

naamde ‘chilling effects’ toenemen: gebruikers passen hun gedrag aan vanwege de vrees dat hun informatie wordt gebruikt voor zaken die zij niet wenselijk achten. Daarmee neemt de noodzaak toe om – als gebruiker en aanbieder – zorgvuldig te zijn met het gebruiken en delen van tot natuurlijke personen herleidbare gegevens. In andere uitspraken heeft het Hof al aangegeven dat het delen van gebruikersgegevens onderwerp moet zijn van een bredere belangenafweging, waarbij ook fundamentele rechten een rol moeten spelen.¹¹

Een tweede observatie betreft de positie van natuurlijke personen vanuit een consumentenperspectief. De uitspraak maakt het privacyrecht nog verder deel van het recht dat door consumenten mogelijk kan worden ingeroepen ter bescherming van hun belangen. De vraag kan worden gesteld of dat wel de rol van het privacyrecht moet zijn c.q. hoe het privacyrecht zich verhoudt tot meer algemeen consumentenrecht dat vergelijkbare waarborgen biedt, zoals het recht met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken.¹²

Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk

Procesrecht

HvJ EU 28 juli 2016

(*L. Bay Larsen, D. Švaby, J. Malenovský, M. Saffjan en M. Vilaras*)

C-191/15

(*Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *internationaal privaatrecht*
- *rechtskeuze*
- *consumentenrecht*

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 luiden de in de met deze consumenten gesloten overeenkomsten opgenomen algemene voorwaarden als volgt:

‘1. Afwijkende bedingen van de koper worden door Amazon.de niet aanvaard, tenzij Amazon.de hiermee uitdrukkelijk schriftelijk heeft ingestemd.

(...)

6. Bij koop op rekening alsmede in andere gevallen waarin daartoe een redelijke aanleiding bestaat, toetst en beoordeelt Amazon.de de door de koper opgegeven gegevens en wisselt informatie uit met andere ondernemingen binnen het Amazonconcern, handelsinformatiebureaus en eventueel Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co, Postbus 5001 66, 22701, Hamburg, Duitsland.

(...)

9. Met het oog op de beslissing voor koop op rekening als betaalwijze gebruiken wij – naast onze eigen gege-

vens – voor de beoordeling van het kredietrisico waarschijnlijkheidswaarden die wij verwerven bij Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. KG, Gasstraße 18, 22761 Hamburg, en bij informa Solutions GmbH, Rheinstraße 99, 76532, Baden-Baden [(Duitsland)]. Deze ondernemingen worden voorts ingeschakeld voor het valideren van de door u opgegeven adresgegevens.

(...)

11. Indien de gebruiker ervoor kiest om content (bijvoorbeeld klantrecensies) op Amazon.de te plaatsen, verleent hij Amazon een voor de duur van het onderliggende recht naar tijd en plaats onbeperkte licentie voor het verdere gebruik van de content, zowel online als offline en ongeacht voor welk doel.

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.

32. De rechter in eerste aanleg heeft alle vorderingen toegewezen met uitzondering van de vordering met betrekking tot beding 8 inzake de betaling van een toeslag in geval van koop op rekening. Deze rechter heeft, ervan uitgaand dat in beginsel de Rome-I-verordening van toepassing is, geoordeeld dat beding 12 inzake de keuze van het toepasselijke recht op grond van artikel 6, lid 2, van die verordening ongeldig is, aangezien de rechtskeuze niet tot gevolg mag hebben dat de consument de bescherming verliest die hij geniet op grond van de wetgeving

11. Het *Promusicae-arrest* (HvJ EG 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54) wordt gezien als de eerste zaak waar een dergelijke belangenafweging in relatie tot het internettijdperk werd aangegeven.

12. E. Kannekens & N.A.N.M. van Eijk, ‘Oneerlijke handelspraktijken: alternatief voor privacyhandhaving’, *Mediaforum* 2016, afl. 4, p. 102-109 (www.ivir.nl/publicaties/download/1800).

van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft. Genoemde rechter heeft hieruit afgeleid dat de geldigheid van de overige bedingen had moeten worden beoordeeld naar Oostenrijks recht. Wat ten slotte de bedingen 6, 9 en 11 betreft, heeft deze rechter opgemerkt dat enkel de kwesties betreffende de gegevensbescherming in het licht van het relevante Luxemburgse recht dienen te worden beoordeeld, aangezien in de Rome-I-verordening de toepasselijkheid van richtlijn 95/46 niet is uitgesloten.

