

Consument of handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf? Het Bundesgerichtshof doet uitspraak

1. Inleiding

Hoewel het privaatrechtelijke begrip 'consument' in de literatuur al veelvuldig aan de orde is geweest, geeft een recente uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof (BGH)¹ reden om hier nog eens aandacht aan te besteden. In deze uitspraak staat de vraag centraal of een koper, indien twijfel mogelijk is over de vraag of deze als consument handelt of in de uitoefening van beroep of bedrijf, dient aan te geven dat hij/zij in de hoedanigheid van consument handelt. Dit artikel bespreekt de uitspraak van het Bundesgerichtshof en legt verbanden met het Nederlandse en Europese consumentenrecht.

2. Het begrip 'consument' in het Nederlandse, Duitse en Europese recht

Voor toepasselijkheid van de meeste (beschermende) consumentenrechtelijke regels moet één der partijen als consument worden gekwalificeerd, terwijl de ander handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf.² Het Nederlandse BW kent geen algemene definitie van consument, maar definieert dit begrip doorgaans als de 'natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf'.³ Dit is in lijn met de Europese consumentenrechtelijke richtlijnen, waarin wordt gesproken van 'iedere natuurlijke persoon die [...] handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen'. In tegenstelling tot het Nederlandse en Europese recht kent het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) wél een algemene definitie van 'consument', die overeenkomt met de hiervoor aangehaalde Europese definitie.⁴

In het merendeel van de zaken is evident of iemand al dan niet handelt als consument. Dit is echter niet altijd het geval. Zo kan er onduidelijkheid bestaan over het doel van de overeenkomst. Dat een product aangeschaft via het internet op een bedrijfsadres moet worden bezorgd, wil bijvoorbeeld niet altijd zeggen dat dit product ook voor zakelijk gebruik bedoeld is. Zo kan het feit dat de koper op werkdagen niet thuis is om het pakket aan te nemen een goede reden zijn om dit niet thuis maar op

het werk te laten bezorgen. *De facto* handelt de koper dan niet in uitvoering van beroep of bedrijf, maar het is de vraag of de ondernemer hier altijd rekening mee moet houden.

Het voorliggende probleem is in het verleden reeds opgemerkt in de Nederlandse literatuur. Hierin worden verschillende benaderingen besproken die ook in de te bespreken uitspraak van het BGH naar voren komen.⁵ Enerzijds kan worden afgestemd op de *subjectieve benadering*, die zich richt op het daadwerkelijke doel van de overeenkomst en waarbij wordt afgegaan op de wil van de wederpartij van de handelaar. Daarnaast kan het doel van de overeenkomst door middel van een meer *objectieve benadering* worden vastgesteld, waardoor het daadwerkelijke doel in mindere mate of zelfs in het geheel niet bepalend is. Gezien de verschillende aspecten die objectief benaderd kunnen worden zijn meerdere varianten, ofwel meerdere objectieve benaderingen, mogelijk.

Ten eerste kan het al dan niet handelen als consument objectief benaderd worden door rekening te houden met de verwachtingen van de handelaar. In dat geval wordt niet zuiver naar het daadwerkelijke doel van de overeenkomst gekeken, maar naar de verwachtingen die de handelaar redelijkerwijs op basis van uiterlijk kenbare factoren mocht hebben. Indien uit het handelen van de wederpartij moet worden afgeleid dat hij eindgebruiker is, handelt hij als consument. Hoewel het doel van de overeenkomst net als bij de subjectieve benadering bepalend is, wordt dit beoordeeld vanuit het oogpunt van de handelaar. Dit voorkomt eventueel misbruik door de consument en beschermt het vertrouwen van de handelaar.⁶

Daarnaast kan een meer objectieve benadering met zich brengen dat een niet-eindgebruiker als consument aangemerkt wordt indien de aard van de overeenkomst typisch niet in de uitoefening van beroep of bedrijf aangegaan wordt. Indien een tandarts een stoel koopt voor zijn wachtkamer wordt dit volgens deze benadering aangemerkt als consumentenovereenkomst, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de aankoop van apparatuur ter behandeling van patiënten. De ratio hierachter is dat een tandarts niet méér deskundig is en geen betere onderhandelingspositie

* Promovendus bij het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) aan de Universiteit van Amsterdam en redactiesecretaris van dit tijdschrift.

1. Bundesgerichtshof 30 september 2009, zaak VIII ZR 7/09.

2. Niet alle Europeesrechtelijke instrumenten ter bescherming van de consument werken met de hier besproken definitie. Voorbeelden hiervan zijn de Richtlijn Productaansprakelijkheid (85/374/EEG) en de Richtlijn Pakketreizen (90/314/EEG), waarin geen begrenzings zijn opgenomen wat betreft het personele toepassingsgebied. Zie meer uitgebreid H. Rösler, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht: Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, München: Beck 2004, p. 106-110.

