

Onlogisch analogisch

De overeenkomstige toepassing van Europese conflictregels in grensoverschrijdende smaadzaken ex artikel 10:159 BW

Laura van Bochove*

1 Boek 10 BW: weeffout(vrij)?

Wellicht zou men verwachten dat van alle boeken in het BW, Boek 10 als eerste in aanmerking komt voor het predicaat ‘weeffoutvrij’. Dit boek strekt tot de codificatie van het commune conflictenrecht, het onderdeel van het internationaal privaatrecht dat regelt welk recht van toepassing is op internationale rechtsverhoudingen. Boek 10 is op 1 januari 2012 in werking getreden en daarmee het meest recente BW-boek. Het merendeel van de artikelen uit Boek 10 BW is afkomstig uit een reeks van conflictwetten, die vanaf begin jaren tachtig van de vorige eeuw tot stand is gebracht voor een groot aantal verschillende rechtsgebieden.¹ Aldus hebben deze bepalingen de kans gehad om zich in de praktijk te bewijzen. Voor zover de conflictregels niet optimaal bleken te functioneren, heeft de wetgever met de invoering van Boek 10 BW de mogelijkheid gehad om weeffouten te herstellen.

De incorporatie van het commune conflictenrecht in het BW is echter niet zonder kritiek gebleven. Gezien de grote diversiteit aan concrete gevallen zouden algemeen geformuleerde conflictregels per definitie tekortschieten.² Een mildere zienswijze luidt dat de codificatie van het conflictenrecht een goede zaak is, maar dat deze – gezien de nauwe verwevenheid met internationale jurisdictie en erkenning en tenuitvoerlegging – in een afzonderlijk wetboek voor het internationaal privaatrecht zou thuishoren.³ In beide visies wordt Boek 10 beschouwd als een weeffout binnen het BW.

Toch zijn er voldoende redenen om de invoering van Boek 10 BW wél toe te juichen. Zo heeft de wetgever met dit boek structuur weten aan te brengen in de jungle

* Mr.dr. L.M. van Bochove is universitair docent Internationaal Privaatrecht aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. De auteur bedankt Ekaterina Pannebakker en Jouke Tegelaar voor hun inbreng.

1 In 1981 werd de eerste Wet conflictenrecht van kracht, de Wet conflictenrecht echtscheiding (*Stb.* 1981, 166). Door de jaren heen is hier nog een vijftiental Wetten conflictenrecht aan toegevoegd, waaronder de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen (*Stb.* 1989, 392), Wet conflictenrecht corporaties (*Stb.* 1997, 699) en Wet conflictenrecht goederenrecht (*Stb.* 2008, 70).

2 Zie hierover A.V.M. Struycken, ‘Boek 10 BW – een grote stap in de codificatie van het internationaal privaatrecht’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011, afl. 2, p. 17.

3 Struycken 2011, p. 20.

van conflictregels en daarmee de overzichtelijkheid vergroot.⁴ Dat betekent echter niet dat Boek 10 BW vrij van weeffouten is gebleven.

2 Artikel 10:159 BW: analogische toepassing Rome II-Verordening in smaadzaken

Zoals bij de meeste codificaties heeft de wetgever bij de totstandbrenging van Boek 10 BW vooral naar het verleden gekeken door terug te grijpen op bestaande wettelijke bepalingen en in de rechtspraak geformuleerde rechtsregels. Codificatie vergt echter ook een vooruitziende blik, in het bijzonder bij de invoering van nieuwe wetsartikelen die niet voortkomen uit eerdere regelgeving of jurisprudentie. De wetgever wordt dan voor de – welhaast onmogelijke – opgave gesteld om de precieze gevolgen van de door hem gekozen oplossing te voorspellen.

