

Actualia

contractspraktijk

Rechtskeuzebedingen in consumentenovereenkomsten: spitsroeden lopen

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

118

Een veelgehoorde opinie is dat het contractenrecht een allemansvriend is: je mag opschrijven wat je wilt en de goede zeden en openbare orde vormen de grenzen van wat mag.¹ Als het daarbinnen eens echt te bont dreigt te worden, is er altijd nog de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid om de scherpe kantjes van afspraken te halen.² Zijn partijen iets vergeten op te nemen in de overeenkomst? Dan kan met een uitleg van de overeenkomst met toepassing van de Haviltex-methode het nodige worden gerepareerd of kan mogelijk de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid soelaas bieden en lacunes in de overeenkomst opvullen.³

Voor overeenkomsten tussen professionele partijen moge dit gelden, maar indien de overeenkomst wordt gesloten door een professionele partij en een consument-klant, blijkt het schrijven van een sluitend contract opeens spitsroeden lopen. Wetgeving die in B2B-verhoudingen nog van regeland recht is, blijkt jegens consumenten dwingend. Een goed voorbeeld is de koop-

titel 7.1 van het Burgerlijk Wetboek (BW), dat krachtens artikel 7:6 BW in geval van consumentenkoop van dwingend recht is. Ook bestaat wetgeving die uitsluitend in geval van consumentenovereenkomsten dwingendrechtelijk van toepassing is, zoals afdeling 6.5.2B BW (consumentenovereenkomsten).

Deze dwingende wetgeving wordt in toenemende mate ambtshalve getoetst en gehandhaafd.⁴ Dit brengt mee dat de adviseurs over contracten met consumenten meer nog dan voorheen scherp zullen moeten formuleren en zich de wetgeving en rechtspraak zullen moeten aantrekken. Eén misstap en een beding kan sneuvelen, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in zijn arrest van 28 juli 2016 in een procedure tussen Verein für Konsumentinformation (VKI) en Amazon liet zien.⁵ Het arrest behandelde onder meer de vraag, hoe een rechtskeuzeclausule in een consumentenovereenkomst eruit moet zien. Het HvJ EU overwoog dat een rechtskeuzebeding in de algemene verkoopvoorwaarden van een verkoper 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.

Het arrest speelde op het snijvlak van het internationale privaatrecht en het consumentenbeschermingsrecht. Om die reden zal ik eerst kort de rechtskeuze in overeenkomsten en de (ambtshalve) consumentenbescher-

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Art. 3:40 BW. Vergelijk nader: HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq).

2. Art. 6:248 lid 2 BW. Vergelijk onder andere HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, NJ 1998/208(Gemeente Stein/Driessen).

3. Art. 6:248 lid 1 BW. Vergelijk HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2008:BA7024, JOR 2008/23 m.nt. Tjittes (Vodafone/ETC) en ten aanzien van de opzegging van overeenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan zonder rechtskeuzeclausule: HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685, m.nt. Tjong Tjin Tai (De Ronde Venen/Stedin).

4. Vergelijk HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (Gratis telefoon II).

5. HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon).

ming bespreken, om van daaruit het arrest nader te beschouwen.

2. Rechtskeuze in Rome I⁶

Op 17 december 2009 is de EU-Verordening Rome I in werking getreden.⁷ Rome I is de opvolger van het EVO.⁸ Rome I beoogt een gemoderniseerde opvolger van het EVO te zijn. Veel regelingen die onder het EVO golden en naar behoren functioneerden, zijn gehandhaafd, al dan niet afgestoft, aangepast aan de rechtspraak die onder het EVO is geweest en opnieuw geformuleerd. Rome I is van toepassing in de lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van Denemarken. Ten aanzien van Nederland geldt Rome I alleen binnen het Europese deel van het Koninkrijk. Rome I is van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten na 17 december 2009.⁹ Op overeenkomsten die vóór 17 december 2009 zijn gesloten, is het EVO van toepassing.

