belangrijke rol.

2. In art. 7 lid 2 EEX-Vo is bepaald dat bij verbintenissen uit onrechtmatige daad het gerecht bevoegd is van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen. Deze alternatieve bevoegdheid berust op het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en een ander gerecht dan dat van de staat van de woonplaats van de verweerder, zodat de bevoegdheid van dat gerecht gerechtvaardigd is om redenen van goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting. Op basis van diezelfde uitgangspunten ziet volgens het Hof van Justitie de “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” zowel op de plaats waar de schade is ingetreden (‘Erfolgsort’) als op de plaats waar het schadebrengende feit zijn oorsprong vindt (‘Handlungsort’) (Hv) EU 30 november 1976, C-21/76, NJ 1977/494, Hv) EU 11 januari 1990, zaak C-220/88, Jurispr. 1990, p. I-49). In geval van een mogelijk onrechtmatige publicatie in de traditionele pers, legt het Hof van Justitie art. 7 lid 2 EEX-Vo in het *Shevill*-arrest zo uit dat (i) het gerecht van de plaats waar de uitgever is gevestigd bevoegd is kennis te nemen van de vordering tot vergoeding van de volledige schade (een gelijke uitkomst als die van art. 4 lid 1 EEX-Vo) en (ii) de gerechten van de lidstaten waar die publicatie is verspreid alleen bevoegd zijn kennis te nemen van de aldaar geleden schade (Hv) EU 7 maart 1995, zaak C-68/93, Jur. 1995, p. I-415). Laatstgenoemde benadering, waarbij de gelaedeerde zich gelijktijdig tot meerdere gerechten kan wenden, wordt ook wel het verspreidingscriterium of het mozaïekbeginsel genoemd.

3. Het Hof van Justitie is in het *eDate*-arrest teruggekomen op het nut van dit verspreidingscriterium in geval van internetpublicaties die de persoonlijkheidsrechten aantasten, nu dergelijke publicaties zich onder andere onderscheiden van de traditionele drukpers doordat de content door een onbepaald aantal internetgebruikers overal ter wereld onmiddellijk kan worden ingezien, ongeacht of de uitgever die bedoeling had. Wederom om redenen van goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting wordt het in die gevallen rechtvaardig geacht dat, naast het gerecht waar de uitgever is gevestigd, ook het gerecht waar de gelaedeerde het centrum van zijn belangen heeft, bevoegd is kennis te nemen van een vordering tot vergoeding van alle schade, onverlet de alternatieve mogelijkheid om een vordering in te dienen bij de gerechten van elke lidstaat waar de geplaatste content toegankelijk is of is geweest voor de schade die aldaar is

veroorzaakt. Het centrum van de belangen van de gelaedeerde is meestal zijn gewone verblijfplaats, maar dat centrum kan ook in een andere lidstaat zijn gelegen op basis van andere aanwijzingen, zoals de uitoefening van een beroepsactiviteit, waaruit een bijzonder nauwe band met die staat blijkt (HvJ EU 25 oktober 2010, gevoegde zaken C-509/09 en C-161/10, NJ 2012/224).

4. De hiervoor gekozen benadering heeft betrekking op de bijzondere context van schadevergoeding bij schendingen van de persoonlijkheidsrechten. Daaronder valt in ieder geval het recht van een geportretteerde om zich tegen publicatie van zijn foto te verzetten en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, waaronder begrepen smaad. De benadering gaat niet op bij inbreuken op intellectuele eigendomsrechten waarvoor weer een andere aanvullende maatstaf is geïntroduceerd (HvJ EU 19 april 2012, zaak C-523/10, NJ 2012/403, HR 7 december 2012, NJ 2013/199).

5. De vraag is gesteld of het uitgangspunt van het *eDate*-arrest ook betrekking kan hebben op andere vorderingen dan die tot vergoeding van schade, zoals een vordering tot een verbod of rectificatie. Het arrest resulteerde namelijk in een uitspraak over schadevergoeding, terwijl stakingsvorderingen waren ingesteld. Ook uit de onderhavige uitspraak volgt dat er met zekerheid van uit kan worden gegaan dat de aanvullende bevoegdheidsregel kan worden toegepast op vorderingen strekkende tot een verbod of rectificatie (zie ook HvJ EU 15 maart 2012, zaak C292/10, NJ 2012/224; Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3904).