Een van de nieuwe bepalingen in Boek 10 BW waarbij men zich kan afvragen of de wetgever de consequenties ervan volledig heeft overzien, is artikel 10:159 BW. Dit bepaalt dat de Rome II-Verordening,⁵ het Europese instrument dat uniforme conflictregels bevat voor niet-contractuele verbintenissen in burgerlijke en handelszaken, van overeenkomstige toepassing is op onderwerpen die worden uitgesloten van het materiële toepassingsgebied van de Verordening. Artikel 10:159 BW is een vangnetbepaling,⁶ die tot doel heeft een lacune in het conflictenrecht te voorkomen.⁷ Volgens de wetgever wordt met artikel 10:159 BW ‘een zo groot mogelijke coherentie [nagestreefd] van de regels van conflictenrecht voor verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst’.⁸ Via deze bepaling zijn de Europese conflictregels onder meer van overeenkomstige toepassing op niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit nucleaire ongevallen (uitgezonderd in art. 1 lid 2 sub f Rome II) en inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en persoonlijkheidsrechten, waaronder smaad (sub g).

In het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van de Rome II-Verordening en de recente rechtspraak van de Hoge Raad kan echter worden betwijfeld of analogische toepassing van Rome II de meest geschikte oplossing is, met name in gevallen waarin sprake is van een (beweerdelijk) smadelijke of lasterlijke uiting. Zij lijkt bijvoorbeeld

4 Zie ook I. Curry-Sumner, ‘... Acht, Negen, Tien! Ik kom! Boek 10 BW is in werking getreden’, *Tijdschrift Relatierecht en Praktijk* 2012, afl. 2, p. 84.

5 Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (*PbEG* 2007, L 199/1).

6 Dit geldt ook voor art. 10:157 BW, dat een wettelijke basis biedt voor analogische toepassing van de Rome I-Verordening inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst.

7 Voor 1 januari 2012 werden het toepasselijk recht in deze gevallen geregeld door de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad, *Stb.* 2001, 190. Deze wet was ook van toepassing was op de door Rome II uitgezonderde onderwerpen en is bij de invoering van Boek 10 BW ingetrokken.

8 *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 91.

tot gevolg te hebben dat de rechtmatigheid van een publicatie waarin een Nederlands ingezetene zich kritisch uitlaat over een buitenlandse gezagsdrager, in beginsel moet worden beoordeeld aan de hand van het recht van het land van de gezagsdrager, waar de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid aanzienlijk beperkter kunnen zijn dan in Nederland. In deze bijdrage wordt betoogd dat analogische toepassing van Rome II in smaad- en lasterzaken op grond van artikel 10:159 BW moet worden beschouwd als een weeffout in ons BW, die vraagt om ingrijpen van de wetgever.

3 De uitzonderingspositie van smaad in het Europese conflictenrecht

Smaad en laster werden in het 2003 door de Europese Commissie gepresenteerde voorstel nog niet uitgesloten van het materiële toepassingsgebied van de Rome II-Verordening.⁹ Sterker nog, het Commissievoorstel bevatte een specifiek artikel voor niet-contractuele verbintenissen voortvloeiend uit inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en persoonlijkheidsrechten. De Commissie noemde de situatie in de EU, waarin sprake was van een grote variëteit aan nationale conflictregels voor dit type verbintenissen, ‘heterogeen en onzeker’,¹⁰ hetgeen volgens haar harmonisatie rechtvaardigde. Het voorgestelde artikel bepaalde dat de rechter het recht dat door de Verordening wordt aangewezen – in beginsel het recht van het land waar de schade zich voordoet – ter zijde moet stellen wanneer de toepassing hiervan in strijd zou zijn met de fundamentele rechtsbeginselen inzake vrijheid van meningsuiting en nieuwsgaring van het land van de rechter. In plaats daarvan zou de rechter zijn eigen recht (de *lex fori*) moeten toepassen. Hiermee beoogde de Commissie een evenwicht te bereiken tussen de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van het slachtoffer enerzijds, en de persvrijheid anderzijds. Sommige lidstaten vreesden dat hiermee de persvrijheid nog niet voldoende gewaarborgd zou zijn, waarna het Europees Parlement een conflictregel voorstelde verwijzend naar het recht van het land waarop de publicatie of uitzending voornamelijk is gericht, of – indien dit niet kan worden vastgesteld – waar de redactionele controle wordt uitgevoerd.¹¹ De Commissie voelde echter weinig voor dit laatste voorstel en om de totstandkoming van de Verordening niet in gevaar te brengen, is besloten om inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en persoonlijkheidsrechten geheel uit te zonderen van het materiële toepassingsgebied.¹²

9 COM(2003) 427 def.

10 COM(2003) 427 def., p. 19.

11 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (‘Rome II’), P6_TA(2005)0284, p. 11.