Centraal in de verordening staat de rechtskeuze. Artikel 3 Rome I bevat de bepaling over rechtskeuze. Dit artikel wordt in overweging 11 bij Rome I de hoeksteen van het systeem van collisieregels genoemd. In grote lijnen sluit de rechtskeuzebepaling van artikel 3 Rome I aan bij de rechtskeuzebepaling van artikel 3 EVO. Artikel 3 lid 1 Rome I bepaalt dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land dat partijen hebben gekozen. De rechtskeuze wordt uitdrukkelijk gedaan of blijkt duidelijk uit de bepalingen van de overeenkomst of uit de omstandigheden van het geval.¹⁰

Artikel 6 Rome I bepaalt dat B2C-overeenkomsten worden beheerst door het recht van de woonplaats van de consument, mits de verkoper zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in het land waar de consument woonplaats heeft, of dergelijke activiteiten – ongeacht met welke middelen – richt op (ook) dat land. Deze bepaling is vrijwel gelijklopend aan artikel 17 lid 1 onder c EEX-II.¹¹ In het Alpenhof-arrest gaf het HvJ EU nadere duiding aan het begrip ‘richten van commerciële of beroepsactiviteiten op het land waar de consu-

ment woonplaats heeft’.¹² In r.o. 80 e.v. van het zo-even genoemde arrest noemt het HvJ EU enkele (niet-limitatieve) omstandigheden waarmee het richten van de activiteiten kan worden ingevuld:

- aanbieden van goederen of diensten in de lidstaat;
- betalen voor een zoekmachineadvertentiedienst om de consumenten in verschillende lidstaten eenvoudiger toegang tot de website van de ondernemer te verschaffen;
- het internationale karakter van de dienst van de ondernemer (bijvoorbeeld: toerisme);
- het vermelden van het internationale kengetal bij het telefoonnummer;
- een neutraal topleverdomeinnaam (.eu of .com in plaats van louter .nl);
- het openen van de mogelijkheid van reacties op de website uit andere lidstaten dan de lidstaat van vestiging van de ondernemer.¹³

De op de website gebruikte taal en de munteenheid waarin betaald moet worden, spelen daarentegen niet direct een rol.¹⁴

Artikel 6 lid 2 Rome I bepaalt dat partijen ook in een consumentenovereenkomst een rechtskeuze kunnen maken, maar dat de rechtskeuze de consument niet de dwingendrechtelijke bescherming die het recht van de woonplaats van de consument geeft, kan afnemen in de situatie dat het toepasselijke recht conform artikel 6 lid 1 Rome I zou moeten worden vastgesteld. Dit houdt in dat bij een rechtskeuze in de zin van artikel 6 lid 2 Rome I ook moet worden beoordeeld of aan artikel 6 lid 1 Rome I is voldaan. Als het antwoord op die vraag ontkennend luidt, bindt de rechtskeuze conform artikel 3 lid 1 Rome I onverkort. Een voorbeeld: een Nederlandse toerist bezoekt op vakantie in Engeland een winkel. De winkelier richt zich uitsluitend op de Engelse markt. De toerist koopt vervolgens vanuit zijn Engelse hotel online zaken en op de koopovereenkomst zijn de algemene voorwaarden van de winkelier van toepassing. Indien deze algemene voorwaarden een rechtskeuze voor Engels recht bevatten, zal aan artikel 6 lid 1 Rome I waarschijnlijk niet zijn voldaan en kan de toerist niet terugvallen op Nederlands consumentenrecht.

3. Consumentenbescherming onder de Richtlijn Oneerlijke bedingen

In 1993 zag de Richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna ook: de Richtlijn) het

6. Nader over Rome I: T.H.M. van Wechem, Rome I: Verscholen ingewikkeldheden (Preadvies, Mededelingen van de Nederlandse vereniging voor internationaal recht, nr. 136), 2008 (hierna: Van Wechem, preadvies); J.H.M. Spanjaard, EU-Verordening Rome I: een nadere beschouwing, in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem (red.), Contracteren in de internationale praktijk, Deventer: Kluwer 2011, p. 287-309.

