

Eén voor allen en allen voor één: individuele versus collectieve handhaving van het consumentenrecht in het IPR

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

HvJ EU (Derde kamer) 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation tegen Amazon EU Sàrl*; verzoek van het Oberste Gerichtshof om een prejudiciële beslissing); conclusie A-G H. Saugmandsgaard Øe van 2 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:388

In dit arrest hakt het Hof van Justitie EU een aantal knopen door met betrekking tot de bescherming van consumentenbelangen in het internationaal privaatrecht. De verhouding tussen individuele en collectieve handhaving wordt uitgewerkt, terwijl de consument een nadere bescherming krijgt tegen misleidende formuleringen van rechtskeuzes in algemene voorwaarden. Ten slotte wordt ook de vraag naar de verhouding tussen de algemene IPR-regelingen en de Privacyrichtlijn aan de orde gesteld. Het antwoord op die laatste vraag is helaas voor meerdere uitleg vatbaar.

Relevante overwegingen

¹ Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de verordeningen (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II") (PB 2007, L 199, blz. 40; hierna: "Rome-II-verordening"), en (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB 2008, L 177, blz. 6; hierna: "Rome-I-verordening"), alsmede van de richtlijnen 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29), en 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).

² Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Verein für Konsumenteninformation (vereniging voor consumentenvoorlichting; hierna: "VKI") en Amazon EU Sàrl, gevestigd te Luxemburg, over een door de VKI ingestelde verbodsactie.

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

²⁹ Amazon EU is een in Luxemburg gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van een internationale groep van postorderbedrijven. Naast andere activiteiten richt zij zich, via haar website met een domeinnaam en de extensie ".de", op in Oostenrijk woonachtige consumenten, met wie zij online verkoopovereenkomsten afsluit. Deze vennootschap heeft geen zetel of vestiging in Oostenrijk.

³⁰ Tot medio 2012 luidden de in de met deze consumenten gesloten overeenkomsten opgenomen algemene voorwaarden als volgt:

"[...] 12. Van toepassing is het Luxemburgse recht met uitsluiting van het verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (CISG)."

³¹ De VKI, een entiteit die bevoegd is om verbodsacties op grond van artikel 3 van richtlijn 2009/22 in te stellen, heeft bij de Oostenrijkse rechterlijke instanties een verbodsactie ingesteld tegen het gebruik van alle in deze algemene voorwaarden opgenomen bedingen alsmede een vordering tot publicatie van de te wijzen uitspraak. Hij legt hieraan ten grondslag dat deze bedingen alle in strijd zijn met wettelijke verboden en de goede handelspraktijken.

[...]

³⁴ De VKI heeft de zaak aanhangig gemaakt bij het Oberste Gerichtshof (hooggerechtshof, Oostenrijk), die twijfelt over het in het hoofdgeding toepasselijke recht. Daarop heeft deze rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

"1) Dient het recht dat van toepassing is op een verbodsactie in de zin van richtlijn 2009/22 te worden bepaald aan de hand van artikel 4 van de Rome-II-verordening, indien de vordering is gericht tegen het gebruik van onrechtmatige contractvoorwaarden door een in een lidstaat gevestigde onderneming die in de elektronische han-

del overeenkomsten sluit met consumenten die in andere lidstaten, in het bijzonder in het land van de aangezochte rechter, woonachtig zijn?

- 2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:
- Dient onder het land waar de schade zich heeft voorgedaan (artikel 4, lid 1, van de Rome-II-verordening) elk land te worden begrepen waarop de economische activiteit van de verwerende onderneming is gericht, zodat de litigieuze voorwaarden naar het recht van het land van de aangezochte rechter moeten worden beoordeeld indien de tot instelling van vorderingen bevoegde instantie opkomt tegen het gebruik van deze voorwaarden bij handelstransacties met consumenten die in dit land woonachtig zijn?
 - Is sprake van een kennelijk nauwere band (artikel 4, lid 3, van de Rome-II-verordening) met het recht van het land waar de verwerende onderneming is gevestigd, indien de algemene voorwaarden van deze onderneming bepalen dat op de door haar gesloten overeenkomsten het recht van dit land van toepassing is?
 - Leidt een dergelijk rechtskeuzebeding er anderszins toe dat de toetsing van de litigieuze contractvoorwaarden plaats dient te vinden naar het recht van het land waar de verwerende onderneming is gevestigd?
- 3) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord: Hoe moet het op de verbodsactie toepasselijke recht dan worden bepaald?
- 4) Ongeacht het antwoord op de vorenstaande vragen:
- Is een in de algemene voorwaarden opgenomen beding op grond waarvan een in de elektronische handel tussen een consument en een in een andere lidstaat gevestigde onderneming gesloten overeenkomst wordt beheerst door het recht van het vestigingsland van de onderneming, oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13?
 - Wordt op grond van artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 95/46 de verwerking van persoonsgegevens door een onderneming die in de elektronische handel met in een andere lidstaat woonachtige consumenten overeenkomsten sluit, ongeacht het voor het overige toepasselijke recht, uitsluitend beheerst door het recht van de lidstaat waar de onderneming de vestiging heeft in het kader waarvan die verwerking plaatsvindt, of dient de onderneming zich ook te houden aan de voorschriften inzake gegevensbescherming van de lidstaten waarop zij haar economische activiteit richt?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste drie vragen

35 Met zijn eerste drie vragen, die gezamenlijk dienen te worden beoordeeld, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen hoe de Rome-I- en Rome-II-verordeningen moeten worden uitgelegd met het oog op de vaststelling van het recht dat van toepassing is op een verbodsactie in de zin van richtlijn 2009/22 die is gericht tegen het gebruik van beweerdelijk ongeoorloofde contractuele bedingen door een in een lidstaat gevestigde onderneming die via elektronische handel overeenkomsten sluit met in andere lidstaten – en met name de lidstaat van de rechter – woonachtige consumenten.

36 Vooraf dient wat betreft respectieve toepassingsgebieden van de Rome-I- en Rome-II-verordeningen te worden benadrukt dat de hierin genoemde begrippen “verbintenis uit overeenkomst” en “niet-contractuele verbintenis” autonoom moeten worden uitgelegd onder verwijzing naar de opzet en de doelstellingen van deze verordeningen. Zoals uit overweging 7 van elk van deze twee verordeningen blijkt, moet tevens rekening worden gehouden met de doelstelling om de toepassing van deze twee verordeningen onderling te laten stroken, maar ook met de toepassing van verordening nr. 44/2001 (hierna: “Brussel-I-verordening”), die meer bepaald in artikel 5 ervan, onderscheid maakt tussen verbintenissen uit overeenkomst en verbintenissen uit onrechtmatige daad (zie arrest van 21 januari 2016, ERGO Insurance en Gjensidige Baltic, C-359/14 en C-475/14, EU:C:2016:40, punt 43).

[37 ...]

38 In het kader van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32; hierna: “Executieverdrag”) heeft het Hof al geoordeeld dat een preventieve vordering in rechte, die door een vereniging voor consumentenbescherming wordt ingesteld om het gebruik door een handelaar van als oneerlijk beschouwde bedingen in overeenkomsten met particulieren te doen verbieden, een verbintenis uit onrechtmatige daad betreft als bedoeld in artikel 5, punt 3, van dat verdrag (arrest van 1 oktober 2002, Henkel, C-167/00, EU:C:2002:555, punt 50), welke uitlegging ook geldt voor de Brussel-I-verordening (zie in deze zin arrest van 13 maart 2014, Brogssitter, C-548/12, EU:C:2014:148, punt 19).

