



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

David en Goliath in cyberspace: de kruistocht van Max Schrems en het Europese bevoegdheidsrecht

none of your business: een studentenuitwisseling met grote gevolgen

van Hoek, A.A.H.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Ars Aequi

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Hoek, A. A. H. (2018). David en Goliath in cyberspace: de kruistocht van Max Schrems en het Europese bevoegdheidsrecht: none of your business: een studentenuitwisseling met grote gevolgen. *Ars Aequi*, 67(12), 1028-1039. <https://arsaequi.nl/product/david-en-goliath-in-cyberspace-de-kruistocht-van-max-schrems-en-het-europees-bevoegdheidsrecht/>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

David en Goliath in cyberspace: de kruistocht van Max Schrems en het Europees bevoegdheidsrecht

None of your business: een studentenuitwisseling met grote gevolgen

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

HvJ EU 25 januari 2018, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37 (*Schrems / Facebook Ireland Ltd.*; justitiële samenwerking in burgerlijke zaken)

Tijdens een uitwisselingsprogramma aan de Santa Clara University in Silicon Valley woonde de Oostenrijkse rechtenstudent Maximilian Schrems een gastlezing bij van een van de juristen van Facebook. Getriggerd door wat hij daar hoorde, vroeg hij bij Facebook de gegevens op die dit bedrijf over hem had verzameld en publiceerde de overhandigde 1200 pagina's (geanonimiseerd) op internet. Dit was de start van een jarenlange strijd om de privacy – tegen bedrijven als Facebook en Google, maar ook tegen de instanties die geacht worden hierop toezicht te houden. Zijn *claim to fame* kwam met het winnen van de zaak tegen de Ierse privacywaakhond over de geldigheid van de afspraken die de EU met de VS had gemaakt op het gebied van gegevensuitwisseling (het Safe Harbour-akkoord). Deze zaak was begonnen met een door Schrems bij de Ierse toezichthouder ingediende klacht over het privacybeleid van Facebook Ireland.¹

Facebook Ireland Ltd. is het bedrijfsonderdeel binnen het Facebookconcern dat tot voor kort Facebookdiensten verleende aan alle gebruikers buiten de VS en Canada.² Sinds de uitspraak van het Hof van Justitie in de boven

genoemde zaak mag het in Dublin gevestigde bedrijf geen gegevens meer uitwisselen met Facebook USA op basis van de – immers ongeldig verklaarde – Safe Harbour-afspraken. Echter: Facebook Ireland stelt dat ze dat ook niet doen, maar de – nog steeds plaatsvindende – uitwisseling kunnen baseren op toestemming van de individuele consument. Hiertegen heeft Schrems opnieuw bezwaar gemaakt – zowel in Ierland (de thuishaven van Facebook Ireland Ltd.) als Oostenrijk (zijn eigen woonplaats). De uitspraak die hier wordt besproken maakt deel uit van deze tweede ronde van procedures en betreft de in Oostenrijk aangespannen civiele procedure tegen Facebook Ireland.³ Inmiddels is ronde drie van start gegaan met het indienen van diverse klachten tegen (opnieuw) Facebook, Google, Instagram en WhatsApp, dit keer op basis van de op 25 mei 2018 in werking getreden nieuwe Europese algemene verordening gegevensbescherming (AVG).⁴

De kruistocht van Schrems mag dan begonnen zijn uit persoonlijke interesse en bezorgdheid, inmiddels runt deze 31-jarige Oostenrijkse jurist een geoliede organisatie op het gebied van de privacybescherming.⁵ De procedure

1 Arrest van het Hof (Grote Kamer) van 6 oktober 2015, Maximilian Schrems tegen Data Protection Commissioner, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650. Zie hierover o.a. H. Kuchler, 'Max Schrems: the man who took on Facebook – and won', *Financial Times* 5 april 2018.

2 D. Paulus, 'Keine unechten Sammelklagen in Verbrauchersachen', *Neue juristische Wochenschrift* 2018, p. 988. Inmiddels lijkt Facebook niet-EU-gebruikers te verhuizen naar buiten het bereik van de nieuwe privacyverordening: zie www.theregister.co.uk/2018/04/19/facebook_shifts_users/.

3 Naast deze procedure speelt o.a. nog zaak C-311/18: Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de High Court (Ierland) op 9 mei 2018 – (*Data Protection Commissioner / Facebook Ireland Limited, Maximilian Schrems*), PbEU C 249, 16 juli 2018, p. 15-17.

4 www.irishtimes.com/business/technology/max-schrems-files-first-cases-under-gdpr-against-facebook-and-google-1.3508177, <https://noyb.eu/>

en R. Hill, 'Max Schrems is back: Facebook, Google hit with GDPR complaint. "Forced consent" is no consent, state legal challenges', 25 mei 2018 om 12.36 uur op www.theregister.co.uk/2018/05/25/schrems_is_back_facebook_google_get_served_gdpr_complaint/.

5 Naast de organisatie 'None Of Your Business' (<https://noyb.eu/>) en sinds 2012 ook een Verein zur Durchsetzung des Grundrechts auf Datenschutz: zie Paulus 2018, p. 988.

in Oostenrijk was een zeer professioneel opgezette *class action*.⁶ Een professional heeft echter in het internationaal privaatrecht niet dezelfde rechten als een consument – zo kan een beschermde consument een procedure tegen zijn wederpartij starten bij de rechter van zijn eigen woonplaats terwijl een professionele partij als eiser in beginsel dient te procederen in de woonplaats van de verweerder.

In casu had Schrems met een beroep op de consumentenbescherming van de Brussel I Verordening niet alleen namens zichzelf een procedure gestart in zijn woonplaats maar ook claims ingediend die hij ontleende aan belanghebbenden uit andere landen, zowel binnen als buiten de EU. Kan Schrems zich in deze situatie beroepen op de processuele voordelen die het internationaal privaatrecht aan consumenten biedt? Of meer specifiek: kan hij in zijn eigen woonplaats procedures aanspannen tegen de techgiganten – ook namens andere consumenten?

Als spoiler geven we hier vast het dictum weer.

¹ Artikel 15 van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, moet aldus worden uitgelegd dat een gebruiker van een particuliere Facebookaccount niet de hoedanigheid van “consument” in de zin van deze bepaling verliest wanneer hij boeken publiceert, lezingen houdt, websites exploiteert, giften inzamelt en de rechten van talrijke consumenten aan zich laat cederen om deze rechten te doen gelden in rechte.

² Artikel 16, lid 1, van verordening nr. 44/2001 moet aldus worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op de vordering van een consument die ertoe strekt om bij het forum actoris niet alleen zijn eigen rechten geldend te maken maar ook rechten die hem werden gecedeerd door andere consumenten met woonplaats in dezelfde lidstaat, in andere lidstaten of in derde landen.

Beide aspecten van de uitspraak zal ik in de noot aan een nader onderzoek onderwerpen. Daarmee beperkt de noot zich overigens tot het internationaal privaatrecht. Het onderliggende geschil, dat betrekking heeft op de privacybescherming en het materiële consumentenrecht, zal nadrukkelijk niet worden besproken. Daarvoor verwijs ik de geïnteresseerde lezers naar de commentaren op de eerste *Facebook*-uitspraak⁷ en op de nu aanhangige procedures. Dit commentaar beperkt zich tot het IPR.

Het arrest – belangrijkste overwegingen

Met betrekking tot de feiten

¹⁰ Schrems gebruikt het sociale netwerk Facebook sinds 2008. Aanvankelijk gebruikte hij dit sociale netwerk uitsluitend voor particuliere doeleinden onder een valse naam. Sinds 2010 maakt hij gebruik van een Facebookaccount waar zijn naam met Cyrillische leetertekens is geschreven zodat hij niet op naam kan worden opgezocht. Hij gebruikt dit account alleen voor zijn particuliere activiteiten zoals het uitwisselen van foto's, het chatten met en het plaatsen van berichten voor ongeveer 250 vrienden. Daarnaast gebruikt hij sinds 2011 een door hem geregistreerde en opgestelde Facebookpagina om de internetgebruikers te informeren over de stappen die hij tegen Facebook Ireland onderneemt, zijn lezingen, deelnames aan podiumdiscussies en verschijningen in de media, en ook voor oproepen om giften te doen en reclame te maken voor zijn boeken.

[...]

¹² Over de stappen die hij heeft genomen tegen vermeende inbreuken op de gegevensbescherming heeft Schrems twee boeken gepubliceerd, lezingen gegeven (waarvan sommige tegen betaling) bij onder meer professionele organisatoren, en meerdere websites opgezet zoals blogs, onlinepetities en crowdfundingacties voor de procedures tegen verweerster in het hoofdgeding. Hij heeft ook een vereniging opgericht voor de handhaving van het fundamentele recht op gegevensbescherming, verschillende onderscheidingen gekregen en zich door meer dan 25000 personen van over de hele wereld rechten laten cederen om deze geldend te maken in de onderhavige procedure.

¹³ De door Schrems opgerichte vereniging voor de handhaving van de gegevensbescherming heeft geen winstoogmerk en is gericht op de handhaving van het fundamentele recht op gegevensbescherming, de daartoe noodzakelijke begeleidende informatieverstrekking en media-activiteiten alsook politieke bewustmaking. De vereniging beoogt financiële ondersteuning te bieden voor modelprocedures van openbaar belang tegen ondernemingen die een mogelijke bedreiging vormen voor dit fundamentele recht. Ook worden de nodige financiële middelen beschikbaar gesteld en daartoe giften ingezameld, beheerd en uitgekeerd.