12 Zie G. Wagner, ‘Die neue Rom II-Verordnung’, *IPRax* 2008-1, p. 10.

4 Analogische toepassing van Rome II in de praktijk: *Dahabshiil*

In de memorie van toelichting op artikel 10:159 BW blijven de achterliggende redenen voor de uitsluiting van niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit inbreuken op persoonlijkheidsrechten van het toepassingsgebied van de Rome II-Verordening, onbelicht. Ze worden evenmin aangeroerd in de verschillende rechterlijke uitspraken waarin de conflictregels van de Verordening via artikel 10:159 BW analogisch worden toegepast in zaken betreffende smaad of laster.¹³ In 2016 is deze toepassing door de Hoge Raad gefiatteerd in de zaak *Dahabshiil*.¹⁴

De feiten in deze zaak waren als volgt. Dahabshiil is een organisatie gevestigd in Engeland, die financiële diensten aanbiedt aan Somaliërs die in het buitenland woonachtig zijn en geld willen overmaken naar Somalië. De Somalische vluchteling A., woonachtig in Nederland, had op verschillende websites Engelstalige artikelen gepubliceerd, waarin Dahabshiil in verband werd gebracht met terrorisme en het aanzetten tot strafbare feiten. Dahabshiil stelde hierdoor reputatieschade te lijden en sommeerde A. de publicaties te verwijderen. Nadat A. dat weigerde, stelde Dahabshiil een vordering in bij de Nederlandse rechter tot onder meer rectificatie en een verbod om de artikelen te openbaren, op straffe van een dwangsom. In eerste instantie werden de vorderingen afgewezen, zonder verwijzing naar het toepasselijk recht, waarna Dahabshiil hoger beroep instelde.

Het Gerechtshof Arnhem diende te bepalen naar welk recht de vorderingen van Dahabshiil moesten worden beoordeeld. Het kwam tot de conclusie dat artikel 4 lid 1 Rome II via artikel 10:159 BW¹⁵ van toepassing was, dat verwijst naar het recht van het land waar de schade is geleden (de *lex loci damni*). Deze conflictregel laat zich echter niet eenvoudig toepassen in zaken als de onderhavige, waar de (gesteld) onrechtmatige berichten waren gepubliceerd op websites die wereldwijd konden worden geraadpleegd. De schade die Dahabshiil stelde te lijden – reputatieschade – kon daarom in een veelvoud van landen zijn ingetreden. Het gerechtshof had kunnen opteren voor het zogenaamde mozaïekprincipe, door het recht van die verschillende landen op distributieve wijze toe te passen.¹⁶ Het koos echter voor een andere bena-

13 Zie bijv. Rb. Amsterdam 15 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW9838; Hof 's-Hertogenbosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4278; Rb. Amsterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3492.

14 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1054, *NJ* 2016/354, m.nt. Th.M. de Boer (*Dahabshiil*).

15 Zowel het gerechtshof als de Hoge Raad namen aan dat de exceptie van art. 1 lid 2 sub g Rome II ook van toepassing is wanneer de benadeelde een niet-natuurlijk persoon is. In de literatuur is dit echter wel in twijfel getrokken, zie bijv. I. Bach, 'Scope', in: P. Huber (red.), *Rome II Regulation*, München: Sellier 2011, p. 55.

16 Zie o.a. J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Apeldoorn: Maklu 2015, nr. 251; G. van Calster, *European Private International Law*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 252.

dering door aansluiting te zoeken bij de uitleg van het Hof van Justitie van de EU van het begrip ‘plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen’ uit het Europese bevoegdheidsrecht.¹⁷ In dat kader wordt voor gevallen waarin sprake is van een schending van een persoonlijkheidsrecht via het internet (onder meer) aangeknoopt bij de plaats waar het slachtoffer het centrum van zijn belangen heeft – meestal zijn gewone verblijfplaats.¹⁸ Op grond van deze redenering achtte het gerechtshof het recht toepasselijk van het land waar Dahabshii het centrum van haar belangen heeft: Engeland.