39 In het licht van de in punt 36 van dit arrest gememoreerde doelstelling om de toepassing van de verordeningen onderling te laten stroken, is de overweging dat de niet-contractuele aansprakelijkheid op het gebied van consumentenbescherming ook geldt voor verstoringen van de rechtsorde door het gebruik van oneerlijke bedingen die verenigingen voor consumentenbescherming tot doel hebben te verhinderen (zie in deze zin arrest van 1 oktober 2002, Henkel, C-167/00, EU:C:2002:555, punt 42), volledig toepasbaar op de uitlegging van de Rome-I- en Rome-II-verordeningen. Geoordeeld dient dus te worden dat de verbodsactie als bedoeld in richtlijn 2009/22 ziet op een niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een onrechtmatige daad in de zin van hoofdstuk II van de Rome-II-verordening.

40 Artikel 6, lid 1, van deze verordening, dat zich bevindt in hoofdstuk II ervan, stelt als bijzondere regel met betrekking tot niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit een daad van oneerlijke concurrentie, dat het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen of de collectieve belangen van de consumenten worden geschaad of dreigen te worden geschaad, van toepassing is.

41 Dienaangaande volgt uit overweging 21 van de Rome-II-verordening dat artikel 6, lid 1, ervan, op het specifieke gebied van de oneerlijke concurrentie het beginsel van “lex loci damni”, als vervat in artikel 4, lid 1, van die verordening, concretiseert.

42 Zoals de advocaat-generaal in punt 73 van zijn conclusie heeft opgemerkt, omvat oneerlijke concurrentie in de zin van artikel 6, lid 1, van de Rome-II-verordening het gebruik van oneerlijke bedingen in algemene verkoopvoorwaarden, wanneer dit de collectieve belangen van de consumenten als groep dreigt te schaden en bijgevolg de concurrentievoorwaarden op de markt dreigt te beïnvloeden.

43 In het geval van een verbodsactie als bedoeld in richtlijn 2009/22 is het land waar in de zin van artikel 6, lid 1, van de Rome-II-verordening de collectieve belangen van de consumenten worden geschaad, het land waar de consumenten woonachtig zijn op wie de onderneming haar activiteiten richt en wier belangen de vereniging voor consumentenbescherming met die actie behartigt. [...]

48 Geoordeeld dient dus te worden dat het op een verbodsactie in de zin van richtlijn 2009/22 toepasselijke recht, onverminderd artikel 1, lid 3, van de Rome-II-verordening, moet worden vastgesteld op grond van artikel 6, lid 1, van die verordening, wanneer schending wordt gesteld van wetgeving ter bescherming van de belangen van consumenten op het punt van het gebruik van oneerlijke bedingen in algemene verkoopvoorwaarden.

49 Daarentegen dient het recht dat van toepassing is op de beoordeling of bedingen in consumentenovereenkomsten waartegen een verbodsactie is gericht, oneerlijk zijn, op autonome wijze te worden bepaald aan de hand van de aard van die bedingen. In lijn daarmee dient het recht dat van toepassing is op de beoordeling van dergelijke bedingen te worden vastgesteld op basis van de Rome-I-verordening ingeval met de verbodsactie wordt beoogd te voorkomen dat die bedingen in consumentenovereenkomsten worden opgenomen om dusdoende verbintenissen uit overeenkomst te scheppen.

50 In deze zaak hebben de beweerdelijk oneerlijke bedingen waartegen met de verbodsactie in het hoofdgeding wordt opgekomen, ten opzichte van de consumenten tot wie zij zich richten het karakter van verbintenissen uit overeenkomst in de zin van artikel 1, lid 1, van de Rome-I-verordening.

51 Aan deze conclusie wordt geenszins afgedaan door het collectieve karakter van de vordering waarmee de geldigheid van die bedingen wordt betwist. De omstandigheid dat deze vordering niet ziet op daadwerkelijk afgesloten individuele overeenkomsten is immers inherent aan de aard van een dergelijke collectieve, preventieve vordering, in het kader waarvan een abstracte toetsing wordt verricht.

52 Voor de vaststelling van het toepasselijke recht dient dus een onderscheid te worden gemaakt tussen de beoordeling van de betrokken bedingen en de verbodsactie tegen het gebruik van die bedingen, ingesteld door een vereniging als de VKI.

53 Dit onderscheid is geboden om te waarborgen dat de Rome-I- en Rome-II-verordeningen uniform worden toegepast. Bovendien wordt met een autonome aanknopng van de betrokken bedingen gewaarborgd dat het toepasselijk recht niet wisselt al naargelang van de soort vordering die wordt ingesteld.

54 Indien de betrokken bedingen in het kader van een procedure die is ingeleid door het instellen van een collectieve vordering zouden moeten worden beoordeeld naar het op grond van artikel 6, lid 1, van de Rome-II-verordening aangewezen toepasselijke recht, dan zou er een risico bestaan dat de toetsingscriteria anders zijn dan in het kader van een door een consument opgestarte individuele procedure.

55 Bij de beoordeling van de bedingen in het kader van een door een consument opgestarte individuele procedure kan het aangewezen toepasselijke recht, als recht dat de overeenkomst beheerst, immers afwijken van het recht dat, als recht dat de onrechtmatige daad beheerst, van toepassing is op de verbodsactie. In dit verband verdient opmerking dat het niveau van de consumentenbescherming overeenkomstig artikel 8 van richtlijn 93/13 nog van lidstaat tot lidstaat varieert, zodat de beoordeling van een beding bij voor het overige gelijke omstandigheden verschillend kan uitvallen al naargelang van het toepasselijke recht.

56 Door op deze wijze een beding al naargelang van de soort vordering die wordt ingesteld, met het oog op de aanwijzing van het toepasselijke recht anders aan te knopen, zou onder meer de overeenstemming tussen de beoordeling van collectieve vorderingen en individuele vorderingen worden tenietgedaan zoals het Hof die heeft bewerkstelligd door de nationale rechters te verplichten om, ook voor de toekomst, ambtshalve alle door het nationale recht bepaalde consequenties te trekken uit de erkenning van het oneerlijke karakter van een beding in de algemene voorwaarden voor consumentenovereenkomsten, zodat dit beding niet bindend is voor de consumenten die een overeenkomst hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn (zie arrest van 26 april 2012, *Invitel*, C-472/10, EU:C:2012:242, punt 43).

57 Het gebrek aan samenhang dat zou resulteren uit een verschillende aanknopng van een beding al naargelang van de soort vordering die wordt ingesteld, zou afbreuk doen aan de met de richtlijnen 2009/22 en 93/22 nagestreefde doelstelling om het gebruik van oneerlijke bedingen daadwerkelijk te doen staken.

58 Uit het voorgaande vloeit voort dat het op een verbodsactie in de zin van richtlijn 2009/22 toepasselijke recht dient te worden bepaald aan de hand van artikel 6, lid 1, van de Rome-II-verordening wanneer wordt aangevoerd dat de wetgeving ter bescherming van de belangen van consumenten is geschonden op het punt van het gebruik van oneerlijke bedingen in algemene verkoopvoorwaarden, terwijl het recht dat van toepassing is op de beoordeling van een gegeven contractueel beding altijd moet worden bepaald met toepassing van de Rome-I-verordening, ongeacht of het gaat om een individuele of een collectieve vordering.

59 Evenwel dient te worden verduidelijkt dat uit artikel 6, lid 2, van de Rome-I-verordening volgt dat bij de beoordeling in het kader van een verbodsactie of een gegeven contractueel beding oneerlijk is, de rechtskeuze niet afdoet aan de toepassing van dwingende rechtsbepalingen van de woonstaat van de consumenten wier belangen met deze actie worden behartigd. Tot deze bepalingen kunnen de bepalingen behoren waarmee richtlijn 93/13 wordt omgezet, voor zover deze het beschermingsniveau van de consument overeenkomstig artikel 8 ervan verhogen

60 Op de eerste drie vragen dient dus te worden geantwoord dat de Rome-I- en Rome-II-verordeningen aldus moeten worden uitgelegd dat het recht dat van toepassing is op een verbodsactie in de zin van richtlijn 2009/22 die is gericht tegen het gebruik van beweerdelijk ongeoorloofde contractuele bedingen door een in een lidstaat gevestigde onderneming die via elektronische handel overeenkomsten sluit met in andere lidstaten – en met name de lidstaat van de rechter – woonachtige consumenten, onverminderd artikel 1, lid 3, van elk van deze verordeningen moet worden vastgesteld overeenkomstig artikel 6, lid 1, van de Rome-II-verordening, terwijl het recht dat van toepassing is op de beoordeling van een gegeven contractueel beding altijd moet worden bepaald met toepassing van de Rome-I-verordening, ongeacht of deze beoordeling wordt verricht in het kader van een individuele of een collectieve vordering.