¹⁴ Schrems stelt in wezen dat verweerster talrijke inbreuken pleegt op gegevensbeschermingsrechtelijke regelingen zoals onder meer het Datenschutzgesetz 2000 (Oostenrijkse gegevensbeschermingswet van 2000), de Data Protection Act 1988 (Ierse gegevensbeschermingswet van 1988) en Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB 1995, L 281, blz. 31).

¹⁵ Schrems heeft bij het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (rechter in eerste aanleg voor civiele zaken Wenen, Oostenrijk) omstandige vorderingen ingesteld: ten eerste, tot vaststelling van de loutere hoedanigheid van dienstverrichter van verweerster in het hoofdgeding en haar gehoudenheid aan instructies dan wel van haar hoedanigheid van gebruiker voor zover de gegevensverwerking voor eigen doeleinden plaatsvindt, alsook van de ongeldigheid van contractuele bedingen over de gebruiksvoorwaarden, ten tweede, tot staking van het gebruik van zijn gegevens voor haar eigen doeleinden of voor doeleinden van derden, ten derde, tot verstrekking van informatie over het gebruik van zijn gegevens en, ten vierde, tot het afleggen van rekening en verantwoording en het nemen van initiatieven met betrekking tot de aanpassing van de contractuele voorwaarden, vergoeding van de geleden schade en ongerechtvaardigde verrijking.

¹⁶ Hij stelt zich daartoe te kunnen baseren op zowel zijn eigen rechten als de soortgelijke rechten die zeven andere medecontractanten van verweerster in het hoofdgeding, die eveneens consumenten zijn en in Oostenrijk, Duitsland of India wonen, aan hem hebben gecedeerd met het oog op zijn vordering tegen Facebook Ireland.

¹⁷ Volgens Schrems is de voornoemde rechter als forum consumentis internationaal bevoegd volgens artikel 16, lid 1, van verordening nr. 44/2001.

¹⁸ Facebook Ireland werpt onder meer de exceptie van het ontbreken van internationale bevoegdheid op.

De prejudiciële vraag

²⁴ In die omstandigheden heeft het Oberste Gerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

“¹ Dient artikel 15 van verordening nr. 44/2001 aldus te worden uitgelegd dat een ‘consument’, in de zin van deze bepaling, die hoedanigheid verliest indien hij – na langdurig gebruik van een particuliere Facebookaccount om zijn rechten uit te oefenen – boeken publiceert, lezingen houdt (soms ook tegen betaling), websites exploiteert, giften inzamelt om de rechten te kunnen uitoefenen, en de rechten van talrijke consumenten aan zich laat cederen onder de belofte dat een mogelijke procesopbrengst, na aftrek van de proceskosten, aan hen zal worden overgemaakt?”

² Dient artikel 16 van verordening nr. 44/2001 aldus te worden uitgelegd dat een consument in een lidstaat tezamen met zijn eigen rechten uit een consumententransactie bij het forum actoris ook gelijklopende rechten van andere consumenten met woonplaats

- a) in dezelfde lidstaat,
- b) in een andere lidstaat, of
- c) in een derde land,

⁶ Zie o.a. A-G Bobek, Conclusie van 14 november 2017, ECLI:EU:C:2017:863, par. 15, www.fbclaim.com/ui/register en <https://noyb.eu/>.

⁷ De website van het Hof van Justitie vermeldt bij het arrest meer dan honderd noten waarvan zeven in het Nederlands.

geldend kan maken, indien deze uit consumententransacties met dezelfde verwerende partij in dezelfde juridische context voortvloeiende rechten aan hem werden gecedeerd, en de cessietransactie geen deel uitmaakt van een handels- of beroepsactiviteit van verzoeker maar de gezamenlijke uitoefening van de rechten tot doel heeft?”

Beantwoording – eerste vraag

27 In het stelsel van verordening nr. 44/2001 geldt het in artikel 2, lid 1, van deze verordening neergelegde algemene beginsel dat de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de verweerder woonplaats heeft bevoegd zijn. Slechts bij wijze van uitzondering op dit beginsel voorziet die verordening in een limitatieve opsomming van de gevallen waarin de verweerder kan of moet worden opgeroepen voor het gerecht van een andere lidstaat. Bijgevolg moeten de bevoegdheidsregels die van het algemene beginsel afwijken, eng worden uitgelegd, in die zin dat zij niet kunnen worden uitgebreid tot buiten de uitdrukkelijk in die verordening vermelde gevallen (zie in die zin arrest van 20 januari 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, punt 32).

28 Hoewel aan de in verordening nr. 44/2001 gebruikte begrippen, inzonderheid die in artikel 15, lid 1, ervan, een autonome uitlegging moet worden gegeven, waarbij vooral te rade moet worden gegaan bij het stelsel en de doelstellingen van die verordening, teneinde de uniforme toepassing daarvan in alle lidstaten te verzekeren (arrest van 28 januari 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak), moet ook rekening worden gehouden met het begrip “consument” in andere Unierechtelijke regelingen, teneinde de doelstellingen van de Uniewetgever op het gebied van consumentenovereenkomsten te verwezenlijken en de coherentie van het Unierecht te verzekeren (arrest van 5 december 2013, Vapenik, C-508/12, EU:C:2013:790, punt 25).

29 In dat verband heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip “consument” in de zin van de artikelen 15 en 16 van verordening nr. 44/2001 restrictief moet worden uitgelegd, door aansluiting te zoeken bij de positie van deze persoon in een bepaalde overeenkomst, rekening houdend met de aard en het doel van deze overeenkomst, en niet bij de subjectieve situatie van deze persoon, aangezien eenzelfde persoon voor sommige verrichtingen als consument en voor andere verrichtingen als marktdeelnemer kan worden beschouwd (zie in die zin arresten van 3 juli 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, punt 16, en 20 januari 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, punt 36).

30 Het Hof heeft daaraan de conclusie verbonden dat onder de in de voormelde verordening opgenomen bijzondere regeling ter bescherming van de consument die als de zwakke partij wordt beschouwd, enkel overeenkomsten vallen die, los en onafhankelijk van enige beroepsmatige activiteit of doelstelling, uitsluitend worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier, terwijl deze bescherming in geval van overeenkomsten met een beroepsmatig doel niet gerechtvaardigd is (zie in die zin arrest van 20 januari 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, punt 36).

31 Bijgevolg zijn de bijzondere bevoegdheidsregels van de artikelen 15 tot en met 17 van verordening nr. 44/2001 in beginsel enkel van toepassing indien de overeenkomst tussen partijen is gesloten voor een niet-beroepsmatig gebruik van het betrokken goed of de betrokken dienst (zie in die zin arrest van 20 januari 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, punt 37).

32 Wat in het bijzonder een persoon betreft die een overeenkomst sluit voor een gebruik dat gedeeltelijk betrekking heeft op zijn beroepsactiviteit en daarvan dus slechts gedeeltelijk losstaat, heeft het Hof geoordeeld dat die persoon zich op de voormelde bepalingen kan beroepen indien deze overeenkomst zo losstaat van de beroepsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, waarvoor deze overeenkomst is gesloten, slechts een onbetekenende rol speelt (zie in die zin arrest van 20 januari 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, punt 39).

33 In het licht van deze beginselen dient te worden onderzocht of een gebruiker van een Facebookaccount, in omstandigheden als die van het hoofdgeding, al dan niet de hoedanigheid van “consument” in de zin van artikel 15 van verordening nr. 44/2001 verliest.

34 In dit verband blijkt met name uit de verwijzingsbeslissing dat Schrems aanvankelijk, tussen 2008 en 2010, een Facebookaccount heeft gebruikt die hij uitsluitend voor particuliere doeleinden had geopend, terwijl hij sinds 2011 ook gebruik heeft gemaakt van een Facebookpagina.

35 Volgens verzoeker in het hoofdgeding bestaan er twee afzonderlijke overeenkomsten, namelijk een voor de Facebookpagina en een voor de Facebookaccount. Volgens Facebook Ireland daarentegen maken de Facebookaccount en de Facebookpagina deel uit van eenzelfde contractuele betrekking.

36 Hoewel het aan de verwijzende rechter staat om te bepalen of Schrems en Facebook Ireland in feite door één dan wel door meerdere overeenkomsten zijn gelieerd en daaraan de consequenties te verbinden wat de hoedanigheid van “consument” betreft, dient te worden gepreciseerd dat zelfs een eventuele contractuele band tussen de Facebookaccount en de Facebookpagina de beoordeling van die hoedanigheid aan de hand van de in de punten 29 tot en met 32 van dit arrest in herinnering gebrachte beginselen onverlet laat.

37 In het kader daarvan en overeenkomstig het in punt 29 van dit arrest in herinnering gebrachte vereiste om het begrip “consument” in de zin van artikel 15 van verordening nr. 44/2001 restrictief uit te leggen, dient met name rekening te worden gehouden met het latere verloop van het gebruik dat wordt gemaakt van diensten van een digitaal sociaal netwerk, wanneer deze diensten langdurig worden gebruikt.

38 Deze uitlegging impliceert met name dat een verzoeker die dergelijke diensten gebruikt, zich enkel op de hoedanigheid van consument kan beroepen indien het in wezen niet-beroepsmatig gebruik ervan, waarvoor hij de overeenkomst initieel heeft gesloten, naderhand geen in wezen beroepsmatig karakter heeft verkregen.

39 Niettemin, aangezien het begrip “consument” tegenover dat van “economisch subject” staat (zie in die zin arresten van 3 juli 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, punt 16, en 20 januari 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, punt 36) en losstaat van de kennis en de informatie waarover de betrokken persoon daadwerkelijk beschikt (arrest van 3 september 2015, Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punt 21), ontnemen noch de expertise die deze persoon mogelijkterwijs verwerft op het gebied van de voormelde diensten, noch zijn inspanningen voor de vertegenwoordiging van de rechten en belangen van de gebruikers ervan, hem de hoedanigheid van “consument” in de zin van artikel 15 van verordening nr. 44/2001.