33. Op het door beide partijen in het hoofdgeding ingestelde hoger beroep heeft de hogerberoepsrechter de door de rechter in eerste aanleg gewezen uitspraak vernietigd en de zaak voor een nieuwe beoordeling naar laatstgenoemde terugverwezen. De hogerberoepsrechter heeft overwogen dat het toepasselijke recht moet worden vastgesteld aan de hand van de Rome-I-verordening en heeft enkel beding 12 inzake de keuze van het toepasselijke recht inhoudelijk beoordeeld. Dienaangaande heeft hij geoordeeld dat uit artikel 6, lid 2, van die verordening niet kan worden afgeleid dat dit beding onrechtmatig is, en dat dit beding op grond van artikel 10, lid 1, van die verordening veeleer had moeten worden beoordeeld naar Luxemburgs recht. Na de rechter in eerste aanleg te hebben opgedragen tot deze beoordeling over te gaan, heeft de hogerberoepsrechter opgemerkt dat, indien genoemd beding naar Luxemburgs recht rechtmatig mocht blijken, de overige bedingen ook naar dat recht moeten worden beoordeeld en dan een vergelijking met het Oostenrijkse recht moet worden gemaakt om te bepalen welk recht gunstiger is in de zin van artikel 6, lid 2, van de Rome-I-verordening.

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 handel 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:

a) 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?

b) 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?

c) 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:

a) 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?

b) 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 (EG) 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 Gjsidige Baltic, C-359/14 en C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, punt 43).

37. Wat het begrip ‘niet-contractuele verbintenis’ in de zin van de Rome-II-verordening betreft, moet eraan

worden herinnerd dat het begrip ‘verbintenis uit onrechtmatige daad’ in de zin van artikel 5, punt 3, van de Brussel-I-verordening elke vordering omvat die ertoe strekt een verweerder aansprakelijk te stellen en die geen verband houdt met een ‘verbintenis uit overeenkomst’ in de zin van artikel 5, punt 1, van laatstgenoemde verordening (zie arrest van 21 januari 2016, *ERGO Insurance en Gjensidige Baltic*, C-359/14 en C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, punt 45).

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, ECLI:EU:C:2002:555, punt 50), welke uitlegging ook geldt voor de Brussel-I-verordening (zie in deze zin arrest van 13 maart 2014, *Brogsitter*, C-548/12, ECLI: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, ECLI: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.

44. Verduidelijkt dient te worden dat artikel 4, lid 3, van de Rome-II-verordening, op grond waarvan het recht van een ander land van toepassing is indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in artikel 4, lid 1, van deze verordening bedoelde land, niet tot een ander resultaat kan leiden.

45. Zoals de advocaat-generaal in punt 77 van zijn conclusie immers heeft opgemerkt, is de alternatieve regel van artikel 4, lid 3, van de Rome-II-verordening niet geschikt voor de materie van de oneerlijke mededinging, aangezien artikel 6, lid 1, van deze verordening de collectieve belangen, die het kader van de verhoudingen tussen de partijen bij het geschil overstijgen, wil beschermen door een specifiek daarop toegesneden regel. Deze doelstelling zou worden geschaad als het toegestaan zou zijn om deze regel te ontwijken op basis van persoonlijke aanknopingspunten tussen de betrokken partijen.

46. In ieder geval kan het feit dat Amazon EU in haar algemene voorwaarden bepaalt dat het recht van het land waar zij haar zetel heeft, van toepassing is op de door haar gesloten overeenkomsten, niet op legitieme wijze een zodanige nauwere band vormen.

47. Ware dat anders, dan zou een verkoper als Amazon EU door middel van een dergelijk beding feitelijk het op een niet-contractuele verbintenis toe te passen recht kunnen kiezen, waardoor zij zou kunnen ontsnappen aan de ter zake in artikel 14, lid 1, eerste alinea, onder a), van de Rome-II-verordening gestelde voorwaarden.

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 consumentenovereen-

komsten 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 aanknop-
ping 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, ECLI:EU:C:2012:242, punt 43).