Vierde vraag, onder a)

61 Met zijn vierde vraag, onder a), wenst de verwijzende rechter te vernemen of een beding in de algemene verkoopvoorwaarden van een tussen een verkoper en een consument langs elektronische weg gesloten overeenkomst, inhoudend dat deze overeenkomst wordt beheerst door het recht van de lidstaat van vestiging van die verkoper, oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13.

[...]

66 Wat betreft een beding als beding 12 van de algemene voorwaarden in het hoofdgeding, inzake het toepasselijke recht, dient om te beginnen te worden opgemerkt dat de regelgeving van de Unie in beginsel rechtskeuzebedingen toestaat. Artikel 6, lid 2, van de Rome-I-verordening biedt partijen immers de mogelijkheid om het op een consumentenovereenkomst toepasselijke recht overeen te komen, mits is gewaarborgd dat geen afbreuk wordt gedaan aan de bescherming die de consument geniet op grond van de bepalingen van het recht van de rechter waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.

67 Zoals de advocaat-generaal in punt 94 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is een van tevoren opgesteld rechtskeuzebeding waarbij het recht van de lidstaat van vestiging van de verkoper wordt aangewezen, gelet daarop slechts oneerlijk voor zover het bepaalde bijzondere kenmerken heeft die verband houden met de bewoordingen of de context ervan en die het evenwicht tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoren.

68 In het bijzonder kan het oneerlijke karakter van een dergelijk beding volgen uit een formulering die niet voldoet aan het in artikel 5 van richtlijn 93/13 gestelde vereiste dat het duidelijk en begrijpelijk moet zijn opgesteld. Dit vereiste moet, gezien het feit dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie beschikt, ruim worden uitgelegd (zie in deze zin arrest van 23 april 2015, *Van Hove*, C-96/14, EU:C:2015:262, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Wanneer de gevolgen van een beding worden geregeld door dwingende wettelijke bepalingen, is het essentieel dat de verkoper de consument in kennis stelt van die bepalingen (zie in deze zin arrest van 26 april 2012, *Invitel*, C-472/10, EU:C:2012:242, punt 29). Dit is het geval bij artikel 6, lid 2, van de Rome-I-verordening, dat bepaalt dat de rechtskeuze er niet toe mag leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken volgens het recht dat toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze.

70 Gelet op het dwingende karakter van het vereiste van artikel 6, lid 2, van de Rome-I-verordening, zal een rechter die zich, in het geval van een consument die zijn hoofdverblijfplaats in Oostenrijk heeft, gesteld ziet voor een rechtskeuzebeding, die Oostenrijkse wetsbepalingen moeten toepassen waarvan naar Oostenrijks recht niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. Het is in voorkomend geval aan de verwijzende rechter om deze bepalingen aan te wijzen.

71 Derhalve dient op de vierde vraag, onder a), te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een beding in de algemene verkoopvoorwaarden van een verkoper waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en volgens hetwelk het recht van de lidstaat van de vestiging van deze verkoper de via elektronische handel met een consument gesloten overeenkomst

beheerst, oneerlijk is voor zover het deze consument misleidt door bij hem de indruk te wekken dat enkel het recht van deze lidstaat op de overeenkomst van toepassing is, zonder hem in te lichten over het feit dat hij eveneens op grond van artikel 6, lid 2, van de Rome-I-verordening recht heeft op de bescherming die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke van dit beding, waarbij het aan de nationale rechter is om dit in het licht van alle relevante omstandigheden te verifiëren.

Vierde vraag, onder b)

72 Met zijn vierde vraag, onder b), wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 95/46 aldus moet worden uitgelegd dat de verwerking van persoonsgegevens door een e-commercebedrijf wordt beheerst door het recht van de lidstaat waarop dit bedrijf zijn activiteiten richt.

73 Volgens artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 95/46 past elke lidstaat zijn nationale, ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen toe op de verwerking van persoonsgegevens indien de verwerking wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging op het grondgebied van de lidstaat van de voor de verwerking verantwoordelijke.

74 Dat betekent dat de verwerking van gegevens in het kader van de activiteiten van een vestiging wordt beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de vestiging zich bevindt. [...]

79 Het is aan de verwijzende rechter om in het licht van deze rechtspraak en rekening houdend met alle relevante in het hoofdgeding aan de orde zijnde omstandigheden te beoordelen of Amazon EU de betrokken gegevensverwerking verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging die zich bevindt in een andere lidstaat dan Luxemburg.

80 Indien de verwijzende rechter tot de conclusie mocht komen dat de vestiging in het kader waarvan Amazon EU deze gegevens verwerkt, zich bevindt in Duitsland, dan zou die verwerking worden beheerst door Duits recht, zoals de advocaat-generaal in punt 128 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

81 Gelet op een en ander dient op de vierde vraag, onder b), te worden geantwoord dat artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 95/46 aldus moet worden uitgelegd dat de verwerking van persoonsgegevens door een e-commercebedrijf wordt beheerst door het recht van de lidstaat waarop dit bedrijf zijn activiteiten richt, indien blijkt dat dit bedrijf de betrokken gegevensverwerking verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging die zich in die lidstaat bevindt. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of dit het geval is. [...]

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) en verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), moeten aldus worden uitgelegd dat het recht dat van toepassing is op een verbodsactie in de zin van richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, die is gericht tegen het gebruik van beweerdelijk ongeoorloofde contractuele bedingen door een in een lidstaat gevestigde onderneming die via elektronische handel overeenkomsten sluit met in andere lidstaten – en met name de lidstaat van de rechter – woonach-

tige consumenten, onverminderd artikel 1, lid 3, van elk van die verordeningen moet worden vastgesteld overeenkomstig artikel 6, lid 1, van verordening nr. 864/2007, terwijl het recht dat van toepassing is op de beoordeling van een gegeven contractueel beding altijd moet worden bepaald met toepassing van verordening nr. 593/2008, ongeacht of deze beoordeling wordt verricht in het kader van een individuele of een collectieve vordering.

- 2) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, moet aldus worden uitgelegd dat een beding in de algemene verkoopvoorwaarden van een verkoper waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en volgens hetwelk het recht van de lidstaat van de vestiging van deze verkoper de via elektronische handel met een consument gesloten overeenkomst beheerst, oneerlijk is voor zover het deze consument misleidt door bij hem de indruk te wekken dat enkel het recht van deze lidstaat op de overeenkomst van toepassing is, zonder hem in te lichten over het feit dat hij eveneens op grond van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 593/2008 recht heeft op de bescherming die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke van dit beding, waarbij het aan de nationale rechter is om dit in het licht van alle relevante omstandigheden te verifiëren.
- 3) Artikel 4, lid 1, onder a), van 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, moet aldus worden uitgelegd dat de verwerking van persoonsgegevens door een e-commercebedrijf wordt beheerst door het recht van de lidstaat waarop dit bedrijf zijn activiteiten richt, indien blijkt dat dit bedrijf de betrokken gegevensverwerking verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging die zich in die lidstaat bevindt. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of dit het geval is.'