40 Een uitlegging volgens welke dergelijke activiteiten uitgesloten zijn van het begrip “consument” zou er immers op neerkomen dat consumenten de rechten waarover zij ten aanzien van professionele wederpartijen beschikken, daaronder begrepen die betreffende de bescherming van hun persoonsgegevens, niet doeltreffend kunnen afdwingen. Een dergelijke uitlegging zou voorbijgaan aan de in artikel 169, lid 1, VWEU verwoorde doelstelling om hun recht van vereniging ter behartiging van hun belangen te bevorderen.

41 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 15 van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat een gebruiker van een particuliere Facebookaccount niet de hoedanigheid van “consument” in de zin van deze bepaling verliest wanneer hij boeken publiceert, lezingen houdt, websites exploiteert, giften inzamelt en de rechten van talrijke consumenten aan zich laat cederen om deze rechten te doen gelden in rechte.’

Beantwoording – tweede vraag

43 Dienaangaande moet er allereerst aan worden herinnerd dat de bevoegdheidsregels van afdeling 4 van hoofdstuk II van verordening nr. 44/2001 afwijken van zowel de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2, lid 1, van deze verordening, waarbij bevoegdheid wordt verleend aan de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de verweerder woonplaats heeft, als van de in artikel 5, punt 1, van die verordening geformuleerde bijzondere bevoegdheidsregel inzake overeenkomsten, volgens welke de bevoegdheid toekomt aan het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Die regels moeten dus noodzakelijkerwijs eng worden uitgelegd (zie arrest van 28 januari 2015, Kolassa, zaak C-375/13, EU:C:2015:37, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Voorts heeft het Hof reeds verklaard dat, aangezien de bijzondere regeling van de artikelen 15 en volgende van verordening nr. 44/2001 is ingegeven door het streven om de consument als de economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractspartij te beschermen, de consument slechts beschermd is voor zover hij persoonlijk eiser of verweerder in een rechtsgeding is. Bijgevolg is het forum consumentis niet van toepassing op de eiser die niet zelf partij is bij de betrokken consumentenovereenkomst (zie in die zin arrest van 19 januari 1993, Shearson Lehman Hutton, C-89/91, EU:C:1993:15, punten 18, 23 en 24). Deze overwegingen dienen eveneens te gelden voor een consument die cessionaris is van rechten van andere consumenten.

45 De bevoegdheidsregels die voor door consumenten gesloten overeenkomsten in artikel 16, lid 1, van de voormelde verordening zijn neergelegd, zijn volgens de bewoordingen van die bepaling immers enkel van toepassing op de vordering die de consument instelt tegen de wederpartij bij de overeenkomst, hetgeen noodzakelijkerwijs impliceert dat de consument met de verwerende handelaar een overeenkomst heeft gesloten (arrest van 28 januari 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, punt 32).

46 De voorwaarde dat er een overeenkomst is gesloten tussen de consument en de verwerende beroepsbeoefenaar zorgt ervoor dat kan worden voorspeld welk gerecht bevoegd is, wat volgens overweging 11 van verordening nr. 44/2001 een van de doelstellingen van deze verordening is.

47 Tot slot, en in tegenstelling tot wat in het kader van de onderhavige procedure door zowel Schrems als de Oostenrijkse en de Duitse regering is aangevoerd, is het niet omdat de cessionaris-consument hoe dan ook bij het gerecht van de plaats waar hij woonplaats heeft een vordering kan instellen op grond van de rechten die voor hem persoonlijk uit een met de verweerder gesloten overeenkomst voortvloeien en die analoog zijn met de rechten die aan hem zijn gecedeerd, dat ook deze laatste rechten tot de bevoegdheid van dat gerecht behoren.

48 Zoals het Hof immers in een andere context heeft gepreciseerd, kan een overdracht van een vordering op zich geen invloed hebben op de bepaling van het bevoegde gerecht (arresten van 18 juli 2013, ÓFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, punt 58, en 21 mei 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, punt 35). Het is dan ook niet mogelijk dat andere dan de uitdrukkelijk door verordening nr. 44/2001 aangeduide gerechten bevoegd worden wanneer men meerdere rechten bij een enkele verzoeker bundelt. Zoals de advocaat-generaal in punt 98 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, kan een cessie zoals die in het hoofdgeding derhalve geen nieuw forum creëren ten gunste van de consument-cessionaris.

49 Gelet op het voorgaande dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 16, lid 1, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op de vordering van een consument die ertoe strekt om bij het forum actoris niet alleen zijn eigen rechten geldend te maken maar ook rechten die hem werden gecedeerd door andere consumenten met woonplaats in dezelfde lidstaat, in andere lidstaten of in derde landen.⁸

Noot

To be or not to be a consumer

Zowel de Brussel I bis-verordening over bevoegdheid van de rechter in civiele en handelszaken⁸ als de Rome I-verordening over het toepasselijke recht op overeenkomsten⁹ kennen een aparte regeling voor consumentencontracten. In beide gevallen is het uitgangspunt dat een consument in de verhouding tot professionele aanbieders van goederen en diensten in een zwakkere (onderhandelings) positie verkeert. Daarom is het voor de effectieve handhaving en borging van de Europese en nationale consumentenbescherming nodig om deze consument ook in het internationaal privaatrecht een handje te helpen met speciale regels. Voor het bevoegdheidsrecht geldt dat de (beschermde) consument altijd de keuze heeft om in zijn eigen woonplaats te procederen terwijl zijn wederpartij geen keuze heeft en uitsluitend terecht kan bij de rechters van het land waar de consument woont. Vervolgens zorgt de regeling van artikel 5 Rome I ervoor dat op de overeenkomst van de beschermde consument ook het recht van het woonland van deze consument van toepassing is. Van deze regelingen kan niet ten nadele van de consument worden afgeweken door in het contract zelf of de algemene voorwaarden een keuze te maken voor de rechter van een

ander land (meestal het land van vestiging van de gebruiker ervan; forumkeuze) en een ander toepasselijk recht (rechtskeuze).

Een beschermde consument kan dus altijd terugval- len op zijn eigen recht, en dit zo nodig afdwingen bij de rechter van zijn eigen woonplaats. Daarnaast bevat het Europese *materiële* consumentenrecht bescherming tegen het opnemen van arbitrageclausules en forumkeuzes in de algemene voorwaarden. Hierdoor kan in de EU niet gebeuren wat in de VS staande praktijk is, namelijk dat aanbieders als Facebook, Google en Amazon door een arbitrageclausule in hun algemene voorwaarden op te nemen, niet alleen individuele rechtszaken voorkomen, maar ook een blokkade opwerpen tegen collectieve acties zoals de door Max Schrems georganiseerde acties tegen Facebook.¹⁰

Professionele partijen genieten een dergelijke bescherming niet. Dit is ook goed te zien in de algemene voorwaarden van Facebook en Amazon. Zo valt op de website van Facebook.nl het volgende te lezen over geschillenbeslechting:

'Als je een consument bent en in een lidstaat van de Europese Unie woont, zijn de wetten van die lidstaat van toepassing op alle vorderingen, redenen voor een rechtsvordering of geschillen die je tegen ons hebt, die voortvloeien uit of verband houden met deze Voorwaarden of de Facebook-producten ("vordering"). Je kunt deze vordering aanhangig maken bij elke bevoegde rechtbank in die lidstaat die jurisdictie heeft over de vordering. In alle andere gevallen ga je ermee akkoord dat de vordering moet worden behandeld in een bevoegde rechtbank in Ierland en dat de Ierse wetgeving deze Voorwaarden en alle vorderingen beheerst, ongeacht de collisioneregels.¹¹

De Europese webpagina's van Amazon kennen een soortgelijke regeling, waarin voor niet-consumenten een keuze is opgenomen voor de Luxemburgse rechter onder toepassing van het recht van Luxemburg.¹² Google verwijst voor geschillen over zijn gebruiksvoorwaarden naar het recht van Californië en de rechter van Santa Clara County, Cal., VS maar erkent daarbij dat deze clausules niet in alle landen zijn toegestaan.

Het maakt dus nogal wat uit of je een beschermde consument bent en of je deze hoedanigheid ook behoudt als je, zoals in het geval van Schrems tegen Facebook, de klachten van verschillende consumenten bundelt om ze – al dan niet in de vorm van een collectieve actie – aan te brengen bij de rechter van je eigen woonplaats.

Artikel 17 Brussel I bis omschrijft de groep personen die door de bevoegdheidsregeling voor consumentenovereenkomsten wordt beschermd aan de hand van een aantal criteria. Allereerst moet er sprake zijn van een overeenkomst gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd. Deze consument wordt beschermd als hij een bepaald type overeenkomst sluit dat

8 Verordening (EU) 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, *PbEU* 2012, L 351/1-32.

9 Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het

recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEG* 2018, L 177/6-16.

10 Zie over dit verschil o.a. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/25/consumer-arbitration-will-the-two-different-worlds-across-the-ocean-converge/>. Voor een voorbeeld van de Amerikaanse praktijk zie de algemene voorwaarden van amazon.com.

11 Met 'collisioneregels' worden vermoedelijk de verwijzingsregels bedoeld – de keuze voor Iers recht is er dus een voor het materiele Ierse contractenrecht en niet (ook) voor het Ierse IPR.