3. Zie bijvoorbeeld art. 6:193 lid 1 onder a BW (oneerlijke handelspraktijken), art. 6:237 BW (algemene voorwaarden) en art. 7:5 lid 1 BW (consumentenkoop).

4. § 13 BGB: 'Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.'

5. Hierbij moet worden opgemerkt dat van een eenduidig terminologiegebruik geen sprake is. In dit artikel wordt het hieronder weergegeven onderscheid gevolgd.

6. Asser/Hijma, nr. 78.

heeft dan een eindgebruiker.⁷ Zuiver aangehouden betekent dit dat ook indien de handelaar weet dat zijn wederpartij geen 'echte consument' is, deze toch als consument wordt aangemerkt.⁸ Loos houdt een mildere variant aan waarbij slechts sprake is van een bewijsvermoeden: bij typische consumentenovereenkomsten wordt de wederpartij van de handelaar vermoed als consument te handelen.⁹

Wat betreft het geldende Nederlandse recht wijst Hartkamp er mijns inziens terecht op dat op grond van de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de afdeling algemene voorwaarden in Boek 6 BW moet worden uitgegaan van de subjectieve benadering.¹⁰ In de memorie van toelichting wordt duidelijk gemaakt dat de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden zal moeten bewijzen dat hij als consument handelt. Hierbij is het, aldus de memorie van toelichting, niet van belang of de gebruiker wist of zijn wederpartij als consument handelde of niet, waarmee een objectieve benadering ter bescherming van het vertrouwen van de handelaar wordt uitgesloten.¹¹ Dat niet wordt uitgegaan van de verwachtingen van de handelaar werd niet gezien als een gevaar voor de rechtszekerheid. De hoedanigheid van de wederpartij zal in de praktijk meestal duidelijk zijn en de handelaar kan, indien hij daar behoefte aan heeft, bij het sluiten van de overeenkomst duidelijkheid op dit punt eisen van zijn wederpartij.¹² Ook spreekt de parlementaire geschiedenis zich nadrukkelijk uit tegen uitbreiding van het consumentbegrip tot professionele partijen,¹³ waardoor ook een objectieve benadering waarbij afgestemd wordt op de aard van het product uitgesloten lijkt te zijn. Een eventueel bewijsvermoeden, bijvoorbeeld zoals voorgestaan door Loos, is niet ondenkbaar.¹⁴

3. Uitspraak Bundesgerichtshof

Het geschil voor het BGH betreft de aankoop van lampen via de internetsite van een professionele verkoper. De koper, advocate van beroep, laat de bestelde lampen (drie stuks voor een totaalbedrag van € 766) bezorgen op haar werkadres. De bestellingsbevestiging kent de koper een herroepingsrecht toe voor de termijn van veertien dagen, met ingang van de bestellingsbevestiging. Een kleine zes weken later roept de koper het herroepingsrecht in, stellende dat zij als consument de koop is aangegaan en haar herroepingsrecht heeft behouden aangezien zij niet overeenkomstig het Duitse consumentenrecht op haar

herroepingsrecht is geweest.¹⁵ De verkoper verwerpt het beroep op het herroepingsrecht, nu de gestelde termijn van veertien dagen is verlopen. Het staat vast dat de verkoper de koper niet overeenkomstig het consumentenrecht heeft gewezen op het herroepingsrecht. De centrale vraag in het geschil is daarom of er sprake is van koop door een consument. Zo ja, dan kan de koper de transactie terugdraaien. Zo nee, dan is het herroepingsrecht van de koper verlopen en is ontbinding niet meer mogelijk.

In eerdere instantie had het Amtsgericht Hamburg-Wandsbek vastgesteld dat de lampen bedoeld waren voor gebruik in de woning van de koper. Dit is in de verdere procedure niet bestreden. Op basis van dit feit had het Amtsgericht geoordeeld dat de koper inderdaad als consument had gehandeld, waardoor de ontbinding van zes weken na het sluiten van de overeenkomst rechtsgeldig is. Het volgde daarmee de hierboven besproken subjectieve benadering: het feitelijke doel van de overeenkomst was doorslaggevend en niet de voor de handelaar kenbare omstandigheden. In beroep oordeelt het Landgericht Hamburg anders. Gezien de omstandigheden was het aan de koper om duidelijk te maken dat zij niet in de uitoefening van beroep of bedrijf handelde, maar als consument:

‘(5) Das Berufungsgericht (...) ist der Auffassung, der Klägerin stehe kein Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1, § 312d Abs. 1, § 312b Abs. 1 BGB zu, da sie bezüglich des Lampenkaufs nicht als Verbraucherin im Sinne des § 13 BGB gehandelt habe. Ob ein Verbraucherhandeln vorliege, sei nach dem objektiven Empfängerhorizont zur Zeit des Vertragsschlusses zu beurteilen. Dies gebiete der Verkehrsschutz, der nicht grundsätzlich nachrangig zu den Belangen des Verbraucherschutzes sei. Der Kunde habe es in der Hand, sich in Zweifelsfällen klar und eindeutig zu verhalten, während sich der Verkäufer im Hinblick auf Gewährleistungsausschlüsse und Belehrungspflichten auf das Auftreten seines Geschäftspartners verlassen müsse. Stelle man auf den objektiven Empfängerhorizont ab, könnten auch Abgrenzungsprobleme bei sowohl für den privaten wie auch den geschäftlichen Bereich nutzbaren Wirtschaftsgütern vermieden werden. Dies entspreche auch allgemeinen Auslegungsgrundsätzen für empfangsbedürftige Willenserklärungen, nach denen es nicht auf den inneren Willen des Erklärenden ankomme, sondern auf den durch normative Auslegung zu bestimmenden objektiven Erklärungsgehalt aus der Sicht des Erklärungsempfängers. Im hier zu entscheidenden Fall habe die Beklagte das Auftreten der Klägerin beim

7. Zie Asser/Hijma, nr. 78. Daaraan is ook genoemd voorbeeld ontleend.

8. Een dergelijke benadering kan al dan niet gekoppeld zijn aan het beroep of bedrijf van de 'consument'. Zo zou de koop van een auto door een dokter (om klanten mee te bezoeken) objectief als consumentenkoop kunnen worden gezien terwijl de koop van dezelfde auto door een taxichauffeur niet als zodanig gekwalificeerd zou kunnen worden.

9. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën Nieuw BW B65b), Deventer: Kluwer 2004, p. 21. Bij een dergelijk bewijsvermoeden is het echter mogelijk dat de hoofdregel de *subjectieve benadering* blijft, aangezien er – indien de handelaar in het leveren van tegenbewijs slaagt – wordt uitgegaan van het daadwerkelijke doel van de overeenkomst.

10. Asser/Hartkamp 6-III, nr. 500. Naar de toelichting op Boek 6 BW wordt ook verwezen in de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW ten aanzien van de consumentenkoop. Zie ook Asser/Hijma, nr. 77.

11. *Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1651.

12. *Idem*, p. 1651 en 1655.

13. *Idem*, p. 1662.

14. Deze zou echter niet te veel afbreuk mogen doen aan de subjectieve benadering. Dat zou betekenen dat bij twijfel (op basis van omstandigheden aangedragen door de handelaar) de 'consument' toch zou moeten bewijzen dat hij – subjectief – als consument handelt.

15. Naar Duits recht (§ 355 BGB) behoudt de consument het herroepingsrecht zolang hij hier niet overeenkomstig de bepalingen van het BGB op is geweest.

Kaufvertragsschluss so verstehen müssen, dass sie als Rechtsanwältin für freiberufliche Zwecke gehandelt habe. Entscheidend hierfür sei, dass die Klägerin die Kanzleianschrift nicht nur als Lieferadresse, sondern auch als Rechnungsadresse angegeben habe.’

Of de koper handelt als consument of niet, is volgens het Landgericht Hamburg afhankelijk van de vraag hoe de verkoper de verklaringen en gedragingen van de koper volgens verkeersopvattingen mocht begrijpen. Het Landgericht Hamburg gaat dus uit van een objectieve benadering ter bescherming van het vertrouwen van de handelaar, en niet doorslaggevend is of de producten feitelijk zijn bedoeld voor consumptief gebruik. In casu – gezien het feit dat de koper als leveradres en als factuuradres haar werkadres had aangegeven – mocht de verkoper ervan uitgaan dat de koper de lampen heeft aangeschaft in de uitvoering van haar beroep.

Het Bundesgerichtshof komt tot een ander resultaat. Volgens het BGH is het bij twijfel aan de handelaar om na te gaan of de koop wordt afgesloten in de hoedanigheid van consument of in de uitvoering van beroep of bedrijf:

‘(6) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Wirksamkeit des von der Klägerin erklärten Widerrufs mit der Begründung verneint, die Klägerin habe die ihr von der Beklagten gelieferten Lampen nicht als Verbraucherin bestellt.