57. Het gebrek aan samenhang dat zou resulteren uit een verschillende aanknop-
ping 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.

62. Uit laatstgenoemde bepaling volgt dat een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

63. Volgens artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/13 wordt een beding steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren door de verkoper is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben. Zoals de advocaat-generaal in punt 84 van zijn conclusie heeft opgemerkt, vallen algemene verkoopvoorwaarden als die in het hoofdgeding onder deze omschrijving.

64. Ingevolge artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 kan een beding slechts als oneerlijk worden aangemerkt na een onderzoek voor elk geval afzonderlijk, rekening houdend met alle relevante omstandigheden, met inbegrip van de aard van de goederen of de diensten die het voorwerp zijn van de overeenkomst.

65. Het is aan de nationale rechter om in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval te bepalen of een beding voldoet aan de eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie. Het Hof is evenwel bevoegd om op basis van de bepalingen van richtlijn 93/13 de criteria aan te reiken die de nationale rechter bij deze beoordeling kan of moet toepassen (zie in deze zin arrest van 30 april 2014, *Kásler en Káslerné Rábai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, punten 40 en 45 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

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, ECLI: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, ECLI: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-commerce-bedrijf 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 ver-

richt 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.

75. Wat in de eerste plaats het begrip ‘vestiging’ in de zin van artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 95/46 betreft, heeft het Hof al bepaald dat dit begrip betrekking heeft op iedere vorm van, zelfs geringe, reële en daadwerkelijke activiteit die via een duurzame vestiging wordt uitgeoefend (arrest van 1 oktober 2015, *Weltimmo*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, punt 31).

76. Zoals de advocaat-generaal in dit verband in punt 119 van zijn conclusie heeft opgemerkt, sluit de omstandigheid dat het voor de gegevensverwerking verantwoorde lijke bedrijf in een lidstaat geen dochteronderneming of bijkantoor heeft, niet uit dat zij daar een vestiging in de zin van artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 95/46 kan bezitten. Een dergelijke vestiging kan echter niet bestaan in het enkele feit dat de website van het betrokken bedrijf daar toegankelijk is.

77. Zoals het Hof reeds heeft bepaald, dient veeleer zowel de mate van duurzaamheid van de vestiging te worden beoordeeld als de vraag in hoeverre in de betrokken lidstaat daadwerkelijk activiteiten worden uitgeoefend (zie in deze zin arrest van 1 oktober 2015, *Weltimmo*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, punt 29).

78. Wat in de tweede plaats de vraag betreft of de betrokken verwerking van persoonsgegevens wordt verricht ‘in het kader van de activiteiten’ van die vestiging in de zin van artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 95/46, heeft het Hof er al aan herinnerd dat deze bepaling niet vereist dat de betrokken verwerking van persoonsgegevens wordt verricht ‘door’ de betrokken vestiging zelf, maar enkel dat deze wordt verricht ‘in het kader van de activiteiten’ ervan (arrest van 1 oktober 2015, *Weltimmo*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, punt 35).

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-commerce-bedrijf 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.

Kosten

82. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) 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) en verordening (EG) 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 – woonachtige consumenten, onverminderd artikel 1, lid 3, van elk van die verordeningen moet worden vastgesteld overeenkomstig artikel 6, lid 1, van verordening (EG) 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 (EG) 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 (EG) 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

Inleiding

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (verder HvJ) laat zich in *Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Srl*¹ uit over een drietal onderwerpen die betrekking hebben op de grensoverschrijdende online verkoop aan consumenten, te weten: 1) het toepasselijk recht op een vordering tot een verbod op het gebruik van contractuele bedingen die de concurrentie verstoren, 2) de vraag wanneer een rechtskeuzebeding 'oneerlijk' is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (verder Richtlijn 93/13/EEG)² en 3) het toepasselijk recht op de verwerking van persoonsgegevens op grond van Richtlijn 95/46/EG inzake de bescherming van persoonsgegevens (verder: Richtlijn 95/46/EG).³