12 Overigens onder uitsluiting van het Weens Koopverdrag, zie hiervoor o.a. de websites van Amazon.nl en Amazon.de.

als extra riskant wordt gezien, zoals een koop of verkoop op afbetaling en voor de koop van roerende zaken afgesloten leningen. Vervoersovereenkomsten worden daarentegen juist van de werkingssfeer van de consumententitel uitgesloten. Voor alle andere typen transacties geldt dat de consument alleen beschermd wordt als de wederpartij een professionele aanbieder is die actief is in het land waar de consument woont of minst genomen zijn activiteiten mede op dat land richt. Voor deze 'overige overeenkomsten' geldt dus dat peer-to-peer-overeenkomsten, die worden gesloten tussen twee niet-professionele partijen, niet onder de regeling voor consumentenovereenkomsten vallen.¹³ Maar ook tegenover een professionele partij is een beroep op de consumentenbescherming in het internationaal privaatrecht niet altijd mogelijk: bijvoorbeeld als je tijdens een vakantie in het buitenland bij een alleen lokaal actieve winkel iets hebt aangeschaft dat niet aan je verwachting voldoet.

In verschillende arresten heeft het HvJ EU nader bepaald hoe vastgesteld moet worden of een aanbieder via een website zijn activiteiten richt op een bepaalde lidstaat.¹⁴ Of Facebook Ireland zich mede richt op de Oostenrijkse markt stond in dit geval niet ter discussie. Wat hier allereerst speelde was de vraag of Schrems nog als consument kon worden beschouwd nu hij ook professionele activiteiten leek te ontplooiën op Facebook.

Pas als deze eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord kon aan de orde komen of Schrems in zijn eigen woonplaats dan ook zou mogen procederen namens anderen. Daarbij speelden twee vragen een rol: kan de status van consument 'meeverhuizen' als de claim wordt overgedragen op een derde en zo ja, verhuist dan ook de woonplaats zelf – met andere woorden: kan de cessionaris dan in zijn eigen woonplaats procederen, ook als de oorspronkelijke contractspartij elders woonplaats had?

Omdat de onderhavige zaak voor 10 januari 2015 is voorgelegd aan de Oostenrijkse rechter is hierop nog de oude Brussel I-verordening ((EG) 44/2001) van toepassing. De uitspraak is echter ook relevant voor de uitleg van de huidige verordening Brussel I bis omdat de tekst van de bepaling op dit punt niet is gewijzigd.

Het begrip consument en het gebruik van nieuwe media – de uitgangspunten

Terwijl in het moderne leven werk en privé steeds meer door elkaar gaan lopen, geldt voor het recht een strikte scheiding. Dat geeft problemen bij allerlei transacties die

zowel een privé- als een zakelijk element (kunnen) hebben. Zo gebruiken veel mensen hun auto en smartphone van de zaak ook voor privédoeleinden en wordt menig dienstreisje aangegrepen om er ook privé een paar dagen uit te zijn. Overeenkomsten die deels voor privédoeleinden en deels voor professioneel gebruik worden afgesloten, worden wel aangeduid als dual-purpose-contracten. In de zaak *Gruber* werd voor het eerst aan het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of dergelijke dual-purpose-contracten kunnen worden beschouwd als consumentencontracten in de zin van het internationale bevoegdheidsrecht (toen nog opgenomen in het EEX-verdrag).¹⁵ In dat uit 2005 stammende arrest stelde het Hof dat een dergelijke overeenkomst slechts onder de consumentenbescherming valt als 'het beroepsmatige gebruik dermate marginaal is dat het in de globale context van de betrokken verrichting onbetekend is; dat het niet-beroepsmatige aspect zwaarder weegt is daarbij irrelevant'. Dit is een strengere eis dan de voorwaarde die is opgenomen in de preambule van de richtlijn consumentenrechten uit 2011: op grond daarvan vallen dual-purpose-overeenkomsten onder de consumentenbescherming zolang het niet-professionele aspect van de overeenkomst overheerst.¹⁶ Ook andere recente consumentenrichtlijnen hebben laatstgenoemde ruimere omschrijving in de preambule opgenomen.

In rechtsoverweging 28 benadrukt het Hof het belang van consistente uitleg van het Europese recht. Op grond daarvan moeten de in richtlijnen en verordeningen gebruikte begrippen zoveel mogelijk op eenzelfde wijze worden uitgelegd. Het Hof verwijst vervolgens echter uitsluitend naar eerdere arresten die betrekking hebben op het IPR en voor dual-purpose-contracten wordt het criterium van *Gruber* zonder nadere overweging overgenomen (zie r.o. 29). De ruimere definitie uit de latere consumentenrichtlijnen wordt niet in de overweging betrokken. Betekent dit nu dat er voor het bevoegdheidsrecht een strengere toets wordt aangelegd dan voor het materiële recht? Dit valt op zich misschien nog te verdedigen omdat in het bevoegdheidsrecht andere belangen tegen elkaar worden afgewogen dan in het materiële recht.¹⁷ Maar als het Hof inderdaad een onderscheid maakt naar rechtsgebied zou het wel prettig zijn als dit in het arrest ook met zoveel woorden was gezegd en beargumenteerd.

Als het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) juist geen onderscheid tussen IPR en materieel recht beoogt, maar voor beide rechtsgebieden vasthoudt aan de restrictieve omschrijving uit *Gruber*, had een nadere motivering eveneens voor de hand gelegen. Temeer daar A-G

13 Zie HvJ EU 5 december 2013, C-508/12, ECLI:EU:C:2013:790 (*Vapenik*), punt 25.

14 Zie o.a. HvJ EU 7 december 2010, C-585/08 en C-144/90, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer en Alpenhof*); HvJ EU 6 september 2012, C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542 (*Mühlleitner v Yusuf*); HvJ EU 17 oktober 2013, C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666 (*Emrek*).

15 HvJ EU 20 januari 2005, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32 (*Gruber*).

16 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende

consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad Voor de EER relevante tekst *PbEU* 2001, L 304: (17) Onder de definitie van consument dienen natuurlijke personen te vallen die buiten hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit handelen. Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactivi-

teit van de persoon liggen en het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt. Zie ook Richtlijn 2014/17/EU *PbEU* 2014, L 60/34, preambule (12).

17 Zie o.a. N. Reich & H.-W. Micklitz, 'Chapter 1. Economic Law, Consumer Interests and EU integration', in: N. Reich e.a., *European Consumer Law*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2014, p. 50 en 52.

Bobek in dit geval nadrukkelijk een ruime, bij de aard van het gebruik van nieuwe media aansluitende interpretatie had bepleit.¹⁸

Voor zowel het IPR als het materiële recht geldt overigens dat de status van consument niet afhankelijk is van de specifieke kenmerken van de betreffende persoon. De achtergrond van het verlenen van consumentenbescherming is dat consumenten in het algemeen een zwakke onderhandelingspositie hebben en ook over minder informatie beschikken dan hun professionele wederpartij.¹⁹ Maar het maakt vervolgens niet uit of iemand in het concrete geval ook inderdaad de economische zwakkere partij is en over minder informatie beschikt. Ook een in consumentenrecht gespecialiseerde advocaat is een consument voor wat betreft haar als privépersoon afgesloten transacties.²⁰ Het feit dat Schrems zich specialiseert in privacy- en IT-recht is dus irrelevant voor zijn status als consument.²¹ Dit is vaste rechtspraak. Ook is de status van consument gekoppeld aan de overeenkomst in geschil. Een en dezelfde persoon kan dus als professional handelen bij het aangaan van overeenkomst 1 (bijvoorbeeld een zakelijk telefoonabonnement) en als consument worden beschouwd ten aanzien van overeenkomst 2 (een privéaansluiting bij dezelfde provider).²²

Op basis van deze uitgangspunten moest het Hof besluiten of Schrems in zijn verhouding tot Facebook (nog) kwalificeerde als consument. Twee nadere punten kwamen daarbij aan de orde: 1) hoe was de verhouding tussen het (privé) Facebookaccount en de (zakelijke) Facebookpagina die door Schrems werden beheerd? En 2) kan het karakter van de duurovereenkomst in de loop der tijd zo zijn veranderd dat Schrems daardoor zijn bescherming als consument is kwijtgeraakt?

Facebookaccounts versus Facebookpagina's

Bij het bepalen van het (commerciële of juist particuliere) doel van een overeenkomst kan onder andere de aard van de geleverde dienst of het geleverde goed een rol spelen. In dit verband is het interessant dat Facebook bij Facebookpagina's nadrukkelijk uitgaat van zakelijk, commercieel of beroepsmatig gebruik terwijl het bedrijf het voor het openen van de Facebookpagina noodzakelijke onderliggende account primair als een privéaangelegenheid beschouwt. Het beheren van een Facebookpagina is een aanvullende dienst waarvoor aanvullende gebruiksvoorwaarden gelden. Gebruikers van Facebook gaan ermee akkoord dat commerciële uitingen in beginsel lopen via de pagina en niet via het onderliggende account. Daarmee probeert

Facebook dus zelf zoveel mogelijk privé en zakelijk van elkaar te scheiden.²³ In de praktijk lijkt dit overigens maar matig te lukken: A-G Bobek spreekt in dat verband van 50 tinten Facebook-blauw.

Schrems stelt zich op het standpunt dat hij voor wat betreft zijn in 2010 geopende Facebookaccount nog steeds als consument heeft te gelden, ook al heeft hij sinds 2011 tevens een – aan dat account gekoppelde – Facebookpagina. Volgens Schrems bestaan er twee afzonderlijke overeenkomsten, een voor het Facebookaccount en een voor de Facebookpagina. Facebook gaat er daarentegen van uit dat er één contractuele relatie bestaat waar zowel het Facebookaccount als de -pagina deel van uitmaken.²⁴ Het Hof laat zich hier niet expliciet over uit, maar verwijst voor dit punt naar de nationale rechter. Voor de uitkomst van de zaak lijkt dit aspect echter – op onverwachte wijze – niet relevant. Het Hof concludeert namelijk dat het feit dat Schrems zich via zijn Facebookpagina bezighoudt met het beschermen van zijn rechten als consument en daarbij ook andere consumenten aanspreekt en in procedures betreft, geen afbreuk kan doen aan zijn status als consument.