Noot

1 De Richtlijn oneerlijke bedingen en het Europese consumentenrecht¹

Het consumentenrecht vormt een belangrijk onderdeel van het Europese privaatrecht. Terwijl harmonisatie van het consumentenrecht aanvankelijk een bijproduct was van de interne markt, vormt de consumentenbescherming inmiddels een apart beleidsterrein van de EU dat is ondergebracht bij het directoraat-generaal Justitie en Consumentenzaken.² Het Europese consumentenrecht bestrijkt een veelheid van onderwerpen, zoals timesharing, colportage en online transacties, garanties en oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden.³

De onderhavige zaak had betrekking op de toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Dit is een horizontale richtlijn die betrekking heeft op alle mogelijk soorten consumententransacties, en daarin consumenten beschermt tegen het gebruik van eenzijdig door de weder-

1 De uitspraak heeft al de nodige aandacht getrokken. Zie voor een paar commentaren Lorna Woods, <http://eulawanalysis.blogspot.nl/2016/08/which-data-protection-and-consumer-law.html> en Geert van Calster <https://gavclaw.com/2016/09/07/vki-v-amazon-readers-who-read-this-item-should-also-read-plenty-of-others/>. Beiden met name over de Privacyrichtlijn.

2 Zie voor de rechtsbasis in het verdrag art. 4 en 169 TFEU; voor het bevoegde directoraat http://ec.europa.eu/justice/mission/index_nl.htm en voor de ontwikkeling van het Europese consumentenrecht M.B.M. Loos & A.L.M. Keirse, 'The Optional Instrument and the Consumer Rights Directive: alternative ways to a new ius commune in contract law – Introduction', in: A.L.M. Keirse

& M.B.M. Loos (eds.), *Alternative ways to Ius commune. The Europeanisation of private law* (Ius Commune Europaeum series, nr. 105), Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 1-20

3 Zie http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/index_en.htm.

partij opgestelde oneerlijke bedingen.⁴ Artikel 3 lid 1 van de richtlijn definieert een oneerlijk beding als volgt:

‘Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.’

De prijs en andere kernbedingen kunnen niet op oneerlijkheid worden getoetst, tenzij deze onbegrijpelijk of onduidelijk zijn geformuleerd.⁵ Als een beding onredelijk wordt bevonden, bindt het beding de consument niet.⁶ Dit wordt door het Hof van Justitie van zo groot belang geacht dat de rechter desnoods ambtshalve algemene voorwaarden in consumentencontracten aan de normen van de richtlijn moet toetsen.⁷ Ook als de consument helemaal niet komt opdagen, zal de rechter de vordering van de wederpartij pas toewijzen na een controle op dit punt.⁸ De rechter treedt dus op als een soort handhaver van het consumentenrecht zodra een consumentenovereenkomst aan hem wordt voorgelegd.⁹ Zo wordt de handhaving van het consumentenrecht minder afhankelijk van de consumenten zelf.

Maar ook bij ambtshalve toetsing is de handhaving van het Europese consumentenrecht nog steeds afhankelijk van de individuele partijen die een concreet geschil aan de rechter voorleggen. Om de handhaving in internationale gevallen te versterken verplicht het EU-recht tot het aanwijzen van een met die handhaving belaste publiekrechtelijke instantie (in Nederland de Autoriteit Consument en Markt).¹⁰ Daarnaast spelen private belangenverenigingen zoals bij ons de Consumentenbond en in Oostenrijk de Verein für Konsumenteninformation (VKI) een belangrijke rol bij de toetsing van algemene voorwaarden: zij kunnen in een procedure voor de rechter de door een aanbieder gebruikte voorwaarden laten toetsen op (on)eerlijkheid.¹¹ Deze bovenindividuele vormen van handhaving zijn nodig omdat blijkt dat consumenten niet vaak zelf naar de rechter gaan – de waarde van de gemiddelde consumententransactie is daarvoor simpelweg te klein.¹²

Het consumentenrecht wordt dus gehandhaafd in individuele geschillen – eventueel met ambtshalve toepassing – en door middel van handhavingsacties van publieke en particuliere organisaties. Intern rijst daarbij de vraag of in beide soorten acties precies dezelfde toets wordt aangelegd. Hoe moet de rechter bepalen of een concreet beding oneerlijk is? Is dat identiek voor individuele en collectieve geschillen?¹³ In het grensoverschrijdende geval komen daar een aantal complicaties bij: welke rechter is bevoegd om kennis te nemen van een procedure waarin algemene voorwaarden een rol spelen en aan de hand van welk recht toetst die rechter dan de eerlijkheid van een specifieke voorwaarde?

De onderhavige zaak had betrekking op het toepasselijke recht. De vraag die de hoogste Oostenrijkse rechter zich stelde was of het recht dat van toepassing is op de toetsing van algemene voorwaarden op verzoek van VKI moet worden gevonden aan de hand van de Rome II-verordening die betrekking heeft op niet-contractuele verbintenissen, of dat juist gezocht moet worden naar het recht dat van toepassing zou zijn op de overeenkomsten waarin de algemene voorwaarden worden opgenomen. Voor dat laatste zou dan de Rome I-verordening van belang zijn. Daarnaast speelden in het concrete gevallen twee complicaties. De algemene voorwaarden van Amazon EU bevatten namelijk een rechtskeuze voor Luxemburgs recht. Moet de (on)eerlijkheid van de specifieke voorwaarden dan ook beoordeeld worden aan de hand van het Luxemburgse recht? En is een rechtskeuze in een consumentenovereenkomst zelf misschien al oneerlijk? Ten slotte was op een deelvraag een andere richtlijn van toepassing, namelijk de Privacyrichtlijn uit 1995.¹⁴ Die richtlijn gaat uit van het herkomstlandbeginsel. Zet dat beginsel de regels van Rome I en Rome II buiten spel?

Deze zaak kent een voorganger in de zaak *VKI v Henkel* uit 2002.¹⁵ Dat arrest had juist betrekking op de bevoegdheid. Voor een goed begrip worden ook de belangrijkste bevindingen uit dat arrest hieronder besproken.

4 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 095/29-34.

5 Zie art. 4 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG.

6 Art. 6 Richtlijn 93/13/EEG.

7 Deze toets loopt uiteraard, nu het hier gaat om de doorwerking van een richtlijn in een horizontale verhouding, via een toetsing aan het nationale recht.

8 Zie onder meer HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 (*Océano*); HvJ EG, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395 (*Pannon*); HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487 (*Asbeek Busse c.s./Jahani BV*). De Hoge Raad is het Hof van Justitie hierin gevolgd, zie Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 (*Heesakkers/Voets*); Hoge Raad 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *RvdW* 2016/362 (*X/Stichting Trudo*).

9 Zie over verschillen tussen de rechter als conflictbeslechter en de rechter als rechtshandhaver: R.R. Verkerk, ‘Burgerlijk procesrecht en ideologie’, *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2011,

af. 1, p. 6-30. Zie over ambtshalve toetsing in consumentenzaken: A.G.F. Ancery & H.B. Krans, ‘Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties’, *AA* 2016, afl. 11, p. 825-830 (AA20160825).

10 Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (‘Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming’), *PbEG* 2004, L 364/1-11; Wet van 20 november 2006, houdende regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (Wet handhaving consumentenbescherming).

11 Art. 7 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG jo. (voor Nederland) art. 6:240 BW. Overigens kan een belangenorganisatie ook gebruik maken van art. 3:305a BW.

12 Zie over deze en andere oorzaken voor de geringe bereidheid van consumenten om consumentengeschillen aan de rechter voor te leggen M.B.M.

Loos, ‘Individuele handhaving van het consumentenrecht’, in: M.B.M. Loos, W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 15-127. Dit preadvies is gratis te downloaden via www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl/index.php/en/preadviezen.

13 Zie paragraaf 5.

14 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, *PbEG* 1995, L 281/31-50. Wordt per 25 mei 2018 vervangen door Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene Verordening gegevensbescherming), *PbEU* 2016, L 119/1.