Deze noot richt zich op de overwegingen van het HvJ die verband houden met het Europese internationaal privaatrecht (verder IPR). Na een uiteenzetting van de feiten en het procesverloop, wordt aandacht besteed aan het onderscheid tussen 'contractuele' en 'niet-contractuele' verbintenissen en de consequenties hiervan voor het bepalen van het toepasselijk recht. Vervolgens wordt ingegaan op de wijze waarop de rechtskeuze in het Europese IPR is geregeld, de wisselwerking met Richtlijn 93/13/EEG en de praktische gevolgen van het onderhavige arrest voor het opstellen van een rechtskeuzebeding. De vraag naar de bescherming van de persoonsgegevens wordt buiten beschouwing gelaten, omdat het HvJ het antwoord daarop tot de uitleg van Richtlijn 95/46/EG heeft beperkt en niet ingaat op de verhouding tussen de richtlijn en de IPR-verordeningen.⁴

Feiten en procesverloop

Amazon EU Srl (verder Amazon) is gevestigd in Luxemburg. Via haar website, met topleveldomeinnaam '.de', verkoopt zij goederen aan onder meer Oostenrijkse consumenten. De online koop wordt geregeld door de algemene voorwaarden van Amazon. Deze bevatten een

rechtskeuze die bepaalt dat de verhouding tussen de partijen wordt beheerst door Luxemburgs recht.

De Oostenrijkse organisatie voor consumentenbescherming (verder VKI) heeft bij de Oostenrijkse rechter een procedure aanhangig gemaakt tegen Amazon. De VKI betoogde dat verschillende bedingen uit de algemene voorwaarden, inclusief het rechtskeuzebeding, oneerlijk waren in de zin van Richtlijn 93/13/EEG en vorderde een verbod op het gebruik van deze bedingen.⁵

Volgens het gerecht in eerste aanleg was het rechtskeuzebeding ten gunste van het Luxemburgse recht ongeldig op grond van artikel 6 lid 2 Verordening betreffende het toepasselijk recht op overeenkomsten (verder Rome I-Vo.).⁶ De overige bedingen werden beoordeeld in het licht van het Oostenrijkse recht, met uitzondering van de clausules inzake de verwerking van persoonsgegevens. Volgens de rechter werden deze laatste op grond van artikel 4 Richtlijn 95/46/EG beheerst door het Luxemburgse recht.

Zowel Amazon als de VKI ging tegen deze uitspraak in hoger beroep. De appèlrechter overwoog dat de geldigheid van de rechtskeuze ingevolge artikel 10 lid 1 Rome I-Vo. beoordeeld had moeten worden aan de hand van het gekozen Luxemburgse recht. Vervolgens stelde hij dat, indien de rechtskeuze naar dit recht geldig is, de Luxemburgse rechtsregels op grond van artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. vergeleken moeten worden met het Oostenrijkse recht om vast te stellen welk recht een hoger niveau van consumentenbescherming biedt. Het recht dat de meeste bescherming biedt, zou vervolgens moeten worden toegepast. De VKI stelde tegen deze uitspraak beroep in bij het Oostenrijkse hooggerechtshof, dat vervolgens prejudiciële vragen aan het HvJ voorgelegde.

Prejudiciële vragen en antwoorden van het HvJ

Toepasselijk recht op verbodsactie

Het Oostenrijkse hooggerechtshof wilde vernemen hoe het toepasselijk recht moet worden bepaald op een vordering tot een verbod op het gebruik van een contractueel beding dat de concurrentie verstoort. Omdat de reikwijdte van een verbodsactie die is gericht op oneerlijke bedingen ruimer is dan alleen verbintenissen uit de overeenkomst, twijfelde het Oostenrijkse hooggerechtshof of de conflictregels betreffende contractuele verbintenissen van Rome I-Vo. überhaupt van toepassing waren. Naar zijn mening kon het feitencomplex in casu ook als 'niet-contractuele' verbintenis gekarakteriseerd worden, waarop het toepasselijke recht dient te worden bepaald op grond

1. HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612. Zie over deze uitspraak ook A.A.H. van Hoek, 'Eén voor allen en allen voor één: individuele versus collectieve handhaving van het consumentenrecht in het IPR', *AA* 2016, afl. 12, p. 957-966.

2. Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.

3. Richtlijn 95/46/EG 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.

4. Volgens Van Hoek is sprake van een gemiste kans om de verhouding van de Privacyrichtlijn tot de verordeningen die IPR bevatten te verhelderen. Zie Van Hoek 2016, p. 966.