'Een uitlegging volgens welke dergelijke activiteiten uitgesloten zijn van het begrip "consument" zou er immers op neerkomen dat consumenten de rechten waarover zij ten aanzien van professionele wederpartijen beschikken, daaronder begrepen die betreffende de bescherming van hun persoonsgegevens, niet doeltreffend kunnen afdwingen. Een dergelijke uitlegging zou voorbijgaan aan de in artikel 169, lid 1, VWEU verwoorde doelstelling om hun recht van vereniging ter behartiging van hun belangen te bevorderen.'²⁵

De activiteiten die Schrems onderneemt via zijn Facebookpagina worden dus niet als economische of professionele activiteit geduid maar (slechts) als een vorm van collectieve belangenbehartiging. Dit is een belangrijke overwinning voor Schrems. Op twee andere punten is de uitspraak voor hem echter minder gunstig.²⁶

De peildatum voor het vaststellen van de consumentenstatus en de (on)veranderlijkheid daarvan

De beschermde consument kan dus, zoals hierboven besproken, onder de Brussel I bis-verordening een procedure aanspannen in zijn eigen woonplaats. Maar op welk moment wordt nu eigenlijk vastgesteld of iemand (nog) consument is en waar iemand woonplaats heeft? Dit is het probleem van de 'peildatum'.

Voor de woonplaats onder Brussel I geldt dat deze wordt vastgesteld op het moment van het aanhangig maken van de procedure.²⁷ Als de consument na het sluiten van de

18 A-G Bobek bij *Schrems*, par. 44 e.v.

19 *Vapenik*, r.o. 26.

20 Zie bijvoorbeeld het door de A-G aangehaalde arrest *Costea* – HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538.

21 *Schrems*, r.o. 29.

22 *Costea*, r.o. 20 en *Schrems*, r.o. 29.

23 Zie A-G Bobek bij *Schrems* par. 53 met verwijzing naar de gebruiksvoorwaarden 2013.

24 *Schrems*, r.o. 35.

25 *Schrems*, r.o. 40. Art. 169 lid 1 luidt als volgt: 'Om

de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Unie bij tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten alsmede tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen.'

26 Zie o.a. de koppen in de *Financial Times*:

'Facebook avoids Austria class action but faces grilling', op NU.nl: 'Privacyactivist Schrems mag

geen massaclaim tegen Facebook aanspannen. De Oostenrijkse privacyactivist Max Schrems mag geen massaclaim aanspannen tegen Facebook. Wel kan hij de zaak individueel voortzetten.' en *fortune.com*: 'Facebook Both Wins and Loses Max Schrems Privacy Case at CJEU ...' www.fortune.com/2018/01/25/facebook-max-schrems-privacy-cjeu.

27 Zie P. Vlas, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 62 Brussel I bis, aant. 2.

overeenkomst verhuist naar een andere lidstaat, verhuist de rechterlijke bevoegdheid mee. Dit is ook logisch gezien de doelstelling van de regeling – te weten het bieden van een voor de consument makkelijk bereikbaar en toegankelijk forum. Voor de wederpartij kan een dergelijke verhuizing echter een onaangename verrassing zijn, zeker als de overeenkomst oorspronkelijk helemaal geen internationaal karakter had. De verordening komt de wederpartij van de consument tot op zekere hoogte tegemoet door in een dergelijk ‘oorspronkelijk intern’ geval een forumkeuze mogelijk te maken voor een rechter in het oorspronkelijke woonland van de consument, mits een dergelijke keuze naar het recht van dat land geoorloofd is (art. 19 lid 3 Brussel I bis). Dit biedt de wederpartij van de consument enige bescherming tegen een verandering van zijn procespositie waarop hij zelf geen enkele invloed kan uitoefenen.²⁸ Voor het overige geldt dat een wederpartij die ook in het nieuwe woonland economische activiteiten heeft, zich niet kan verzetten tegen het ontstaan van bevoegdheid aldaar (en het verdwijnen van rechtsmacht in het oorspronkelijke woonland van de consument).²⁹

Voor het toepasselijke recht daarentegen geldt de datum van sluiten van de overeenkomst als peildatum voor het bepalen van de gewone verblijfplaats (het relevante aanknopingspunt voor het toepasselijke recht – zie art. 19 lid 3 Rome I). Daarmee heeft een latere verhuizing van de consument geen invloed op het recht dat van toepassing is op voor de verhuizing gesloten overeenkomsten en ontstaan er door deze tussenkomende gebeurtenis ook geen nieuwe materiële rechten en verplichtingen tussen partijen. Het toepasselijk recht wordt dus op het moment van sluiten vastgelegd (statische benadering) en verandert niet meer mee met de omstandigheden (zoals bij een dynamische benadering het geval zou zijn).³⁰

Hoe zit dit nu met een wijziging van het karakter van de overeenkomst van privé naar zakelijk? Welk moment is daar doorslaggevend – dat van het sluiten van de overeenkomst of juist van de start van de juridische procedure? Het zal geen verbazing wekken dat partijen hierover van mening verschilden. Facebook achtte relevant dat Schrems op het moment van het starten van de procedure (volgens hen) geen consumentenstatus meer had. Dat was volgens hen al zo vanaf het moment dat Schrems de

Facebookpagina in gebruik had genomen. Facebook leek daarin enigszins te worden gesteund door de Commissie. Schrems stelde daar tegenover dat het moment van sluiten van de overeenkomst bepalend zou moeten zijn. Hij vond daarbij Duitsland, Oostenrijk en A-G Bobek aan zijn zijde. De A-G achtte de statische benadering in het belang van de voorspelbaarheid en de gerechtvaardigde partijverwachtingen. Slechts in uitzonderlijke gevallen zou een volledig wijzigen van de invulling en het doel van een duurovereenkomst tot verandering van status kunnen leiden. Het Hof volgt de A-G hierin niet. Voor het bevoegdheidsrecht wordt ook op dit punt een dynamische opvatting aangehouden. In paragraaf 37-38 van het arrest stelt het Hof namelijk dat de noodzaak tot restrictieve uitleg van de bijzondere bevoegdheidsbepalingen met zich meebrengt dat een verzoeker die gebruikmaakt van de diensten van een digitaal sociaal netwerk, zich enkel op de hoedanigheid van consument kan beroepen indien het in wezen niet-beroepsmatig gebruik daarvan, waarvoor hij de overeenkomst initieel heeft gesloten, naderhand geen in wezen beroepsmatig karakter heeft verkregen.

Dit dynamische karakter van het bevoegdheidsrecht zien we ook terug met betrekking tot de in de volgende paragraaf te bespreken overdracht of overgang van vorderingen: daarvoor geldt dat niet de positie van de oorspronkelijke contractspartijen de uiteindelijk door het bevoegdheidsrecht geboden bescherming bepaalt, maar de status van de partijen bij de concrete rechterlijke procedure. Dit past ook bij het procedurele karakter van het bevoegdheidsrecht waarin de procespartijen in hun rollen als verzoeker en verweerder centraal staan. Het belang van voorspelbaarheid en legitieme partijverwachtingen speelt daarin een heel andere rol dan bij de bepaling van het toepasselijke recht. Het is op basis van deze uitspraak dan ook zeker geen gelopen race dat een tussentijdse verandering van status ook relevant is voor de bepaling van het toepasselijke recht.³¹ Als er al sprake kan zijn van een wijziging in het toepasselijke recht zal die overigens zijn opgetreden ten tijde van de wijziging in zowel de inhoud van de overeenkomst als het gebruik van de daarin geboden dienst bij het openen van de Facebookpagina.³² Het tijdstip van aanvang van de procedure is voor het toepasselijke recht mijns inziens in ieder geval niet relevant.

28 Een in algemene voorwaarden opgenomen keuze voor de woonplaats van de professionele wederpartij stuit echter al snel af op de bepalingen van materieel consumentenrecht: zie over de verhouding tussen deze twee regelingen A-G Trstenjak van 8 september 2011 in zaak C-327/10 (*Hypoteční banka a.s. tegen Udo Mike Lindner*), ECLI:EU:C:2011:561, par. 95 e.v. en Strikwerda, noot bij HvJ EU 21 mei 2015, NJ 2016/75.

29 Het Hof stelt in zijn arresten als eis voor toepassing van de consumentenbescherming dat de aanbieder activiteiten uitoefent in of zich richt op het woonland van de consument en dat de overeenkomst in geschil onder genoemde activiteiten valt dan wel daarmee verband houdt: zie o.a. HvJ EU 17 oktober 2013, C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666 (*Emrek*), r.o. 22 en dictum. Je zou kunnen stellen dat niet aan deze voorwaarde is voldaan als de consument pas na het sluiten van de overeen-

komst verhuist naar een ander land. In dat geval zou de consumentenbescherming vervallen bij verhuizing van de consument. Deze uitleg – die overigens slecht valt te rijmen met art. 19 lid 3 – ben ik echter in de Europese rechtspraak niet tegengekomen. Zie voor behoud van bescherming bij verhuizing (impliciet): Conclusie A-G Trstenjak bij *Hypoteční banka*, par. 90, 94 en 113 e.v. alsmede het Hof in die zaak, ECLI:EU:C:2011:745, r.o. 45. Dito A-G Bobek bij *Schrems* par. 91, 99 en 105. Het lijkt mij voor behoud van bescherming wel van belang dat de professionele partij ook in het nieuwe woonland activiteiten onderneemt. Ik vind daarin de Duitse doctrine aan mijn zijde: zie Chr. Krüger & K. Stüllein, ‘Karoline: EuGH beschränkt Klagemöglichkeit von Verbrauchern’, *Verbraucher und Recht* 2018, afl. 6, p. 218. In de zaak tegen Lindner – waarin de nieuwe woonplaats van de consument onbekend was – wordt

dit aspect niet behandeld in de gepubliceerde stukken. In de zaak *Schrems* werd wel aandacht besteed aan het feit dat Facebook wereldwijd actief was – en dus mede in Oostenrijk: zie A-G Bobek, par. 99.