5 De risico’s van toepasselijkheid buitenlands smaadrecht

De oplossing van het gerechtshof, in cassatie gesanctioneerd door de Hoge Raad, heeft als voordeel dat alle vorderingen door hetzelfde recht worden beheerd. In zijn conclusie overwoog advocaat-generaal Vlas dat hiermee de voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen wordt vergroot en een redelijk evenwicht wordt geboden tussen de belangen van de partijen. De laedens zal immers meestal wel bekend zijn met de plaats waar de gelaedeerde het centrum van zijn belangen heeft.¹⁹

Toch kan men zich afvragen of het aanknopingscriterium van het centrum van de belangen van het slachtoffer zich werkelijk leent voor de vaststelling van het toepasselijk recht in smaadzaken. Anders dan de Europese bevoegdheidsregels, waarbij het gaat om de distributie van de bevoegdheid tussen de rechten *van lidstaten*, kent de Rome II-Verordening een zogenaamde universele reikwijdte: artikel 3 bepaalt dat het door de verordening aangewezen recht van toepassing is, ongeacht of dit het recht van een EU-lidstaat is. De aanvaarding van het centrum-van-belangencriterium kan er dus toe leiden dat de Nederlandse rechter verplicht is om in een zaak buitenlandse wetgeving toe te passen die veel strikter is dan het Nederlandse recht. Deze ‘import’ van vreemd smaadrecht kan vervolgens leiden tot een – naar Nederlandse maatstaven – overmatige bescherming van de eer en goede naam van de gelaedeerde, ten koste van de vrijheid van meningsuiting en persvrijheid.

Strikte smaadwetgeving is overigens niet voorbehouden aan landen als Noord-Korea en Iran. Ook westerse democratieën gaan steeds vaker over tot aanscherping van hun (straf- en/of civiele) wetgeving inzake smaad en laster van gezagdragers en andere

17 Art. 7 sub 2 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (*PbEU* 2012, L 351/1).

18 HvJ EU 25 oktober 2011, gevoegde zaken C-509/09 en C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 (*eDate Advertising en Martinez*), punten 48-49.

19 Concl. A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2016:71, bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:71, *NJ* 2016/354, m.nt. Th.M. de Boer (*Dahabshii*).

publieke figuren,²⁰ of overwegen dit tenminste.²¹ Het in *Dahabshiil* toepasselijk geachte Engelse smaadrecht staat internationaal al decennialang bekend als eisersvriendelijk, onder meer doordat de bewijslast ten aanzien van de vraag of de mededeling in kwestie waar is, ligt bij degene wiens aansprakelijkheid in het geding is.²² Deze bewijslastverdeling kan, zo blijkt uit de Engelse rechtspraak, verregaande gevolgen hebben voor de gedaagde.²³

De uitwassen van aanknopng bij het centrum van de belangen van het slachtoffer voor het toepasselijk recht kunnen worden bestreden door middel van de openbare-orde-exceptie. Op grond van zowel artikel 26 Rome II als artikel 10:6 BW kan de Nederlandse rechter buitenlands recht wegens kennelijke onverenigbaarheid met de Nederlandse openbare orde buiten toepassing laten. Betoogd kan worden dat strijdigheid met de Nederlandse persvrijheid en vrijheid van meningsuiting een beroep op deze exceptie rechtvaardigt. Daar staat tegenover dat de openbare orde dient te worden ingezet als *ultimum remedium*, waardoor het maar de vraag is of de Nederlandse rechter daadwerkelijk hierop zal teruggrijpen om bijvoorbeeld de Engelse bewijslast-