15 HvJ EG 1 oktober 2002, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (*VKI v Henkel*), *Jur.* 2002 I-8111.

2 IPR-perikelen in VKI v Henkel: burgerlijke en handelszaken

De regels met betrekking tot de internationale bevoegdheid van de rechter zijn voor grensoverschrijdende gevallen in de EU neergelegd in Verordening Brussel I bis.¹⁶ Deze verordening – ook wel Brussel I-verordening (herschikking) of EEX-Verordening II genoemd – is alleen van toepassing op civiele en handelszaken. In het arrest *VKI v Henkel* heeft het Hof zich onder andere uitgelaten over de vraag of hier sprake is van een civiele en handelszaak in de zin van het op dit punt gelijkkluidende EEX Verdrag. Deze vraag kwam op omdat het hier niet gaat om een concreet geschil tussen twee contractspartijen, maar om een handhavingsactie die door een organisatie wordt ingesteld ten bate van consumenten in het algemeen.¹⁷ Een dergelijke actie kan ook worden ingesteld door publieke instanties, en dient een collectief, algemeen belang. In het arrest oordeelde het Hof van Justitie echter dat een actie van een belangenorganisatie ter handhaving van het consumentenrecht onder de werkingssfeer van het toenmalige EEX viel. Hierbij achtte het Hof van belang dat de actie was ingesteld door een particuliere organisatie. Maar daarnaast speelde ook de aard van het geding een rol. De procedure had geen betrekking op het uitoefenen van specifieke overheidsbevoegdheden, maar had als doel privaatrechtelijke betrekkingen door de rechter te laten toetsen aan regels van privaatrecht. Dat laatste argument geldt onverkort ook voor door overheidsinstanties ingestelde verbodsacties. Voor zover deze instanties geen bijzondere bevoegdheden inzetten bij de handhaving van consumentenrechtelijke bepalingen viel mijns inziens ook hun vordering binnen de werkingssfeer van het toenmalige EEX. Dergelijke vorderingen vallen dan nu onder de Verordening Brussel I bis.¹⁸ De verordening is echter niet van toepassing op het innen van door de Autoriteit Consument en Markt opgelegde boetes.

Het arrest *VKI v Amazon* heeft geen betrekking op bevoegdheid, maar op toepasselijk recht. De regels daarover vinden we in de Rome I- en Rome II-verordeningen.¹⁹ Ook deze verordeningen zijn uitsluitend van toepassing op burgerlijk en handelszaken. In de procedure speelt de vraag of de verordeningen wel kunnen worden toegepast op de vordering van VKI echter geen rol: dat is sinds *VKI v Henkel* immers een uitgemaakte zaak ('*acte éclairée*').

3 Vervolg VKI v Henkel: overeenkomst of onrechtmatige daad?

Als een rechtsvordering onder Verordening Brussel I bis valt, mag de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid

uitsluitend baseren op de bepalingen van de verordening. Nationaal bevoegdheidsrecht komt nog slechts in beeld als de verordening daarnaar verwijst, of als het nationale recht gebaseerd is op een EU-richtlijn. De Brussel I bis-verordening bevat een apart hoofdstuk met betrekking tot consumentengeschillen. Deze regeling is van toepassing op B2C verhoudingen waarbij de in een ander land gevestigde aanbieder van goederen of diensten op enigerlei wijze actief is in het land van vestiging van de consument.²⁰ In dat geval mag de consument zijn geschil aanhangig maken in zowel de woonplaats van de wederpartij als in zijn eigen woonplaats. De aanbieder heeft een dergelijke keuzemogelijkheid niet – die moet altijd naar een rechter in het woonland van de consument. Forumkeuzes in internationale consumentenovereenkomsten zijn op grond van de verordening maar beperkt geldig: hetzij als ze de consument extra keuzemogelijkheden bieden, hetzij als ze gesloten zijn na ontstaan van het geschil of zijn opgenomen in een contract dat bij sluiting louter nationaal van aard was. Brussel I bis biedt consumenten dus een bijzondere bescherming. Bijzonder is verder dat deze bescherming ook geboden wordt als de wederpartij van de consument niet in de EU is gevestigd, maar bijvoorbeeld in de VS. Terwijl de algemene bevoegdheidsregels van de verordening alleen van toepassing zijn als de gedaagde woonplaats heeft in een EU-lidstaat, geldt de bijzondere consumentenbescherming in beginsel wereldwijd. De bescherming is echter alleen in te roepen door de consument zelf. Als een consument zijn vordering overdraagt aan een commerciële partij, kan deze laatste zich niet op de consumentenbescherming beroepen. Ook de algemeenbelangactie van de consumentenorganisatie valt niet onder de bepalingen inzake consumentenovereenkomsten.²¹

VKI kan zich dus niet beroepen op de bijzondere bepalingen voor consumenten in het geschil tegen Amazon, maar moet gebruik maken van de algemene bevoegdheidsregels. Dit betekent onder andere dat een eventuele procedure tegen het Amerikaanse moederbedrijf Amazon.com, Inc. buiten de werkingssfeer van de verordening zou vallen. Maar in casu wordt de procedure gevoerd tegen de in Luxemburg gevestigde dochteronderneming Amazon EU Sàrl.

Op grond van artikel 4 van de verordening kan VKI ervoor kiezen de vordering tegen de handelaar wiens praktijken (in dit geval: het gebruik van oneerlijke bedingen) zij wil bestrijden, aan te brengen voor de rechter van de vestigingsplaats van deze handelaar. In de zaak *VKI v Henkel* was Henkel gevestigd in Duitsland; de vestigingsplaats van Amazon EU Sàrl is gelegen in Luxemburg. Voor VKI is dit echter niet gunstig. Zij zal zich als Oostenrijkse

16 Verordening (EU) 1215/2012. Deze verordening is de rechtsopvolger van Verordening (EG) 44/2001 (Brussel I), die op zijn beurt voor het Rijk in Europa het EEX-verdrag heeft vervangen.

17 Dit wordt wel een *recours subjectif* resp. *recours objectif* genoemd: zie R.J.N. Schössels, 'Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers?', in: A.W. Jongbloed (red.), *Samen sterk; over het optreden in rechte door groeperingen*, Den Haag: BJu 2002, p. 115-117.

18 Verg. HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, ECLI:EU:C:2013:228 (*Land Berlin*), r.o. 31 e.v.

19 Verordening (EG) 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEG* L 177/6 en Verordening (EG) 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEG* L 199/40.

20 Dit is een enigszins vereenvoudigde weergave van de werkingssfeer van Afdeling 4 Brussel I bis. Zie

hierover meer uitgebreid A.A.H. van Hoek, 'Case Note CJEU – Pammer and Alpenhof – Grand Chamber 7 December 2010, joined cases 585/08 and 144/09, not yet published', *European Review of Contract Law* 2012, afl. 8, p. 93-107.

21 Zie HvJ EG 19 januari 1993, C-89/91, *Jur.* p. I-139 (*Shearson Lehman Hutton*), en het reeds geciteerde arrest *VKI v Henkel*, r.o. 33.

organisatie die opkomt voor de belangen van Oostenrijkse consumenten en zich daarbij wil beroepen op Oostenrijks recht liever wenden tot een rechter in Oostenrijk. De vraag is dan of artikel 7 van de verordening de Oostenrijkse rechter misschien bevoegdheid verleent. Artikel 7 bevat alternatieve bevoegdheidsgronden voor specifieke geschillen. Lid 1 verleent bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, lid 2 ziet op niet-contractuele verbintenissen.²²

In het arrest *VKI v Henkel* wees het hof erop dat er in het algemeen geen contractuele band bestaat tussen de belangorganisatie en het bedrijf waartegen actie wordt gevoerd. Ook handelt VKI niet namens consumenten die reeds een overeenkomst hebben gesloten. De vordering van de vereniging voor consumentenbescherming berust op het haar bij wet toegekende recht om het gebruik, in de betrekkingen tussen een commerciële verkoper en een particuliere eindverbruiker, van door de wetgever als onrechtmatig beschouwde bedingen te doen verbieden.²³ De vordering is dan ook niet-contractueel van aard en valt onder artikel 7 lid 2 Brussel I bis. Op grond van die bepaling mag de Oostenrijkse rechter zich bevoegd verklaren als Oostenrijk te beschouwen is als het land waar de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden.