30 Zie voor deze termen A-G Bobek bij *Schrems*, par. 35 e.v. Voor arbeidsovereenkomsten (aanknopning aan de gewone werkplek) geldt overigens een dynamische benadering.

31 De tekst van de verordening pleit tegen een dynamische interpretatie. Zie art. 19 lid 3 Rome I en Paulus 2018, voetnoot 63.

32 Hierbij speelt dan opnieuw de vraag of het openen van de Facebookpagina geschiedt op basis van de (gewijzigde) oorspronkelijke rechtsverhouding of daarentegen onderwerp is van een afzonderlijke overeenkomst.

Verlies van bescherming bij cessie en subrogatie

De bevoegdheidsregeling van de Brussel I bis Verordening kent voor drie soorten overeenkomsten bijzondere regelingen. Afdeling drie heeft betrekking op verzekeringszaken, afdeling vier heeft betrekking op door consumenten gesloten overeenkomsten en afdeling vijf op individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst. Alle drie afdelingen hebben tot doel het beschermen van de zwakkere partij in de procedure, maar ze verschillen in de omvang van de te beschermen groep. Een eerste verschil volgt al direct uit de bewoording van de bepalingen: terwijl afdeling vier en vijf slechts melding maken van de zwakkere contractspartij (consument, werknemer) bestrijkt afdeling drie (bevoegdheid in verzekeringszaken) een ruimere groep te beschermen belanghebbenden.³³ De bepaling zelf noemt naast de verzekeringsnemer ook de verzekerde en de begunstigde. Tevens is de regeling van toepassing ingeval een benadeelde een directe actie start tegen een (WA-)verzekeraar. Dit verschil komt ook terug in de uitleg van de bepalingen. Zo werd de werkgever die het loon had doorbetaald van een bij een ongeval gewond geraakte werknemer, als benadeelde partij gezien in een procedure tegen de WA-verzekeraar van de veroorzaker van het ongeval. In het kader van de verzekeringsclaim werd de werkgever – een groot ziekenhuis – dus gezien als niet-professionele partij die zich kon beroepen op de speciale bescherming van afdeling drie. Hetzelfde gold voor de erfgenamen van een slachtoffer van een ongeval. Slechts twee categorieën eisers vallen buiten de bescherming: verzekeringsmaatschappijen en professionele handelaren in verzekeringsclaims.³⁴

De reikwijdte van afdeling vier (consumentenovereenkomsten) is veel beperkter. Zoals A-G Bobek opmerkt in paragraaf 82 van zijn conclusie verwijst de formulering van de betreffende bepalingen duidelijk naar de partijen bij de overeenkomst: artikel 16 lid 1 heeft betrekking op ‘de rechtsvordering die door een consument wordt ingesteld tegen zijn wederpartij’, terwijl lid 2 procedures betreft die door de wederpartij worden ingesteld tegen de consument. Op basis van deze bewoordingen ligt het voor de hand om de bepaling zo uit te leggen dat de consument ook daadwerkelijk partij moet zijn in het geschil. Het Hof van Justitie heeft in eerdere arresten ook inderdaad beslist dat de consumentenbescherming niet kan worden ingeroepen door rechtspersonen die door cessie in de rechten van de consument zijn getreden.³⁵ Maar ook de overdracht van de vordering van consument 1 op consument 2 – zoals in het onderhavige geval – moet dus volgens het Hof van Justitie leiden tot verlies van bescherming.

Er lijken bij deze conclusie drie overwegingen een rol te spelen. Allereerst vormt afdeling vier (evenals afdeling drie en vijf) een uitzondering op de algemene regels van de verordening zoals opgenomen in afdeling 1, 2 en 7. Dergelijke uitzonderingen moeten restrictief worden uitgelegd en mogen niet verder gaan dan met het oog op hun doelstelling gerechtvaardigd is.³⁶ Dit pleit voor een uitleg waarin de bijzondere bescherming slechts wordt toegekend als de te beschermen partij ook daadwerkelijk betrokken is bij de procedure. Maar het beschermingsargument zou volgens Schrems niet in de weg staan aan toepassing van afdeling vier als de consument zijn claim overdraagt aan een andere consument – die immers net zo goed procedurele bescherming behoeft.

Volgens A-G Bobek is het bijzondere forum voor consumentcontracten echter beperkt tot de concrete en specifieke partijen bij de overeenkomst.³⁷ Het Hof lijkt dit tweede argument in r.o. 45 van het arrest te ondersteunen waar het stelt dat de tekst van de bepaling ‘noodzakelijkerwijs impliceert dat de consument met de verwerende handelaar een overeenkomst heeft gesloten’. Dit argument is dus gebaseerd op de tekst van de bepaling. De stelling dat afdeling drie slechts van toepassing is op geschillen tussen de oorspronkelijke contractspartijen lijkt mij in zijn algemeenheid echter niet juist: als de professionele wederpartij zijn vordering op de consument overdraagt (bijvoorbeeld aan een factoring of incassobureau) blijft mijns inziens de consument de bescherming genieten van de bijzondere bepalingen. Het is dus veeleer de status van te beschermen consument die niet overdraagbaar is op een andere procespartij.³⁸

De achtergrond hiervan is mijns inziens mede gelegen in het derde argument dat in deze zaak aan bod komt: het Hof wijst er in paragraaf 46 op dat volgens vaste rechtspraak de overdracht van een vordering geen wijziging kan brengen in de bevoegdheidsverdeling.³⁹ Hiervoor wordt onder andere verwezen naar een zaak over kartelschade.⁴⁰ Daarin had het Hof bepaald dat de vestigingsplaats van de gelaedeerde kan gelden als de plaats waar de door het kartel veroorzaakte schade is ingetreden. Dit levert ter plaatse bevoegdheid op ex artikel 7 lid 2 Brussels I bis. Bij overdracht van de vordering verhuist de plaats van de schade echter niet mee – die blijft gelokaliseerd in de vestigingsplaats van de oorspronkelijke gelaedeerde.⁴¹ In door consumenten aangespannen rechtszaken wordt bevoegdheid verleend aan de rechter van de woonplaats van de consument. Zelfs als Schrems zich met betrekking tot de gecedeerde vorderingen op de consumenten

33 A-G Bobek bij C-340/16, ECLI:EU:C:2017:396 (KABEG), par. 47.

34 A-G Bobek bij KABEG, par. 71.

35 Zie HvJ EU 19 januari 1993, C-89/91 (Shearson Lehman Hutton) ECLI:EU:C:1993:15, r.o. 23 en A-G Darmon, ECLI:EU:C:1992:410, par. 26 en 28-30.

36 Zie o.a. Schrems, r.o. 27.

37 A-G Bobek bij Schrems, par. 82.

38 Vergelijk A-G Bobek bij Schrems, par. 82. Ik ben het dus volledig eens met advocaat-generaal Darmon, dat de woorden “[d]e rechtsvordering

die door een consument wordt ingesteld” en “[d]e rechtsvordering die tegen de consument wordt ingesteld”, aangegeven dat de bescherming aan de consument “slechts uitdrukkelijk [wordt verleend], voor zover hij persoonlijk eiser of verweerder in een rechtsgeding is”.

39 Op de redenering van het Hof van wel wat af te dingen. Zo resulteert een verlies van consumentenbescherming bij overdracht ook in een wijziging van de bevoegdheidsverdeling. Immers: op dat moment wordt de bevoegdheid bepaald op basis van de artikelen 4, 7 lid 1, 8 en mogelijk

zelfs art. 25. Vergelijk voor onderling verhaal tussen twee hoofdelijk schuldenaren van een consumentenkrediet HvJ EU 15 juni 2017, C-249/16 ECLI:EU:C:2017:472 (Kareda), r.o. 45.

40 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC Hydrogen Peroxide), r.o. 35. Daarnaast verwijst het hof naar een arrest over de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van een vennootschap voor schulden van die vennootschap: HvJ EU 18 juli 2013, C-147/12 ECLI:EU:C:2013:490 (ÓFAB), r.o. 58.

41 CDC Hydrogen Peroxide, r.o. 35-36.

tenbepalingen van de verordening zou kunnen beroepen, kan het volgens het Hof niet zo zijn dat louter daardoor bevoegdheid ontstaat in zijn eigen woonplaats.⁴² Hooguit zou er bevoegdheid kunnen zijn gebleven in de woonplaats van de oorspronkelijke consument-contractspartij, maar dit levert geen effectieve bescherming op.

In haar opmerkingen bij deze zaak had de Commissie gesuggereerd om Schrems wel als consument te beschouwen met betrekking tot de gecedeerde vorderingen van andere Oostenrijkse consumenten. In die gevallen zou immers sowieso een Oostenrijkse rechter bevoegd zijn geweest – zij het mogelijk in een andere plaats.⁴³ De door de Brussel I bis beoogde bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten is dan niet in geding. Voor buiten Oostenrijk woonachtige consumenten is dat anders: in die gevallen zou de Oostenrijkse rechter oorspronkelijk niet bevoegd zijn geweest – en ook niet bevoegd kunnen worden door de overdracht. Het Hof gaat hier echter niet in mee – ook bij cessie van vorderingen tussen twee consumenten in een en dezelfde lidstaat vervalt de bescherming van afdeling vier.