7. Verordening 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, PbEU 2008, L 177/6.

8. Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, Trb. 1980/156 (rectificatie Trb. 1991/109).

9. Art. 28 Rome I.

10. In de Engelse tekst: ‘A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.’

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

12. HvJ EU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740 (Pammer & Alpenhof). Nader over dit arrest: H.W. Wefers Bettink, Pammer en Alpenhof: het richten van een website, NIER 2011/2, p. 41-45.

13. HvJ EU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740 (Pammer & Alpenhof), r.o. 80-83.

14. HvJ EU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740 (Pammer & Alpenhof), r.o. 84.

licht.¹⁵ Het doel van de Richtlijn is de bescherming van de consument. De Richtlijn beoogt dit doel te bereiken door onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen een verkoper en een consument.¹⁶ Door het waarborgen van de consumentenbescherming zou de consument volgens de Europese regelgever gemakkelijker goederen en diensten in andere lidstaten kunnen betrekken dan in de lidstaat waar hij woont.¹⁷

Artikel 2 onder b Richtlijn definieert de consument als een natuurlijke persoon die bij onder de Richtlijn vallende overeenkomsten buiten zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten handelt. Artikel 2 onder c Richtlijn definieert de verkoper als de natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder de Richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit. Uit deze definitie volgt dat onder de term ‘verkoper’ ook kan worden verstaan ‘dienstverlener’, mits de dienstverlening plaatsvindt in het kader van de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.¹⁸

In het algemeen moet de rechter ambtshalve toetsen indien het beding binnen de Richtlijn Oneerlijke bedingen valt.¹⁹ Daarvan is sprake indien aan de volgende eisen is voldaan: (1) het beding is opgenomen in een overeenkomst tussen een professional²⁰ en een consument, (2) over het beding is niet afzonderlijk onderhandeld, en (3) het beding is geen kernbeding. Deze voorwaarden moet de rechter onderzoeken als zij niet aanstonds uit het procesdossier duidelijk zijn.²¹ Indien de rechter vervolgens over voldoende feitelijke en juridische gegevens beschikt om tot ambtshalve toetsing van het beding over te gaan, is hij daartoe gehouden.²² Op grond van artikel 3 lid 1 Richtlijn wordt een beding in een overeenkomst als oneerlijk beschouwd, indien (a) niet afzonderlijk over het beding is onderhandeld, en (b) het beding, 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. Artikel 6 lid 1 Richtlijn verplicht de lidstaten te bepalen dat oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consument niet bin-

den en dat de overeenkomst voor het overige bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan blijven voortbestaan.

Bij de ambtshalve toetsing van bedingen vindt primair een vergelijking plaats met de regels die bij afwezigheid van het beding uit het nationale recht voortvloeien. Dit heeft het HvJ EU met zoveel woorden overwogen in zijn *Invitel*-arrest.²³ Het maakt daarbij niet uit of de consument juridische bijstand geniet of niet.²⁴ Ook indien de consument wordt bijgestaan door een advocaat die het relevante verweer niet voert, moet ambtshalve worden getoetst, aldus het HvJ EU.²⁵ Indien de consument aangeeft vernietiging niet te wensen, is de rechter gehouden dit standpunt te respecteren.²⁶

De laatste jaren schenkt het HvJ EU in verregaande mate aandacht aan de vraag of het beding duidelijk en begrijpelijk is. Uitgangspunt daarbij is dat het beding niet uitsluitend in grammaticale en juridische zin duidelijk moet zijn, maar ook in economische zin. De consument moet kunnen begrijpen waaraan hij zich in financiële zin committeert.²⁷ Transparantie wordt dus niet apart gesanctioneerd, maar vormt een gezichtspunt in de oneerlijkheidstoets.²⁸ De ratio is dat de consument beschermd dient te worden omdat hij zich in een zwakke positie ten opzichte van de professional bevindt, die over meer informatie beschikt. Daarom moet het beginsel van transparantie ruim worden opgevat.²⁹ Dit komt ook naar voren in het hierna te bespreken arrest *VKI/Amazon*.