Volgens vaste rechtspraak verleent artikel 7(2) Brussel I bis bevoegdheid aan zowel de rechter van de plaats waar het onrechtmatig handelen plaatsvond als de rechter van de plaats waar de schade intreedt. In het arrest *VKI v Henkel* stelt het Hof van Justitie dat in consumentenzaken het begrip ‘schadebrengend feit’ zich ook uitstrekt tot de verstoring van de rechtsorde die het gebruik van onredelijke bedingen teweegbrengt.²⁴ In de officiële Duitse tekst van het arrest wordt hiervoor der term ‘Angriffe auf der Rechtsordnung’ gebruikt. In mijn commentaar op dit arrest²⁵ concludeerde ik dat dit erop zou kunnen wijzen dat de bevoegdheid van de Oostenrijkse rechter niet zozeer afhangt van de woonplaats van de consumenten waarvoor VKI opkomt, maar veeleer van de vraag of de belangorganisatie zich beroept op een schending van Oostenrijks recht. Maar dat moet dan dus wel van toepassing (kunnen) zijn. En zo komen we dan uit bij *VKI v Amazon*: welk recht beheerst eigenlijk de verbodsvordering van VKI en de vraag of een aantal in de algemene voorwaarden opgenomen bepalingen oneerlijk zijn?

4 *VKI v Amazon* – rechtskeuze als oneerlijk beding

Het toepasselijke recht op overeenkomsten wordt vastgesteld aan de hand van de Rome I-verordening. Ook

deze verordening heeft een bijzondere regeling voor consumentengeschillen. Als aan de toepassingsvoorwaarden van deze regeling is voldaan wordt de door een consument met een commerciële aanbieder gesloten overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft. Een rechtskeuze is wel toegestaan, maar kan niet afdoen aan de bescherming die de consument geniet op grond van dwingende bepalingen van het recht dat zonder die keuze van toepassing zou zijn geweest. Het recht van zijn gewone verblijfplaats vormt dus altijd een bodem van bescherming waar de consument op kan terugvallen als in de overeenkomst een andersluidende rechtskeuze is gemaakt. Voorwaarde is wel dat de aanbieder van goederen of diensten ook daadwerkelijk actief is in het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft. In de algemene voorwaarden van Amazon EU is een rechtskeuze voor Luxemburgs recht opgenomen.²⁶ Dat recht is dan op grond van de Rome I-verordening van toepassing op de gesloten overeenkomsten. Het Hof overweegt echter in r.o. 29 dat het Luxemburgse bedrijf Amazon EU Sàrl zich via haar website *amazon.de* mede op Oostenrijkse markt richt. Oostenrijkse consumenten kunnen zich dan ook beroepen op dwingende bepalingen van Oostenrijks recht als deze hen meer bescherming bieden dan het gekozen Luxemburgse recht.

Een rechtskeuze in algemene voorwaarden biedt op papier alleen maar voordelen voor de consument – deze wordt dan immers dubbel beschermd: door het gekozen recht en als dat gunstiger voor hem is ook nog eens door het recht van zijn gewone verblijfplaats. Kan zo’n bepaling – die in de praktijk vaak voorkomt²⁷ – dan toch nog oneerlijk zijn? Volgens het Hof wel, namelijk voor zover het de

‘consument misleidt door bij hem de indruk te wekken dat enkel het recht van deze lidstaat op de overeenkomst van toepassing is, zonder hem in te lichten over het feit dat hij eveneens op grond van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 593/2008 recht heeft op de bescherming die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke van dit beding.’

Hiermee maakt het Hof de door de Rome I-verordening geboden bescherming weer een stukje effectiever.

In het bevoegdheidsrecht geldt overigens iets soortgelijks: een forumkeuze die exclusieve bevoegdheid verleent aan de rechter van de woonplaats van de handelaar zal vaak oneerlijk zijn in de zin van de richtlijn.²⁸ In het interne Nederlandse bevoegdheidsrecht is een forumkeuze in consumentenovereenkomsten maar beperkt geldig.²⁹ Ook de Brussel I bis-verordening beperkt de geldigheid van forumkeuzes in consumentenovereenkomsten: in

²² Als gehandeld wordt vanuit een vestiging, kan ook lid 5 nog relevant zijn.

²³ *VKI v Henkel* r.o. 39.

²⁴ *Idem* r.o. 42.

²⁵ A.A.H. van Hoek, ‘De collectieve actie en het internationale bevoegdheidsrecht’, *Sociaal Recht* 2003, p. 62-64.

²⁶ Daarnaast kan een rechter nog gevolg toekennen aan bijzonder dwingend recht in de zin van art. 9 Rome I. Zowel in Nederland als in Oostenrijk is

de regeling van algemene voorwaarden voorzien van een eigen territoriale werkingsfeer die onafhankelijk is van het op de overeenkomst toepasselijke recht. Zie art. 6:247 lid 4 BW en r.o. 24 van het arrest. Op dit aspect wordt in het arrest niet ingegaan. In verband met de omvang van deze noot laat ik dit punt ook rusten.

²⁷ Zie bijv. M.B.M. Loos & J.A. Luzak, ‘Wanted: A bigger stick. On unfair terms in consumer contracts with online service providers’, *Journal*

of Consumer Policy 2016, afl. 1, p. 63-90 (op p. 84-86), waarin rechtskeuzebedingen van Facebook, Twitter, Google en Dropbox worden besproken, waarin steeds een rechtskeuze voor het recht van de Amerikaanse deelstaat Californië wordt gemaakt.

²⁸ Zie Loos en Luzak 2016, op p. 82-84.

²⁹ Art. 108 lid 2 Rv.

internationale gevallen zijn forumkeuzes alleen bindend voor de consument als er een forumkeuze overeenkomst is gesloten na ontstaan van het geschil.³⁰ Een forumkeuze in de algemene voorwaarden bindt de consument dus niet. Maar dat moet de consument dan wel weten. Voor het internationale bevoegdheidsrecht geldt namelijk dat de consument de door de verordening geboden bescherming kan verliezen door te verschijnen in de procedure.³¹ Als een consument in de procedure verschijnt en zich niet op onbevoegdheid van de rechter beroept, mag de rechter bevoegdheid aannemen ook als hij deze anders niet zou hebben. Verschijnen creëert dus bevoegdheid.³² Dit kan in geval van een ongeldige forumkeuze paradoxale gevolgen hebben. Het kan namelijk voorkomen dat een rechter ambtshalve moet constateren dat de forumkeuze waarop de handelaar zich baseert ongeldig is, en dat dus de op basis van deze forumkeuze aangezochte rechter niet op die grond bevoegd is. Vervolgens zou diezelfde rechter zich toch bevoegd moeten verklaren als de consument is verschenen zonder zich op de onbevoegdheid van de rechter te beroepen. Sinds de inwerkingtreding van de Brussel I bis moet de rechter zich er in dat geval van vergewissen of de consument zich bewust was van het effect van zijn verschijning. Hoe deze vergewisplicht moet worden ingevuld is echter nog niet duidelijk. Het Europees Judiciele Netwerk acht het voldoende als in de oproeping wordt aangegeven wat het effect van verschijnen op de bevoegdheid van de rechter is. Mijns inziens vereist een effectieve bescherming echter dat de rechter de consument erop kan wijzen dat er zonder instemming van de consument in het concrete geval geen bevoegdheid zou bestaan – zeker als de procedure wordt gevoerd voor de rechter die als exclusief bevoegd is aangewezen in een onverbindende forumkeuze.³³

In beide gevallen gaat het erom dat effectieve bescherming van de consument actieve voorlichting vereist over de rechten die de consument ontleent aan de IPR-regelingen (en de richtlijn). Overigens is het in Nederland zo dat de rechter ambtshalve het IPR moet toepassen en zo nodig ook ambtshalve de inhoud van het toepasselijke recht vaststelt. Dat houdt in dat in een consumentenzaak desnoods ambtshalve moet worden vastgesteld of het recht van de woonplaats van de consument een betere bescher-

ming biedt dan het in de overeenkomst gekozen recht.³⁴ Ook dat verhoogt de bescherming van de consument.