5. De bevoegdheid van de VKI om een verbodsactie in te stellen, vindt haar grondslag in Europese regelgeving. Zie artikel 4 Verordening (EG) 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEU* 2004, L 364/1.

6. Verordening (EG) 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177/6.

van de Verordening betreffende het toepasselijk recht op niet-contractuele verbintenissen (verder Rome II-Vo.).⁷ Waar ligt de grens tussen contractuele en niet-contractuele verbintenissen? In het kader van het Europese uniforme IPR voor burgerlijke en handelszaken – de herschikte Verordening betreffende de internationale bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging (hierna: Brussel Ibis-Vo.),⁸ Rome I-Vo. en Rome II-Vo. – worden de begrippen ‘contractuele verbintenis’ en ‘niet-contractuele verbintenis’ autonoom uitgelegd. De autonome definitie wordt afgeleid uit de tekst, de overwegingen en de doelstellingen van de relevante verordeningen en uit de jurisprudentie van het HvJ, maar niet uit de nationale benaderingen (zie r.o. 36).

Voor de afbakening van ‘contractuele verbintenis’ ten opzichte van ‘niet-contractuele verbintenis’ maakt het HvJ, in tegenstelling tot de Oostenrijkse rechters, een duidelijk onderscheid tussen de verbodsactie aan de ene kant, en de bedingen zelf aan de andere kant.

De vraag of een contractueel beding de *concurrentie verstoort* (zodat er een verbodsactie kan worden ingesteld) moet worden beantwoord op grond van het recht dat wordt aangewezen door Rome II-Vo., meer in het bijzonder artikel 6 lid 1 Rome II-Vo., dat oneerlijke mededinging betreft. Het begrip ‘oneerlijke mededinging’ in de zin van artikel 6 lid 1 Rome II-Vo. omvat volgens het HvJ tevens het gebruik van een beding in de algemene verkoopvoorwaarden dat de collectieve belangen van de consumenten als groep dreigt te schaden of schaadt, wat de vrije concurrentie op de markt beïnvloedt (r.o. 42). Artikel 6 lid 1 Rome II-Vo. is, evenals de hoofdregel van artikel 4 lid 1 Rome II-Vo., gebaseerd op het *lex loci damni*-beginsel: verbintenissen uit onrechtmatige daad worden beheerst door het recht van het land waar de schadelijke gevolgen zich voordoen.⁹ Waar moet de schade als gevolg van oneerlijke mededinging worden gelokaliseerd? Het HvJ legt uit dat de *locus damni* is gesitueerd in het land waar de concurrentieverhoudingen of de collectieve belangen van de consumenten (dreigen te) worden geschaad. In het geval van een verbod tot het gebruik van een oneerlijk beding is dit ‘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’ (r.o. 43). In casu was dit Oostenrijk.¹⁰

Rechtskeuzebedingen en consumentenovereenkomsten

In tegenstelling tot de kwestie of het gebruikmaken van een oneerlijk beding in een overeenkomst concurrentieverstorend werkt, is de vraag of een contractueel beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG volgens het HvJ wel een kwestie die betrekking heeft op ‘contractuele verbintenissen’. De uniforme conflictregels voor

verbintenissen uit overeenkomst van Rome I-Vo. bepalen derhalve welk recht van toepassing is op deze vraag, ongeacht of de beoordeling plaatsvindt in het kader van een individuele of collectieve vordering (r.o. 60).

Gezien het bovenstaande is de volgende stap van het HvJ een opvallende. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag of het rechtskeuzebeding voor Luxemburgs recht, zoals opgenomen in de algemene voorwaarden van Amazon, als oneerlijk moet worden gekwalificeerd in de zin van artikel 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG, gaat het HvJ namelijk niet te rade bij het materiële recht, maar bij de tekst van Rome I-Vo. zelf.