4. VKI/Amazon: ook de rechtskeuzeclausule moet duidelijk zijn

Amazon is een in Luxemburg gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van een internationale groep van post-orderbedrijven. 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 ven-

15. Richtlijn 93/13, PbEG 1993, L95/29.

16. Art. 1 lid 1 Richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

17. Vergelijk zesde overweging bij de Richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

18. De zesde overweging bij de Richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten erkent dat de richtlijn ook op dienstverlening van toepassing is. Vergelijk. in dit kader HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse).

19. HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007/201 (Mostaza Claro).

20. Ook verhuurders vallen onder het begrip ‘professional’, aldus HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11 (Garabito/Jahani).

21. Tot dit onderzoek is de rechter verplicht op grond van HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, NJ 2011/41, m.nt. M.R. Mok (Penzügyi Lizing/Schneider). Vergelijk nader over ambtshalve toetsing: C.M.D.S. Pavillon, Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg, TvC 2014/4.

22. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357:AA2015, p. 816, m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2015/252, m.nt. R. Ortlep, RCR 2015/68 (Faber/Hazet Ochten), r.o. 46.

23. HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, NJ 2012/404, m.nt. MRM, TvC 2012/6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (Invitel).

24. Daarentegen geniet de consument die in zijn werkzame leven advocaat is, de consumentenbescherming. Zijn beroep wordt hem niet ‘aangewreven’: HvJ EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538 (Costea/Volksbank).

25. HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, NJ 2008/37, m.nt. MRM (Rampion); HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357:AA2015, p. 816, m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2015/252, m.nt. R. Ortlep, RCR 2015/68 (Faber/Hazet Ochten).

26. HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009/395, m.nt. MRM (Pannon).

27. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, NJ 2013/375, TvC 2014/1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWE); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, NJ 2014/355, m.nt. MRM (Kásler). Vergelijk naar Nederlands recht: Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848 (SDB & Euribar/ABN AMRO).

28. Pavillon 2014, p. 168-170.

29. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, n.n.g. (Van Hove/CNP), r.o. 40-41. Vergelijk voorts: HvJ EU 9 juli 2015, C-348/14, n.n.g. (Bucura/Bancpost), r.o. 51-60.

nootschap heeft geen zetel of vestiging in Oostenrijk. De algemene voorwaarden van Amazon bevatten een rechtskeuze voor Luxemburgs recht met uitsluiting van het Weens Koopverdrag.

VKI, een Oostenrijkse consumentenorganisatie, start een verbodsactie in Oostenrijk tegen de algemene voorwaarden. Zij richt haar pijlen onder meer op de rechtskeuzeclausule in de algemene voorwaarden.³⁰ Zij vraagt de rechter zich uit te spreken over de vraag of een rechtskeuzeclausule zoals geformuleerd in de algemene voorwaarden van Amazon, oneerlijk is in de zin van de Richtlijn. VKI stelt daartoe dat de bepaling onduidelijk is omdat zij bij consumenten de indruk kan wekken dat de consument geen beroep toekomt op dwingendrechtelijke bescherming van het recht van het land waar hij woont.

Het HvJ EU beantwoordt de vraag in bevestigende zin en wijst daarbij op de recente rechtspraak, waarin het Hof duidelijkheid en begrijpelijkheid verlangt.³¹ Het HvJ EU formuleert een op het oog duidelijke regel: een rechtskeuzeclausule zonder de waarschuwing van artikel 6 lid 2 Rome I – ‘niettegenstaande deze rechtskeuze komt de consument de bescherming toe die het dwingende recht van het land van zijn woonplaats hem biedt’ – is in consumentenovereenkomsten (ambtshalve) vernietigbaar. Dit lijkt een duidelijke regel en eentje waaraan professionals die met consumenten overeenkomsten sluiten makkelijk kunnen voldoen. Voor professionals die een internationaal bereik en een internationale klantenkring nastreven, is dit arrest inderdaad van groot belang.