6. De mogelijkheid tot het opleggen van een (grensoverschrijdend) verbod of rectificatie is wel (mede) afhankelijk van de daartoe binnen het aangewezen recht geboden mogelijkheden. In het onderhavige geval oordeelde het hof dat de vordering tot rectificatie van de diffamerende e-mail wordt beheerst door het interne recht van de rechter en dus Nederlands recht (*lex fori*). Dit uitgangspunt lijkt nu juist nu art. 15 sub d Rome II bepaalt dat het ingevolge Rome II toepasselijke recht mede omvat de "maatregelen die de rechter, binnen de grenzen van zijn procesrechtelijke bevoegdheid, kan treffen om letsel of schade te voorkomen, te beperken of te laten vergoeden". Met de materieelrechtelijke kwalificatie van het sanctierecht als zodanig, is echter nog niet alles gezegd over de bevoegdheid om dergelijke sancties grensoverschrijdend op te leggen (prof. mr. X.E. Kramer, *Civiele sancties in het internationale geval in Europees perspectief*, Offerhauskring vijftig jaar, Den Haag: BJu 2012, p. 73-81). In het ook later door de Hoge Raad gevolgde *Interlas*-arrest werd al overwogen dat er in het algemeen geen reden is om aan te nemen dat er voor een veroordeling geen plaats is wanneer het gaat om een verplichting – eventueel naar vreemd recht – die buiten Nederland moet worden nagekomen (HR 24 november 1989, NJ 1992/404; HR 21 februari 1992, NJ 1993/164; HR 19 maart 2004, NJ 2007/585). Echter, indien het toepasselijke recht geen mogelijkheid biedt tot het opleggen van een (grensoverschrijdend) verbod of rectificatie, kan dat belangrijke beperkingen meebrengen voor de bevoegdheid van de rechter om dergelijke maatregelen alsnog op te leggen. Welke manoeuvreerruimte bestaat, moet de rechtspraktijk nog uitwijzen. Vooral nog komt het vraagstuk niet expliciet aan de orde (zie o.a. Rechtbank Den Haag 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11408, IER 2016, 12; Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3904; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 18 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8085). Het voorgaande laat de specifieke rechtspraak op het gebied van intellectueel eigendom en grensoverschrijdende maatregelen onbesproken.

7. In de in onderhavige kwestie toegepaste convergerende uitleg

wordt de motivering van het *eDate*-arrest ten aanzien van de aanvullende rechtsmacht regel, toegepast op art. 4 lid 1 Rome II waardoor het centrum van de belangen van de gelaedeerde ook relevant wordt bij het aanwijzen van het toepasselijke recht. De convergerende uitleg moet in Nederland een oplossing bieden voor een vraagstuk waarover op internationaal niveau geen overeenstemming kan worden bereikt (zie o.a. Aeron Warshaw, 'Uncertainty from abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims', *Brooklyn Journal of International Law*, Volume 32, Issue 1, Article 7). Zo was het niet mogelijk om Rome II ook van toepassing te laten zijn op inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en op de persoonlijkheidsrechten, ondanks dat daartoe serieuze pogingen zijn ondernomen (Eur. Parl. Dec. COM 427 final, 2003). Het is op zijn minst opvallend dat de expliciete uitzondering van art. 1 lid 2 onder g Rome II en de totstandkoming daarvan in onderhavige procedure onbesproken blijft.