Twee bepalingen van Rome I-Vo. zijn hier relevant. De eerste, artikel 3 Rome I-Vo., staat partijautonomie toe voor internationale contracten, inclusief consumentenovereenkomsten. Dit artikel bepaalt onder meer op welke wijze de rechtskeuze moet worden uitgebracht en welke rechtskeuzevarianten er mogelijk zijn. De tweede relevante bepaling is artikel 6 lid 2 Rome I-Vo., dat een specifieke regel bevat voor de rechtskeuze in consumentenovereenkomsten. Artikel 6 Rome I-Vo. beoogt de consument te beschermen tegen diens professionele wederpartij, die een structureel sterkere onderhandelingspositie wordt toegedicht. In het eerste lid staat de objectieve verwijzingsregel: de consumentenovereenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar de consument gewone verblijfplaats heeft. Vervolgens bepaalt artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. dat partijen een rechtskeuze in de zin van artikel 3 Rome I-Vo. kunnen maken, maar deze ‘mag er evenwel niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken volgens het recht dat overeenkomstig lid 1 toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze’.

Het HvJ legt een verband tussen artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. en het in artikel 5 Richtlijn 93/13/EEG gestelde vereiste dat een beding duidelijk en begrijpelijk moet zijn opgesteld, hetgeen ruim moet worden uitgelegd (r.o. 68). Het HvJ overweegt dat een rechtskeuzebeding ‘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’ en de consument *nietinlicht* dat hij op grond van artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. de dwingendrechtelijke bescherming geniet die hem wordt geboden door zijn eigen recht (r.o. 71).

Gevolgen van het arrest voor het opstellen van een rechtskeuzebeding

Het HvJ neemt dus een informatieplicht aan voor de verkoper: deze moet de consument in kennis stellen van de gevolgen die het dwingendrechtelijke Europese conflictenrecht aan het rechtskeuzebeding verbindt.¹¹ Het HvJ gaat echter niet in op de vraag hoe deze informatie-

7. Verordening (EG) 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40.

8. Verordening (EU) 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

9. Zie ook overweging 21 van de Considerans van Rome II-Vo.

10. Het HvJ merkt verder op dat de exceptie van artikel 4 lid 3 Rome II-Vo. ten gunste van het kennelijk nauwer verbonden recht niet geschikt is voor de materie van oneerlijke mededinging, aangezien artikel 6 lid 1 Rome II-Vo. een conflictregel bevat die is toegesneden op de bescherming van collectieve belangen, ‘die het kader van de verhoudingen tussen de partijen bij dit geschil overstijgen’ (r.o. 45).

11. Een vergelijkbare informatieplicht, maar dan ten aanzien van dwingende bepalingen van nationaal recht, werd aangenomen in HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242, r.o. 29, *TvC* 2012, afl. 6, p. 280-285, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*Invitel*).

plicht precies dient te worden nagekomen. Wat zijn de concrete gevolgen van deze plicht voor het opstellen van rechtskeuzebedingen?

Stel dat de verkoper de tekst van artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. in het rechtskeuzebeding overneemt. Op het eerste gezicht lijkt hiermee aan de vereiste informatieplicht te worden voldaan. Bij nader inzien zitten aan deze formulering echter enige haken en ogen, zowel vanuit het perspectief van de verkoper als dat van de consument.

De eerste complicatie betreft het beschermingsbereik van artikel 6 Rome I-Vo. Uit het eerste lid vloeit voort dat deze bepaling uitsluitend van toepassing is in de gevallen waarin de verkoper zijn activiteiten ontplooit in of (mede) richt op het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, en de overeenkomst onder die activiteiten valt.¹² Ook de beperking van de rechtskeuzevrijheid uit artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. geldt slechts wanneer de consument te maken heeft met een 'actieve professionele partij'.¹³

Dit relatief beperkte beschermingsbereik is ook relevant voor het opstellen van een rechtskeuzebeding. Stel dat de verkoper kiest voor de volgende tekst:

'Op deze overeenkomst is het recht van land X van toepassing, met dien verstande dat u niet de bescherming verliest van de bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken volgens het recht van het land waar u woont.'

Hiermee snijdt de verkoper zichzelf in de vingers: op grond van deze clausule worden *alle* consumenten beschermd, inclusief degenen die buiten het beschermingsbereik van artikel 6 Rome I-Vo. vallen.