5 De verhouding tussen individuele en collectieve handhaving

Uit het arrest *VKI v Henkel* was al bekend dat de vordering van de consumentenorganisatie voor de toepassing van de bevoegdheidsregels van Brussel I bis gebaseerd is op een niet-contractuele verbintenis. Het Hof acht deze kwalificatie zonder veel omhaal van woorden ook geldig voor het toepasselijk recht.³⁵ Op de verbodsvordering is dus de Rome II-verordening van toepassing. Deze verordening bevat in artikel 6 een bijzondere regeling voor oneerlijke concurrentie. Op basis van deze regeling wordt de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een daad van oneerlijke concurrentie, beheerst door het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen of de collectieve belangen van de consumenten worden geschaad of dreigen te worden geschaad.³⁶ Het Hof past op de vordering van VKI deze bepaling toe en concludeert dan dat in geval van een verbodsactie als bedoeld in Richtlijn 2009/22/EG de regel verwijst naar het land waar de consumenten woonachtig zijn op wie de onderneming haar activiteiten richt en wier belangen de vereniging voor consumentenbescherming met die actie behartigt.³⁷ Dit is in zekere zin een dubbel criterium: Amazon richt zich mede op Oostenrijkse consumenten en VKI beoogt met deze specifieke verbodsactie de belangen van Oostenrijkse consumenten te beschermen. Daarmee is de toepasselijkheid van het Oostenrijkse recht gegeven.³⁸ Tenminste: wat betreft de regels die betrekking hebben op de verbodsactie. Maar welk recht is nu van toepassing op de vraag of de litigieuze bedingen oneerlijk zijn? De Richtlijn oneerlijke bedingen vormt hiervoor het kader, maar er zijn nog wel degelijk verschillen tussen de lidstaten bij de invulling van het criterium. Dit kan ook, omdat de richtlijn slechts minimumbescherming biedt.³⁹ Het kan dus uitmaken of de bedingen worden getoetst aan Luxemburgs recht of aan Oostenrijks recht.

Het Hof stelt in r.o. 53 dat het toepasselijke recht op de vraag of een beding oneerlijk is, niet mag afhangen van de context waarin de vraag opkomt. Het mag dus niet uitmaken of de toets plaatsvindt in het kader van een

30 Zie art. 18 lid 2 Brussel I bis en hierboven, alsmede art. 8 lid 3 en 4 Rv.

31 In interne gevallen wordt hij hiertegen beschermd door art. 110 Rv.

32 Verg. HvJ EU 20 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:290, *Jur.* 2010, p. I-04545 (*ČPP Vienna Insurance Group / Michal Bilas*).

33 A.A.H. van Hoek, commentaar op art. 26 Brussel I-bis, in: *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Zie voor de door het netwerk aanbevolen standaardtekst: https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-en.do?clang=en.

34 Zie art. 10:2 BW en de conclusie van A-G Vlas van 15 mei 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW1254.

35 A-G Saugmandsgaard Øe (nr. 45-57) wijdt nog wel de nodige overwegingen aan de vraag of de grens tussen overeenkomst en onrechtmatige daad voor het bevoegdheidsrecht anders getrokken moet

worden dan voor het toepasselijk recht.

36 Een uitzondering geldt als de daad zich uitsluitend richt op een specifieke concurrent.

37 De Richtlijn 2009/22/EG zelf zegt hierover in art. 2 lid 2 'Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de regels van het internationaal privaatrecht ten aanzien van het toepasselijke recht, namelijk normaliter hetzij het recht van de lidstaat waar de inbreuk zijn oorsprong vindt, hetzij het recht van de lidstaat waar de inbreuk gevolgen heeft.' Dit is curieus nu de richtlijn van later datum is dan Rome II.

38 De vraag of VKI de belangen van Oostenrijkse consumenten behartigt, kan ook een rol spelen bij de ontvankelijkheid van de organisatie: zie A.A.H. van Hoek, 'Collectieve handhaving van het arbeidsrecht en internationale detacheringen: taakverdeling tussen publieke en private instanties en handavingslacunes', in: Jongbloed 2002,

p. 27-60.

39 Zie art. 8 Richtlijn 93/13/EEG. In dat geval is ook in grensoverschrijdende gevallen toegestaan de bescherming uit te breiden. Vgl. HvJ EU 17 oktober 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663 (*Unamar v Navigation Maritime Bulgare*). Dit is anders in 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* 2011, L 304/64-88 die geen verdere bescherming op het geharmoniseerde gebied toestaat.

individueel geschil tussen consument en gebruiker of juist in een procedure als deze waarin een belangenorganisatie een verbodsactie instelt. Daarom wordt de oneerlijkheid van het beding getoetst aan het recht dat van toepassing is op de overeenkomsten waarin het wordt opgenomen. Zoals hierboven al is uitgelegd, wordt de overeenkomst tussen de Oostenrijkse consumenten en Amazon EU in beginsel beheerst door het gekozen Luxemburgse recht (mits deze keuze geldig is uitgebracht). Deze keuze kan echter geen afbreuk doen aan de bescherming die het Oostenrijkse recht de Oostenrijkse consumenten biedt. De extra bescherming van de individuele consumenten werkt dus door in de collectieve handhaving. Ook VKI kan zich voor de oneerlijkheid van het beding beroepen op zowel het Oostenrijkse recht als het Luxemburgse recht.

Op de overweging dat de context van de vraag (collectieve of individuele actie) niet van invloed mag zijn op het toepasselijk recht valt wel wat aan te merken. In het materiële consumentenrecht wordt namelijk wel degelijk verschil gemaakt tussen individuele en collectieve handhaving. Zo bepalen artikel 5 Richtlijn oneerlijke bedingen en artikel 6:240 lid 1 BW, dat de contra proferentem-regel op grond waarvan een onduidelijk beding ten nadele van de gebruiker van algemene voorwaarden wordt uitgelegd, niet geldt in een collectieveactieprocedure.⁴⁰ Advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe wijst hier ook op in zijn conclusie en bepleit juist afzonderlijke beoordeling van de twee handhavingsscenario's, ook in het IPR.⁴¹ Dit zou voorkomen dat in een collectieve actie – die een preventief karakter heeft en dus met name beoogt toekomstig gebruik van de algemene voorwaarden te voorkomen – een op dat moment nog niet geaccepteerde rechtskeuze in de algemene voorwaarden doorslaggevend wordt voor het toepasselijke recht.