8. Vanwege de praktische moeilijkheden die voortvloeien uit de distributieve toepassing van de verschillende rechtsstelsels op een bepaalde situatie, had de Commissie in haar voorontwerp van Rome II ten aanzien van inbreuken op de persoonlijke levenssfeer of de persoonlijkheidsrechten voorgesteld om het recht van de gewone verblijfplaats van de benadeelde toe te passen. Dit voorstel, dat ongeveer gelijk is aan de uitkomst van de onderhavige procedure, werd sterk bekritiseerd, met name omdat het niet altijd gemakkelijk is om de gewone verblijfplaats vast te stellen en het zou kunnen leiden tot een veroordeling naar buitenlands recht terwijl in overeenstemming is gehandeld met de nationale regels. Vervolgens heeft de Commissie het voorstel aangepast en daarbij duidelijk een andere benadering gekozen. In het nieuwe voorstel werd ten aanzien van het toepasselijk recht aansluiting gezocht bij de plaats waar de rechtstreekse schade is ontstaan. Er werd ook een uitzondering geïntroduceerd, namelijk dat het aangewezen recht moet wijken voor de *lex fori* wanneer dat recht onverenigbaar blijkt te zijn met fundamentele rechtsbeginselen. Verder werd in het nieuwe voorstel ten aanzien van de vordering tot het verplichten en verbeteren van de publicatie aansluiting gezocht bij de vestigingsplaats van de uitgever. De Commissie sloot zich met het nieuwe voorstel aan bij het *Shevill*-arrest om te komen tot een aanwijzingsregel die geen betrekking had op de gewone verblijfplaats van de gelaedeerde (Eur. Parl. Dec. COM 427 final, 2003). Met dit voorstel werd laatstgenoemd uitgangspunt uitdrukkelijk verlaten. De pogingen van de Commissie mochten uiteindelijk niet baten en na aanhoudende kritiek is de uitzondering van art. 1 lid 2 onder g Rome II opgenomen.

9. Vanwege deze achtergronden is de vraag gerechtvaardigd of de gehanteerde convergerende uitleg wel gepast is. Het staat de rechter weliswaar vrij om bij de uitleg van Rome II gebruik te maken van het begrippenkader van de EEX-Vo en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het Hof van Justitie, maar inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en persoonlijkheidsrechten zijn uitdrukkelijk geen onderdeel van Rome II. Een convergerende uitleg is bedoeld om de eenduidigheid van het Unierecht te beschermen en is in beginsel niet bedoeld om toe te passen op niet in het Unierecht geregelde onderwerpen. Daarbij volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering art. 1 lid 2 onder g Rome II dat in geen geval een aanwijzingsregel op grond van de gewone verblijfplaats van de gelaedeerde aan de orde kon zijn, waarmee bij de thans gehanteerde convergerende uitleg geen rekening is gehouden. Dat Rome II vanwege art. 10:159 BW indirect in Nederland doorwerkt op dit type inbreuken, maakt het voorgaande niet anders en zou wél aanleiding kunnen geven tot het stellen van prejudiciële vragen.

10. De gevolgen van de nieuwe aanwijzingsregel zijn groot, niet in de laatste plaats omdat art. 6 aanhef en sub e Rv gelijklopend zijn aan art. 4 lid 2 Rome II en vanwege art. 10:159 BW, op grond waarvan Rome II en de convergerende uitleg ook kan worden toegepast op landen buiten de Europese Unie. In het eerder aangehaalde arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is dat al gebeurd (Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3904). In die zaak werden vorderingen ingesteld tegen het in California gevestigde Google Inc. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter werd vastgesteld aan de hand van art. 6 aanhef en sub e Rv en de in de parlementaire geschiedenis aangenomen mogelijkheid voor de rechter om in dergelijk geval de rechtspraak van het Hof van Justitie te volgen. Vervolgens werd gekomen tot toepassing van het Nederlandse recht op basis van dezelfde convergerende uitleg.