Echter, het HvJ EU heeft het dermate absoluut geformuleerd dat ook professionals die zich niet op een internationale consumentenclientèle richten, door het gebod geraakt dreigen te worden. Om terug te keren naar mijn voorbeeld in paragraaf 2: moet de Engelse winkelier de dupe worden van een rechtskeuzeclausule die uitsluitend op Engels recht gericht is en met de toepasselijkheid van Nederlands recht worden geconfronteerd, ondanks dat hij zijn activiteiten niet op Nederland richt? Het arrest van het HvJ EU lijkt op dit punt iets te kort door de bocht en te weinig rekening te houden met de verwijzing in artikel 6 lid 2 Rome I naar artikel 6 lid 1 Rome I. Dat artikellid vereist immers dat de professional zijn activiteiten op het land van de woonplaats van de consument richt.

Is dan het gevolg dat de Engelse winkelier in mijn voorbeeld in zijn algemene voorwaarden moet opnemen: ‘English law is exclusively applicable. Because my activities are only directed at the United Kingdom, the domestic law of any possible foreign consumer is not applicable.’ Dat lijkt me ook te ver gaan, maar is mogelijk een direct gevolg van het arrest.

Wel dient ook in geval van een dergelijke zuiver nationale rechtskeuze in rechte te worden uitgelegd waarom

VKI/Amazon niet op de rechtskeuzeclausule van toepassing is en waarom de rechtskeuzeclausule alsnog door de beugel kan.

5. Afronding

Een hoeksteen van het internationale conflictenrecht is de rechtskeuze. Ook in het consumentenrecht zijn rechtskeuzeclausules toegelaten. Echter, indien de activiteiten van de professional internationaal gericht zijn, laat de rechtskeuze de bescherming van dwingend recht van het land van de woonplaats van de consument onverlet. In zijn arrest VKI/Amazon van 28 juli 2016 overweegt het HvJ EU dat de rechtskeuzeclausule over deze bescherming geen twijfel mag laten bestaan. Daarmee strijdige clausules zijn in strijd met de Richtlijn Oneerlijke bedingen en dus (ambtshalve) vernietigbaar. Daarmee komen veelvoorkomende clausules in de trant van ‘Op deze overeenkomst is [uitsluitend] Nederlands recht van toepassing’ op de tocht te staan.

Een nieuwe formulering zou moeten zijn: ‘Op deze overeenkomst is Nederlands recht van toepassing. Deze rechtskeuze laat de bescherming die u op grond van het dwingende recht van het land van uw woonplaats geniet, onverlet.’

Indien de professional zich uitsluitend nationaal richt, kan dit arrest knellen. Immers, artikel 6 lid 1 Rome I vindt dan strikt genomen geen toepassing, zodat de consument geen extra bescherming toe hoeft te komen op grond van artikel 6 lid 2 Rome I. Echter, op grond van het arrest VKI/Amazon zal de professional moeten uitleggen, waarom de consument geen bescherming toekomt. Servicegericht kan hij dat in de rechtskeuzeclausule: ‘Op deze overeenkomst is Nederlands recht van toepassing. Omdat ik mij uitsluitend op de Nederlandse markt richt, is het dwingende consumentenrecht van eventuele buitenlandse klanten niet van toepassing.’

Het alternatief is dat in iedere rechtszaak de juistheid van de clausule moet worden aangetoond.³² Kortom, het consumentenrecht heeft weer een extra laag gekregen. Voor de professionele contractant geldt ook in dit verband het adagium ‘comply or explain’. Of nog strenger: ‘comply or perish’.

30. De verbodsvordering strekt zich ook uit over verbodsacties van onrechtmatige voorwaarden in de elektronische handel met consumenten. Dit aspect van het arrest blijft in dit artikel buiten beschouwing.

31. HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon), r.o. 66-71.

32. De ruimte hiervoor wordt geboden in het Invitel-arrest: HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, NJ 2012/404, m.nt. MRM, TvC 2012/6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (Invitel).