Doet de verkoper er dan verstandig aan om in zijn rechtskeuzebeding te verwijzen naar de definitie van consumentenovereenkomst uit artikel 6 lid 1 Rome I-Vo.? Met het oog op het vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid is dat maar zeer de vraag. In het arrest *Pammer en Alpenhof*¹⁴ heeft het HvJ het begrip 'activiteiten richten op' – een cruciaal onderdeel van de definitie – nader uitgelegd in verband met verkoop via het internet.¹⁵ Een klip-en-klare begripsbepaling bleef echter uit; het HvJ verwees naar 'duidelijke uitdrukkingen van de wil' van de ondernemer om consumenten in hun woonstaat

als klanten te winnen, maar ook naar meer indirecte aanwijzingen, zoals de op de website gebruikte taal of munteenheid, de gebruikte topleveldomeinnaam, en de vermelding van een telefoonnummer met internationaal kengetal.¹⁶ Het zal daarmee voor een gemiddelde consument lang niet altijd duidelijk zijn of zijn overeenkomst als consumentenovereenkomst in de zin van artikel 6 lid 1 Rome I-Vo. moet worden aangemerkt.¹⁷

De tweede complicatie heeft betrekking op het feit dat er geen eensgezindheid bestaat over de precieze gevolgen van artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. Op basis van de literatuur kunnen twee benaderingen worden onderscheiden. Volgens de eerste benadering komt het objectief toepasselijke recht in plaats van het gekozen recht wanneer het gekozen recht de consument minder bescherming biedt. Is het beschermingsniveau gelijk, of biedt het gekozen recht méér bescherming, dan dient dat recht te worden toegepast. De tweede benadering heeft een zogenaamde materiële rechtelijke rechtskeuze tot gevolg: het gekozen recht treedt slechts in de plaats van het objectief toepasselijke recht voor zover dat laatste regelend van aard is. De dwingende consumentenbeschermende bepalingen van het recht van het land van de consument blijven volgens deze uitleg van toepassing, ook wanneer het gekozen recht méér bescherming zou bieden.

De eerstgenoemde benadering doet het meest recht aan de doelstelling van de bepaling: de bescherming van de consument. Op deze manier wordt immers het recht met het hoogste beschermingsniveau toegepast. Deze benadering wordt verdedigd door Kramer en Verhagen,¹⁸ en vormt tevens de meerderheidsopvatting in de buitenlandse literatuur.¹⁹ Andere auteurs, onder wie Strikwerda, geven echter de voorkeur aan de tweede benaderingswijze, aangezien deze de rechtszekerheid bevordert en beter hanteerbaar zou zijn.²⁰

Het gebrek aan consensus over de interpretatie van artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. stelt de verkoper voor een vrijwel onmogelijke opgave. Hoe kan hij de consument op een duidelijke en begrijpelijke wijze informeren over de gevolgen van artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. voor de rechtskeuze, wanneer hier door de IPR-specialisten verschillend over wordt gedacht?

Zijn er dan wellicht andere manieren waarop de verkoper het rechtskeuzebeding toch op een voor de consument

12. Het toepassingsgebied van artikel 6 Rome I-Vo. wordt verder beperkt in lid 4, waarin een lijst van uitgezonderde overeenkomsten is opgenomen, waaronder vervoersovereenkomsten en overeenkomsten die een zakelijk recht op of de huur of verhuur van een onroerend goed betreffen.

13. X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. A.P.M.J. Vonken & S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/848.

14. HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, TvC 2012, afl. 1, p. 28-40, m.nt. T. Kruger.

15. Deze uitspraak had betrekking op artikel 15 Verordening (EG) 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1 (Brussel I-Vo.), maar moet op grond van overweging 7 van de Preambule van Rome I-Vo. ook relevant worden geacht voor de interpretatie van artikel 6 Rome I-Vo.

16. Zie *Pammer en Alpenhof*, r.o. 80-84.

17. Zie over het begrip 'consumentenovereenkomst' in het IPR ook L.M. van Bochove & X.E. Kramer, 'Kroniek: Internationaal privaatrecht en procesrecht 2010-2015', *TvC* 2016, afl. 2, p. 67-70.

18. Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/866.