11. Degenen die hun centrum van belangen in Nederland hebben, kunnen dus op grond van het *eDate*-arrest en de convergerende uitleg daarvan eenvoudig voor de Nederlandse rechter en op basis van het Nederlands recht opkomen tegen internetpublicaties van buitenlandse partijen. Er zijn echter ook serieuze nadelen. In Nederland gevestigde journalisten, columnisten, bloggers, vloggers en andere (rechts)personen die zich op internet uitlaten, kunnen net zo eenvoudig door buitenlandse partijen worden betrokken in een procedure in Nederland op grond van buitenlands recht. Dat brengt de nodige rechtsonzekerheid met zich. De onrechtmatigheid van de internetpublicatie wordt immers in beginsel bepaald door het recht van het land waar de gelaedeerde het centrum van zijn belangen heeft. In bijvoorbeeld de Verenigde Staten is de vrijheid van meningsuiting vrij absoluut, zodat een situatie denkbaar is waarbij een internetpublicatie op grond van Amerikaanse regelgeving niet onrechtmatig is, maar dat wel zou zijn op grond van de Nederlandse wet. Indien een internetpublicatie op grond van Amerikaanse recht wel onrechtmatig kan worden bevonden, kunnen op basis van dat recht schadevergoedingen worden opgelegd die voor Nederlandse begrippen ongebruikelijk en soms astronomisch zijn. Zo resulteerde de pikante video van 'Hulk Hogan' op de website Gawker onlangs in een schadevergoeding van ruim 140 miljoen dollar (*Terry Gene Bollea vs. Heather Clem, et al.*, The Circuit Court of the Sixth Judicial Circuit in and for Penellas County, Florida, Case No. 12012447-CI-011). Ook de op grond van het aangewezen recht te treffen maatregelen kunnen afwijken van het nationale recht. Verder is het denkbaar dat op grond van het buitenlandse recht een internetpublicatie onrechtmatig is, terwijl dat naar Nederlands recht niet zo is. De rechtspraktijk moet uitwijzen hoe met deze problemen wordt omgegaan, waarbij een belangrijke rol zal zijn weggelegd voor de in Nederland geldende fundamentele rechtsbeginselen en de openbare orde.

M. Teekens

TeekensKarstens advocaten notarissen

156

Hoge Raad
24 juni 2016, nr. 15/01517
ECLI:NL:HR:2016:1280
ECLI:NL:PHR:2016:144
(mr. Numann, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron)
(concl. A-G mr. Keus)
Noot N. de Boer

Exoneratiebeding.

Oprachtnemer wordt aansprakelijk gesteld voor foutieve sterkteberekeningen bij de bouw van een schip. In de toepasselijke Metaalunievoorwaarden wordt de aansprakelijkheid beperkt tot de schade waartegen oprachtnemer verzekerd is dan wel redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn. Oprachtnemer heeft geen verzekeringsdekking voor aansprakelijkheid ten gevolge van fouten in ontwerp, berekening, tekening of advies. Het hof heeft ten onrechte niet van belang geacht dat oprachtnemer voor zijn aansprakelijkheid slechts verzekeringsdekking had kunnen krijgen tot maximaal de factuurwaarde.

[BW art. 6:233; Rv art. 399]

Een zogenoemd beunschip is, nadat het was volgeladen met nat zand 'geknipt', ten gevolge van een constructiefout. De 'aannemer' heeft de partij die de sterkteberekeningen heeft gemaakt in vrijwaring opgeroepen. Dit arrest ziet slechts op die vrijwaring. Oprachtnemer heeft zich beroepen op art. 13.1 van de op de overeenkomst tussen partijen van toepassing zijnde Metaalunievoorwaarden, op grond waarvan voor vergoeding alleen in aanmerking komt die schade waartegen oprachtnemer is verzekerd, dan wel redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn. Oprachtnemer had slechts een AVB-verzekering waarin uitdrukkelijk de aansprakelijkheid ten gevolge van fouten in ontwerp, berekening, tekening of advies was uitgesloten van dekking. Een deskundige concludeert dat verzekeringen die ook de kernprestatie dekken wel gebruikelijk waren. De deskundige overweegt verder dat bij het afsluiten van een verzekering het bedingen van de zogenoemde RVOI-voorwaarden verplicht zou zijn gesteld door de verzekeraar en dat bij gebreke daarvan geen verzekering afgesloten had kunnen worden. In de bedoelde voorwaarden is een exoneratie opgenomen die de aansprakelijkheid beperkt tot de factuurwaarde. Het hof heeft geoordeeld dat aan oprachtnemer geen beroep op art. 13.1 van de Metaalunievoorwaarden toekomt. De Hoge Raad casseert. Het hof heeft ten onrechte niet van belang geacht dat oprachtnemer voor zijn aansprakelijkheid slechts verzekeringsdekking had kunnen krijgen tot maximaal de factuurwaarde.

[Eiser], handelend onder de naam [A], zaakdoende te [plaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. M.E. Franke,
tegen
Veka Scheepsbouw B.V., gevestigd te Werkendam,
verweerster in cassatie,
niet verschenen.