Collectieve acties en andere vormen van collectieve belangenbehartiging in rechte

Met de hier besproken procedure beoogde Max Schrems niet alleen op te komen voor zijn eigen belangen, maar sprak hij nadrukkelijk ook namens andere gebruikers van Facebook. Sindsdien heeft hij deze collectieve belangenbehartiging nog verder uitgebouwd: in 2017 heeft hij de not-for-profit-organisatie *none of your business* (NOYB) opgericht. Deze organisatie richt zich geheel op de handhaving van privacywetgeving in Europa, onder andere door het voeren van civiele procedures.

Er zijn verschillende manieren om via civiele procedures aan belangenbehartiging te doen. Deze zijn ook terug te vinden in de strategie van NOYB: de organisatie kan individuele acties ondersteunen, maar ook claims van meerdere gebruikers bundelen in één enkele procedure. Als de vorderingen van meerdere individuele eisers worden gebundeld spreek je van een groepsactie. Daarnaast is het in sommige landen mogelijk om een collectieve actie te starten waarin een enkele eiser of een organisatie optreedt namens een hele groep van gebruikers of ter handhaving van een abstract algemeen belang.⁴⁴ Welke mogelijkheden er zijn voor gemeenschappelijke belangenbehartiging verschilt van land tot land.

In een aanbeveling van 2013 heeft de Europese Commissie als streefdoel gesteld dat alle landen van de EU een vorm van collectieve procesvoering zouden moeten

aanbieden in gevallen waarin een groot aantal individuen of bedrijven getroffen worden door gelijksoortige schade veroorzaakt door de schending van het Europese recht (massaschade).⁴⁵ De aanbeveling bevat vervolgens de beginselen waaraan de regelgeving inzake collectieve acties zou moeten voldoen om enerzijds voldoende effectief te zijn en anderzijds voldoende waarborgen te bieden tegen misbruik. De EU had zich al eerder met collectieve handhaving bezig gehouden op het terrein van het consumentenrecht en het mededingingsrecht en op die terreinen bindende regels vastgesteld.⁴⁶ Deze zijn echter sectorspecifiek en incompleet. De aanbeveling uit 2013 heeft een 'horizontaal' karakter en bestrijkt alle beleidsterreinen van de EU. Zij bestrijkt zowel schadevergoedingsacties als acties gericht op het staken van de inbreukmakende gedraging. In overweging 7 bij de aanbeveling wordt de bescherming van persoonsgegevens genoemd als één van de terreinen waarop volgens de Commissie aanvullende private handhaving van aan het EU-recht ontleende rechten in de vorm van collectief verhaal nuttig zou zijn.

De Commissie heeft begin 2018 gerapporteerd over de implementatie van de aanbeveling in de lidstaten.⁴⁷ In dat rapport wordt onder andere geconcludeerd dat de situatie nog steeds onbevredigend is. In het in de onderzochte periode spelende Dieselschandaal bleek collectieve actie lang niet in alle lidstaten mogelijk. Dit leidt volgens de Commissie tot ongerechtvaardigde verschillen in handhavings- en verhaalsmogelijkheden binnen de EU. Wel wordt in landen zonder collectieve-actierecht in toenemende mate gebruik gemaakt van alternatieve processtrategieën waaronder het bundelen van vorderingen via overdracht daarvan aan een enkele procespartij. Deze strategieën worden positief beoordeeld voor zover ze alsnog verhaal bieden aan benadeelde partijen. Het nadeel ervan is dat de speciale waarborgen die de aanbeveling bevat met betrekking tot collectieve acties bij dergelijke pseudo-collectieve acties ontbreken. Inmiddels heeft de Europese Commissie op 11 april 2018 een 'New deal for Consumers' gepresenteerd. Onderdeel van deze *new deal* is een voorstel voor een 'Richtlijn representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten' (COM(2018)184). Deze richtlijn moet ervoor zorgen dat alle lidstaten enigerlei vorm van collectieve actie gaan bieden.

In het onderhavige geval was er een procedure gestart onder het Oostenrijkse systeem van rechtsvordering. Het Oostenrijkse recht kent, net als het Nederlandse, een regeling die samenvoeging van vorderingen mogelijk maakt. Deze regeling ziet strikt genomen slechts op het samen-

42 Schrems, r.o. 48.

43 Zie A-G Bobek bij Schrems, par. 115.

44 Snijders/Klaassen/Meijer gebruikt de overkoepelende term 'Collectiviteitsactie en onderscheidt daarbinnen algemeenbelangacties en groepsacties: zie *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/69, p. 106. Zie voor de verschillende soorten 'collectieve acties' ook Paulus 2018, p. 989.

45 Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mecha-

nismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (2013/396/EU), *PbEU* 2013, L 201/60-65. Op grond van de tekst van de aanbeveling is al sprake van massaschade bij twee of meer gelaedeerden.

46 Zie bijv. Richtlijn 2009/22/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PbEG* 2009, L 110/30.

47 COM(2018)40 final, verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging van de aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (2013/396/EU). Brussel, 25 januari 2018.

voegen van meerdere vorderingen van dezelfde eiser, maar hij wordt in Oostenrijk ook gebruikt om vorderingen van verschillende personen tegen dezelfde gedaagde in één procedure af te handelen via overdracht daarvan aan één eiser.⁴⁸ De eiser in de Oostenrijkse procedure kan zelf een van de gelaedeerden zijn, maar de overdracht kan ook plaatsvinden aan een belangenorganisatie – al of niet speciaal daartoe opgericht. Dit wordt het ‘Oostenrijkse model van collectieve actie genoemd’.⁴⁹ De vergelijkbare Nederlandse regeling van ‘objectieve cumulatie’ wordt bij mijn weten niet op deze manier ingezet.⁵⁰ Dit hoeft ook niet omdat Nederland diverse procedures kent die specifiek zijn ontworpen voor collectieve rechtshandhaving en collectief verhaal, zoals de collectieve actie van artikel 3:305a e.v. BW en de procedure op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).⁵¹ Dergelijke procedures ontbreken in Oostenrijk.⁵²

Het rapport van de Commissie kwam uit op 25 januari 2018 – dezelfde dag als het arrest in de zaak *Schrems*. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat de mogelijkheid om in een dergelijke zaak een collectieve actie te starten nadrukkelijk een rol speelt in de procedure tegen Facebook. *Schrems* beroept zich op de noodzaak van bundeling als argument om hem ook ten aanzien van de overgedragen vorderingen als consument te beschouwen en vervolgens toegang te geven tot de rechter van zijn eigen woonplaats.⁵³ Hij wordt daarin gesteund door Oostenrijk, Duitsland en Portugal – die alle opmerkingen hebben ingediend bij het Hof. De Commissie pleit er ook voor om bundeling mogelijk te maken, maar alleen met betrekking tot de vorderingen van Oostenrijkse consumenten. Zoals A-G Bobek constateert, is dit pleidooi eerder gebaseerd op beleidsoverwegingen dan op het geldende recht. Het uitgangspunt is dat collectieve acties een belangrijke rol spelen bij de effectieve rechtsbescherming van consumenten en de handhaving van het consumentenrecht. Het bevoegdheidsrecht zou volgens *Schrems* zo moeten worden geïnterpreteerd dat het dergelijke acties (niet on-) mogelijk maakt. Het Hof gaat hier echter niet op in: door overdracht van de vordering vervalt de consumentenbescherming. Hierop wordt geen uitzondering gemaakt voor vormen van collectieve actie. Of bundeling dan toch nog mogelijk is, en waar dan, valt buiten het bestek van de prejudiciële vraag.

Consumenten uit aller landen, verenigt u!? Jurisdictionele grenzen aan collectieve acties

De hoofdregel van artikel 4 Brussel I bis geeft bevoegdheid aan de rechters van het land van vestiging van de verweerder.⁵⁴ Die bepaling geeft in de zaak tegen Facebook Ireland dus algemene bevoegdheid aan de gerechten van Ierland. Alle klanten van Facebook zouden daar dus terecht kunnen – waardoor er geen jurisdictionele bezwaren bestaan tegen het starten van een collectieve actie in Ierland. Dat land kent echter slechts zeer beperkte mogelijkheden voor collectieve belangenbehartiging, waardoor in de praktijk collectieve acties nauwelijks voorkomen.⁵⁵ Het is dus goed te begrijpen dat *Schrems* voor civiele procedures zijn heil elders zoekt. Maar waar kan hij nu terecht ... en op welke basis?

De regeling van Brussel I bis kent alternatieve bevoegdheidsgronden in artikel 7 en 8 van de verordening. Artikel 8, dat zich specifiek richt op procedurele complicaties, kent een regeling voor het geval dat meerdere verweerders in een procedure worden betrokken. De rechter van de woonplaats van een van hen heeft mede bevoegdheid over de andere verweerders – mits de vordering tegen de verschillende verweerders voldoende samenhangen. Het geval dat meerdere eisers een en dezelfde verweerder in rechte aanspreken, wordt echter niet door artikel 8 geregeld.