19. Zie o.a. F. Ragno, 'The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation', in: F. Ferrari & S. Leible, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München: Sellier 2009, p. 152; D. Martiny, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10. Internationales Privatrecht I*, München: Beck 2015, randnr. 51 bij Art. 6 Rom I-VO. De Oostenrijkse appèlrechter volgde deze benadering ook in *Amazon*, door op te merken dat indien de keuze voor Luxemburgs recht rechtmatig mocht blijken, de overige bedingen naar Luxemburgs recht moeten worden beoordeeld, waarna een vergelijking met het Oostenrijkse recht moet worden gemaakt om te bepalen welk recht gunstiger is in de zin van artikel 6 lid 2 Rome I-Vo.

20. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/174. Zie ook J. Hill, 'Article 6 of the Rome I Regulation: Much ado about nothing', *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2009, afl. 4, p. 443.

duidelijke en begrijpelijke manier kan formuleren? Een mogelijke oplossing is om de consument concreet te informeren welke rechten hij op grond van zijn eigen recht behoudt, in weerwil van de gemaakte rechtskeuze. Dit is echter een arbeidsintensieve exercitie: de verkoper zal per land moeten nagaan in hoeverre de consumentenbeschermende bepalingen een hoger beschermingsniveau bieden dan het gekozen recht. Bovendien zal hij zijn informatie steeds moeten actualiseren. Voor grote bedrijven als Amazon is dit wellicht nog haalbaar, maar voor het internationaal georiënteerde midden- en kleinbedrijf zal dit niet realistisch zijn.

Een andere optie is om een partiële rechtskeuze op te nemen. Artikel 3 lid 1 Rome I-Vo. staat toe dat partijen het toepasselijke recht aanwijzen voor slechts een onderdeel van de overeenkomst. Het rechtskeuzebeding zou er dan als volgt uit kunnen zien:

‘Deze overeenkomst wordt beheerst door het recht van land X, met uitzondering van de onderdelen die betrekking hebben op de bescherming van consumenten, waarop het recht van toepassing is van het land waar u woont.’

Gezien het aanvullende karakter van het algemene overeenkomstenrecht en de overwegend dwingende aard van het consumentenrecht, zal een dergelijk rechtskeuzebeding in de praktijk veelal neerkomen op een materieel-rechtelijke rechtskeuze. Hiermee wordt echter wel duidelijkheid geschapen: de bovengenoemde interpretatieproblemen met betrekking tot artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. worden zo uit de weg gegaan. De voorgestelde clause heeft echter een ruimer beschermingsbereik dan artikel 6 lid 2 Rome I-Vo. door geen onderscheid te maken tussen consumenten die wel en niet actief zijn benaderd door de verkoper. Een oplossing zou kunnen worden gezocht in het gebruik van technologie, zoals ‘geoblocking’, waarmee de verkoper zijn website slechts toegankelijk maakt voor consumenten die woonachtig zijn in de landen waarop hij zijn activiteiten richt. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat er vergaande Europese plannen zijn om het gebruik van geoblocking terug te dringen, vanwege de negatieve gevolgen voor de werking van de interne markt.²¹

Ten slotte kan nog worden gewezen op de meer praktische optie om geen rechtskeuze in de algemene voorwaarden op te nemen. Het lijkt echter niet de bedoeling van het HvJ te zijn om met dit arrest de rechtskeuzevrijheid te beperken. Integendeel, het HvJ benadrukt juist de partijautonomie (r.o. 66). Het is bovendien niet evident dat de afwezigheid van een rechtskeuze de contractspartijen meer zekerheid zal bieden dan de aanwezigheid van een duidelijke rechtskeuze.

Tot slot

In het onderhavige arrest gaat het HvJ voor het eerst in op de vraag hoe de rechtskeuze in een consumentenovereenkomst moet worden beoordeeld in het licht van

Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen. Hoewel het rechtskeuzebeding een zeer voorname plaats inneemt in de internationale contractspraktijk, kunnen zich bij het gebruik van dit instrument, met name in consumentenovereenkomsten, ook complicaties voordoen. De bedrijfsjurist heeft er met deze uitspraak in elk geval een nieuwe uitdaging bijgekregen: het in duidelijke en begrijpelijke taal informeren van de consument over de consequenties van een rechtskeuze voor zijn rechtspositie.

Mw. mr. dr. L.M. van Bochove

Mw. dr. E.S. Pannebakker, LLM

21. Zie het Commissievoorstel voor een Verordening inzake de aanpak van geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op basis van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, COM(2016)0289 def.