Het Hof kijkt dus af van het advies van de A-G op grond van een redenering die gezien het materiële recht geen steek houdt. Leidt dit nu tot een onredelijke uitkomst? Een Oostenrijkse belangenorganisatie zal zich doorgaans op Oostenrijks recht willen baseren bij een actie die zich richt tegen het gebruik van een specifieke set algemene voorwaarden op de Oostenrijkse markt. Toch is de oplossing van het Hof mijns inziens verdedigbaar. Op grond van de door het Hof geformuleerde invulling van artikel 6 lid 1 Rome II zal het recht dat van toepassing is op de verbodsactie zelf samenvallen met het recht dat objectief toepasselijk is op de overeenkomsten van de consumenten die de actie beoogt te beschermen. Toepasselijk recht op actie en overeenkomst zullen slechts uiteenlopen als in de algemene voorwaarden een rechtskeuze is opgenomen. In dat geval vindt een dubbele toetsing plaats: de voorwaarden kunnen worden getoetst aan zowel het gekozen recht als het objectief toepasselijke recht. Dit is ongunstig

voor de gebruiker van de algemene voorwaarden, maar dat vind ik geen onoverkomelijk bezwaar. Het is immers de gebruiker van de algemene voorwaarden die zelf een rechtskeuze in de overeenkomst wenst op te nemen. Hij kan zich dan ook instellen op de gevolgen daarvan. Voor rechters en consumentenorganisaties is wel van belang dat ze niet (op grond van het nationale procesrecht) verplicht worden om de algemene voorwaarden eerst te toetsen aan het gekozen recht.⁴² Als de voorwaarden oneerlijk zijn op grond van de dwingende regels van het objectief toepasselijke recht, kan een andersluidende rechtskeuze de voorwaarden immers niet redden.⁴³

Intussen heeft de keuze van het Hof mogelijk een bredere betekenis voor het IPR: het Hof behandelt de oneerlijkheid van de bedingen namelijk als voorvraag en knoopt deze voorvraag vervolgens zelfstandig aan. Ook op andere terreinen van het recht doen zich situaties voor dat het antwoord op een bepaalde vraag (kan VKI een verbod vragen?) afhangt van het antwoord op een andere vraag (zijn de gebruikte bedingen oneerlijk?). Het Europese IPR kent geen 'algemeen deel' waarin wordt bepaald hoe met dergelijke constellaties om moet worden gegaan. Worden beide vragen beantwoord aan de hand van een en hetzelfde recht of moet je per vraag het toepasselijke recht bepalen? Het Hof kiest hier in aansluiting op de conclusie van de A-G voor de tweede optie. In de formulering van het Hof lijkt een rol te spelen dat voor zowel de onrechtmatige daad als de consumentenovereenkomst een Europese verwijzingsregel bestaat. De overweging van de A-G kent deze beperking echter niet: deze stelt onverkort dat als er meerdere deelvragen een rol spelen in een concreet geschil voor elk van deze vragen afzonderlijk het toepasselijke recht moet worden gevonden. Het gaat het kader van deze noot te buiten om hier een uitgebreide beschouwing te wijden aan dit aspect van de uitspraak en de betekenis ervan voor – bijvoorbeeld – het stakingsrecht.⁴⁴ Maar dit punt verdient zeker nadere aandacht.

6 Tot slot: de Privacyrichtlijn

De Oostenrijkse rechter zal aan de hand van Oostenrijkse en Luxemburgse recht bepalen of de aan hem voorgelegde bedingen oneerlijk zijn. Als Luxemburgs recht geldig is gekozen, beheerst in beginsel Luxemburgs recht de met Amazon gesloten overeenkomsten. Als echter het dwingende Oostenrijkse recht de consument meer bescherming biedt dan het gekozen Luxemburgse recht, dan is alsnog het beschermingsniveau van het Oostenrijkse recht bepalend voor de vraag of de voorwaarden al dan niet oneerlijk zijn. Tenminste, voor zover niet andere Europese regelingen een afwijkende regeling bevatten. En dat lijkt hier het geval. Een

⁴⁰ Zie art. 6:238 lid 2 BW. Daarentegen zijn o.g.v. art. 6:240 lid 1 BW de open norm van art. 6:233 onder a BW en de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 237 BW van toepassing in beide soorten procedures.

⁴¹ Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2016:388, nr. 64-66.

⁴² Verg. conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2016:388, nr. 100. Zie voor de verplichting tot ambtshalve toetsing in het Nederlandse recht art. 10:2 BW en de conclusie van A-G Vlas van 15 mei 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW1254.

⁴³ Verg. r.o. 70 waarin het HvJ EU ervan lijkt uit

te gaan dat in dit geval de voorwaarden (ook) aan dwingend Oostenrijks recht moeten worden getoetst.

⁴⁴ Zie hierover F. Dorssemont & A. van Hoek, 'Collective action in labour conflicts under the Rome II regulation (part II en part II)', *European Labour Law Journal* 2011, afl. 2, p. 48-75 en 101-118.

van de bedingen had namelijk betrekking op de verwerking van persoonsgegevens. Daarop is (ook) de Privacyrichtlijn van toepassing.⁴⁵ Deze richtlijn regelt een aantal aspecten van de verwerking van persoonsgegevens, waaronder het recht op inzage en de noodzaak om toestemming van betrokkenen te verkrijgen. Het Oberste Gerichtshof vroeg zich af hoe de verschillende regelingen – de IPR-verordeningen aan de ene kant, en de richtlijn aan de andere – zich tot elkaar verhouden. De richtlijn gaat er namelijk van uit dat

‘[e]lke Lid-Staat [...] zijn nationale, ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen [toepast] op de verwerking van persoonsgegevens indien:

a) die wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging op het grondgebied van de Lid-Staat van de voor de verwerking verantwoordelijke [...]’

Het Oberste Gerichtshof lijkt (mede) te willen weten of dit nu betekent dat de geldigheid van de clausule in de algemene voorwaarden die betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens uitsluitend wordt beheerst door het recht van het land van vestiging van Amazon of dat ook het recht dat de overeenkomsten (of de onrechtmatige daad) beheerst hier een rol in kan spelen. De algemene voorwaarden kunnen immers worden getoetst aan dwingend Oostenrijks recht, maar mogelijk geldt dat niet voor de specifieke bepalingen die betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens.

De vraag van het Oberste Gerichtshof is echter wat meerduidig geformuleerd. Zowel de A-G als het Hof van Justitie interpreteren hem zo, dat hij geen betrekking heeft op de verhouding tussen de IPR-verordeningen en de Privacyrichtlijn, maar veeleer vraagt om uitleg van het vestigingsbegrip in de richtlijn. Tenminste, op dat aspect richt het antwoord van het Hof zich. Dit is mijns inziens een gemiste kans. Uit het *e-Date*-arrest weten we hoe ingewikkeld de verhouding tussen de IPR-verordeningen en de interne markt richtlijnen kan zijn. En anders dan de A-G acht ik het antwoord niet vanzelfsprekend.⁴⁶ Het was prettig geweest als het Hof op dit punt nadrukkelijk duidelijkheid had geschapen.

De Privacyrichtlijn zal overigens per 25 mei 2018 worden vervangen door de Algemene Verordening gegevensbescherming.⁴⁷ Deze verordening bevat nadere regels over de toestemming van betrokkenen en de wijze waarop deze moet worden verkregen. Deze regels zijn rechtstreeks van toepassing in de hele EU. Het nationale recht (en de mogelijke verschillen daartussen) wordt op dit punt dus minder belangrijk. Daarmee is het IPR-probleem overigens nog niet opgelost. Voor de aansprakelijkheid van tussenpersonen verwijst de verordening namelijk naar Richtlijn 2000/31/EG (de E-commercerichtlijn), terwijl voor de redelijkheid van de bedingen inzake gegevensverwerking wordt verwezen naar Richtlijn 93/13/EEG (de Richtlijn oneerlijke bedingen).⁴⁸ ■

45 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 (*PbEG* L 281 van 23 november 1995, p. 31).

46 Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe,

ECLI:EU:C:2016:388, nr. 106-108. Ik vind steun bij o.a. P.H. Blok, ‘Privacybescherming in alle staten Internationaal privacyrecht en IPR onder de Europese Privacyrichtlijn’, *Computerrecht* 2005/45.

47 Verordening (EU) 2016/679 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband

met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *PbEU* L 119/1.

48 Zie preambule nr. 21 en art. 2 lid 4 resp. preambule nr. 42 van Verordening (EU) 2016/679, *PbEU* L 119/1.