- 20 Zo laat de meest recente World Press Freedom Index, die wordt gepubliceerd door de non-profit organisatie Reporters Without Borders, zien dat de persvrijheid wereldwijd onder druk staat, zie <https://rsf.org/en/2017-world-press-freedom-index-tipping-point> (geraadpleegd op 14 juni 2017). Volgens de Amerikaanse NGO Freedom House daalde de persvrijheid in 2016 tot het laagste niveau sinds 2003, zie <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/freedom-press-2017> (geraadpleegd op 14 juni 2017).
- 21 Zo deed de toenmalige presidentskandidaat Donald Trump in 2016 tijdens zijn campagne voor de Amerikaanse presidentsverkiezingen de uitspraak: 'We're going to open up those libel laws. So when The New York Times writes a hit piece which is a total disgrace or when The Washington Post, which is there for other reasons, writes a hit piece, we can sue them and win money instead of having no chance of winning because they're totally protected.' Zie <https://www.nytimes.com/2017/03/30/us/politics/can-trump-change-libel-laws.html> (geraadpleegd op 14 juni 2017). Hierbij dient de kantekening te worden geplaatst dat de bevoegdheid om civiele smaadwetgeving uit te vaardigen niet ligt bij de Amerikaanse federale wetgever, maar bij de staten.
- 22 De bewijslastverdeling behoort op grond van art. 22 lid 1 Rome II-Verordening tot de onderwerpen die worden beheerst door het door Verordening aangewezen recht.
- 23 Zie bijvoorbeeld *Irving v. Penguin Books Limited, Deborah E. Lipstadt* [2000] EWHC QB 115. Deze beruchte zaak, die in 2016 werd verfilmd onder de titel *Denial*, betrof een vordering op basis van smaad ingesteld door de Engelse auteur David Irving tegen de Amerikaanse Holocaustonderzoeker Deborah Lipstadt, die hem in een boek had geïdentificeerd als Holocaustontkenner, racist en antisemiet. Vanwege de bewijslastverdeling in het Engelse recht moest Lipstadt voor de rechter bewijzen dat de Holocaust daadwerkelijk had plaatsgevonden. Overigens is de Engelse smaadwetgeving enkele jaren geleden aangepast door middel van de invoering van de Defamation Act 2013 (van toepassing op smaad en laster gepleegd op of na 1 januari 2014), waarin onder meer het verweermiddelenarsenaal van de gedaagde is uitgebreid. Met de wet is tevens getracht het fenomeen van 'smaadtoerisme' naar het Verenigd Koninkrijk tegen te gaan, onder meer door een aanpassing van de jurisdictieregels voor eisers uit niet-EU-lidstaten. De voor de eiser gunstige bewijslastverdeling is echter grotendeels in stand gebleven.

verdeling buiten de deur te houden. In *Dahabshiil* besteedt het gerechtshof noch de Hoge Raad hier aandacht aan.

6 Oplossing: (beperkte) toepassing van de *lex fori*

Aan de door artikel 10:159 BW voorgeschreven analogische toepassing van de Rome II-Verordening in smaad- en lasterzaken kleven belangrijke bezwaren en het is de vraag of de wetgever deze bij het opstellen van de bepaling heeft overzien. Naar mijn mening is sprake van een weeffout, die herstel behoeft. De wetgever heeft hierbij de keuze uit de volgende alternatieven. De eerste optie is de herziening van de Rome II-Verordening af te wachten, in de hoop dat de Europese wetgever met een oplossing komt. In de tussentijd kan de rechter de meest kwalijke gevolgen van de huidige regeling tegengaan door middel van de openbare-orde-exceptie.

Aangezien een concreet vooruitzicht op een Europese regeling vooralsnog ontbreekt, geniet de tweede, verdergaande, optie mijn voorkeur: reparatie van de weeffout door in Boek 10 BW een conflictregel te introduceren die is toegespitst op inbreuken op persoonlijkheidsrechten. Een mogelijkheid, die in de literatuur wel is verdedigd, is deze inbreuken geheel te laten beheersen door de *lex fori*.²⁴ De Nederlandse wetgever zou echter ook inspiratie kunnen putten uit het eerdergenoemde Commissievoorstel door een conflictregel in te voeren die verwijst naar het recht van het land waar de schade is geleden, maar die de rechter tevens verplicht de vrijheid van meningsuiting en nieuwsgaring, zoals deze in Nederland wordt gewaarborgd, te eerbiedigen.

²⁴ Zie Wagner 2008, p. 10.