Artikel 7 kent specifieke bevoegdheid toe inzake (onder andere) verbintenissen uit overeenkomst, niet-contractuele verbintenissen en verbintenissen die samenhangen met de exploitatie van een filiaal. Deze bepalingen kunnen in beginsel worden gebruikt voor het opzetten van een collectieve actie. In de zaak *Henkel* heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over de vraag of de Oostenrijkse rechter bevoegd was om kennis te nemen van een door de Oostenrijkse consumentenorganisatie VKI aangespannen procedure tegen het Duitse bedrijf Henkel. In de procedure verzocht VKI op basis van de toenmalige consumentenrichtlijn 93/13/EG om een verbod op het gebruik van oneerlijke bedingen in de algemene voorwaarden van Henkel.⁵⁶ Het Hof concludeerde dat de vordering van VKI ondergebracht moest worden bij de categorie niet-contractuele verbintenissen nu er tussen VKI en Henkel geen contractuele band bestond, maar VKI op basis van een eigen recht nakoming eiste van een wettelijke verplichting van Henkel. De verbodsvordering van consu-

48 Informatie ontleend aan A-G Bobek bij *Schrems*, § 227, lid 1, ZPO staat toe dat verschillende vorderingen van één eiser tegen dezelfde gedaagde gezamenlijk worden behandeld in dezelfde procedure, wanneer aan twee voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste moet de rechter bij wie de procedure aanhangig is gemaakt bevoegd zijn voor alle afzonderlijke vorderingen, ook territoriaal bevoegdheid. Ten tweede moet elke vordering volgens dezelfde soort procedure behandeld kunnen worden.

49 *State of collective redress in the EU in the context of the implementation of the Commission, Recommendation*, report prepared by The British Institute of International and Comparative Law, November 2017, JUST/2016/JCOO/FW/CIVI/0099,

p. 120 te vinden op http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=612847.

50 Voor ‘objectieve cumulatie’ – samenvoegen van verschillende vorderingen tussen dezelfde personen – geldt niet de eis van innerlijke samenhang tussen de vorderingen. Deze eis speelt wel een rol bij subjectieve cumulatie waarbij meerdere personen betrokken worden bij dezelfde procedure: zie Rueb, p. 216 v 220. In de wet vinden we slechts een regeling voor het vaststellen van de bevoegdheid in kantonzaken bij cumulatie: art. 94 Rv.

51 Wet van 23 juni 2005, *Stb.* 2005, 340, zie voor de regeling: art. 7:907-910 BW jo. art. 1013-1018a Rv.

52 Ontleend aan COM(2018)40 final, p. 4 en *State of collective redress*, p. 120.

53 Zie Conclusie A-G Bobek, par. 67 en par. 92 en

met name par. 119 e.v.

54 In het algemeen wordt een collectieve consumentenactie gestart tegen het bedrijf dat inbreuk maakt op de rechten van de consumenten. Dit is anders bij de Nederlandse WCAM – dat systeem gaat ervan uit dat een bedrijf een overeenkomst sluit met een belangenorganisatie. In de verbindendverklaringsprocedure gelden de (overige, niet bij de organisatie aangesloten) gelaedeerden als verweerders.

55 Zie *State of collective redress* p. 194.

56 HvJ EU 1 oktober 2002, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (*Verein für Konsumenteninformation tegen Karl Heinz Henkel*).

mentenorganisaties is dus een vordering ex onrechtmatige daad. Dit wordt ook bevestigd in het arrest *VKI versus Amazon*, waar een verbodsactie van VKI met betrekking tot de algemene voorwaarden van Amazon moest worden gekwalificeerd in het kader van het toepasselijke recht: moest de verwijzingsregel in dit geval gevonden worden in Verordening Rome I met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst of juist in Rome II inzake niet-contractuele verbintenissen (waaronder onrechtmatige daad)? Ook hier was volgens het Hof de relatie tussen VKI en Amazon niet-contractueel (en dus Rome II van toepassing).⁵⁷

De actie van Schrems was echter zuiver contractueel – alle vorderingen in die procedure waren gebaseerd op contractuele relaties tussen Facebook en zijn gebruikers. In het Oostenrijkse model van bundeling van individuele vorderingen zal het afhangen van de onderliggende vorderingen of alternatieve bevoegdheid ex artikel 7 Brussel I bis gebaseerd moet worden op contractuele (lid 1) of juist buitencontractuele verbintenissen (lid 2).

Het hangt dus af van de vormgeving en het doel van de collectieve actie hoe deze in het IPR wordt gekwalificeerd – als zelfstandige actie op grond van een eigen recht of als bundeling van vorderingen. In het begin dit jaar ingediende voorstel voor een richtlijn beoogt de Commissie om naast verbodsacties ook collectieve schadevergoeding mogelijk te maken.⁵⁸ Een gelijke doelstelling ligt ook ten grondslag aan de in Nederland aanhangige wetwijziging van het systeem van collectieve actie.⁵⁹ Daarmee krijgen de procedures echter een hybride karakter die in het IPR moeilijk is te duiden. Voor de uiteindelijke bevoegdheid lijkt het echter niet veel uit te maken.

De bijzondere bevoegdheid voor overeenkomsten is voor de levering van goederen en diensten gelokaliseerd in de plaats waar de goederen worden geleverd, respectievelijk de diensten worden verricht. Als bij online diensten al geconstateerd zou kunnen worden dat levering plaatsvindt in het land van de gebruiker (en niet in land van vestiging van de verstrekker), dan nog zou de bevoegdheid per land zich beperken tot de ‘eigen’ consumenten. Een zelfde lokale beperking geldt ook voor de bevoegdheid uit onrechtmatige daad – VKI kan slechts in Oostenrijk procederen ten aanzien van inbreuken gepleegd in Oostenrijk.⁶⁰ Artikel 7 Brussel I bis lijkt dus hooguit bundeling toe te staan van nationale vorderingen.⁶¹

Voor de mogelijkheid van grensoverschrijdende collectieve acties is het dus van groot belang dat het land van vestiging van degene tegen wie de actie zich richt – *in casu* Facebook Ireland – een effectieve en toegankelijke rechtsgang kent voor deze vorm van handhaving. Dat is

momenteel bij lange na niet het geval. Schrems probeerde het Hof zover te krijgen dat deze als remedie de uitleg van het EU bevoegdheidsrecht zou aanpassen. A-G Bobek vond dat in zijn conclusie niet de juiste weg – hiervoor is wettelijk ingrijpen vereist. De Commissie mikt intussen niet zozeer op wijziging van het bevoegdheidsrecht, maar veeleer op het creëren van Europa-breed systeem van collectieve acties.

Conclusies en openstaande vragen

1 Bij het gebruik van online media als Facebook is de grens tussen bedrijfsmatig en privégebruik moeilijk te trekken. Het arrest van het Hof biedt op dit punt helaas weinig duidelijkheid. Ook gaat het Hof niet in op het verschil in behandeling van dual-purpose-contracten in het (oude) *Gruber*-arrest met betrekking tot de bevoegdheid aan de ene kant en de (nieuwe) richtlijnen inzake consumentenbescherming aan de andere kant. Dit is een gemiste kans.

2 Wel is duidelijk dat activiteiten gericht op handhaving van de eigen rechten – ook als deze leiden tot samenwerking met andere consumenten en gepaard gaan met een hoge mate van organisatie van de belangenbehartiging – niet kunnen resulteren in het verlies van de status van consument.

3 Het bevoegdheidsrecht heeft een dynamisch karakter en richt zich in hoge mate op de stand van zaken ten tijde van de start van de procedure. In het licht daarvan is het begrijpelijk dat het Hof ook voor de status van consument rekening houdt met na het sluiten van de overeenkomst opgetreden wijzigingen in het karakter van het gebruik van het Facebookaccount. Deze redenering kan echter niet zonder meer worden doorgetrokken naar het toepasselijke recht.

4 De status van consument is niet overdraagbaar – zoveel is inmiddels wel duidelijk. De bescherming in verzekeringszaken in Brussel I bis heeft een ruimere strekking dan die inzake consumentencontracten. Welke afslag het Hof zal nemen in arbeidszaken is nog onbekend – al ligt een parallel met consumenten daar wel het meest voor de hand.

5 Collectieve acties kennen geen bijzondere regeling in het bevoegdheidsrecht. Er bestaat algemene bevoegdheid in het land van vestiging van verweerder op grond zodat

57 HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sarl*). Het Hof besliste dat laatste – waarbij wel werd aangetekend dat de vraag of een bepaling in algemene voorwaarden onrechtmatig is, afhangt van het recht dat van toepassing is op de consumentenovereenkomsten waarbinnen die voorwaarden worden toegepast.

58 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve

vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, COM(2018)184.

59 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie), Kamerstuk 34608.

60 Waarbij overigens zowel de plaats van de inbreukmakende handeling als de plaats waar de directe

schade is ingetreden, relevant worden geacht. Zie ook A.A.H. van Hoek, ‘Eén voor allen en allen voor één: individuele versus collectieve handhaving van het consumentenrecht in het IPR’, noot bij HvJ EU (Derde Kamer) 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, *Ars Aequi* 2016, p. 957 (AA20160957).

61 Waarbij ik gemakshalve het probleem dat art. 7 ook de relatief bevoegde rechter aanwijst, buiten beschouwing laat. Zie A-G Bobek, par. 115-117.

in dat land eventueel een grensoverschrijdende collectieve actie kan plaatsvinden. Dan moet het land van vestiging wel over een dergelijke actiemogelijkheid beschikken. Dat is nu nog niet altijd het geval.

6 Voor een beroep op de alternatieve grondslagen van artikel 7 Brussel I is het nodig de collectieve actie te kwalificeren als hetzij gebaseerd op overeenkomst, hetzij op een niet-contractuele verbintenis. Collectieve acties

worden echter meer en meer hybride van aard zover ze zowel verbodsacties in het algemeen belang toestaan als schadevergoedingsacties voor specifieke groepen slachtoffers mogelijk maken.

7 Ongeacht de kwalificatie zal een rechter zijn bevoegdheid ex artikel 7 Brussel I bis echter beperkt zien tot nationale inbreuken en de bescherming van nationale slachtoffers. ■