(7) 1. Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Danach hat die Klägerin bei der Bestellung der Lampen objektiv als Verbraucherin gehandelt, denn der Zweck ihres Handelns – die Ausstattung ihrer Privatwohnung mit den bestellten Lampen – ist, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, objektiv nicht ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwältin, sondern ihrem privaten Lebensbereich zuzurechnen.

(8) 2. Der Wortlaut des § 13 BGB lässt allerdings nicht erkennen, ob für die Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmerhandeln allein objektiv auf den von der handelnden Person verfolgten Zweck abzustellen ist (...), oder ob es – wie das Berufungsgericht annimmt – für die Zurechnung des Handelns auf die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände ankommt.

(...)

(10) a) Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des zweiten Halbsatzes der Vorschrift des § 13 BGB wird deutlich, dass rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sind.

(11) b) Eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck kommt daher nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Zwar trägt der Verbraucher die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nach dem von ihm objektiv verfolgten Zweck ein seinem privaten Rechtskreis zuzuordnendes Rechtsgeschäft vorliegt (Senatsurteil vom 11. Juli 2007 - VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619, Tz. 13). Unsicherheiten und Zweifel aufgrund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände des Geschäfts gehen indes nach der negativen Formulierung des Gesetzes nicht zu Lasten des Verbrauchers. Es kann daher – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht darauf ankommen, ob der Erklärende sich dem anderen Teil eindeutig als Verbraucher zu erkennen gibt. Vielmehr ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von Verbraucherhandeln auszugehen. Anders ist dies nur dann, wenn Umstände vorliegen, nach denen das Handeln aus der Sicht des anderen Teils eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist.’

Het BGH stelt voorop dat de bewoording van § 13 BGB niet duidelijk maakt of er moet worden uitgegaan van het daadwerkelijke doel van de koper of van de verwachtingen die de handelaar redelijkerwijs aan het gedrag en de verklaringen van de consument mocht toekennen. Hoewel de koper moet stellen en bewijzen dat hij in de hoedanigheid van consument handelt, moet uit de negatieve formulering van het tweede deel van § 13 BGB¹⁶ worden opgemaakt dat een natuurlijke persoon in beginsel handelt als consument.

De handelaar moet bij een rechtshandeling aangegaan door een natuurlijk persoon er dus van uitgaan dat deze wordt aangegaan in de hoedanigheid van consument, ook indien er aanleiding is tot twijfel. Dit is slechts anders indien de omstandigheden van het geval er vanuit het oogpunt van de handelaar *eenduidig en zonder twijfel* op wijzen dat er sprake is van een rechtshandeling in de uitoefening van beroep of bedrijf. Dit zorgt ervoor dat er van de bewijslast van de consument weinig overblijft. Formeel is er geen sprake van omkering van de bewijslast, maar op grond van de door het BGH geformuleerde regel zal het aan de handelaar zijn om bewijs aan te dragen voor het handelen in de uitvoering van beroep of bedrijf van de koper.

In het onderhavige geval was volgens het BGH niet eenduidig en zonder twijfel vast te stellen dat de koper handelde in de uitvoering van beroep of bedrijf. Dat de lampen afgeleverd dienden te worden op het werkadres van de koper, kan worden verklaard doordat zij op de normale leveringstijden niet op haar privéadres aanwezig was. Ook het feit dat het adres van het advocatenkantoor was opgegeven als factuuradres, leidt niet tot de conclusie dat eenduidig en zonder twijfel sprake was van een aankoop in de uitoefening van beroep of bedrijf. Hieruit mocht de verkoper ten hoogste afleiden dat de koper bij het advocatenkantoor werkte en niet dat zij de lampen ten be-

16. Voor de tekst van § 13 BGB, zie noot 4.

hoeve van het advocatenkantoor aanschafte.¹⁷ De koper handelde derhalve als consument en de koopovereenkomst is dus rechtsgeldig ontbonden.

Net als het Landgericht Hamburg stemt het BGH derhalve af op de verwachtingen van de handelaar en niet op het daadwerkelijke doel van de aankoop. Doordat een rechtshandeling aangegaan door een natuurlijk persoon in de regel wordt aangemerkt als handelen als consument is het resultaat evenwel nadrukkelijk anders: van bescherming van het vertrouwen van de handelaar is vrijwel geen sprake. Ondanks dat het BGH een objectieve benadering hanteert, is van bescherming van het vertrouwen van de handelaar vrijwel geen sprake.

4. Europees perspectief

Het is interessant na te gaan hoe de uitspraak van het BGH zich verhoudt tot het Europese consumentenrecht. Wat als voorliggend geval was verwezen naar het Hof van Justitie?

Het Europees Hof van Justitie heeft zich in het verleden reeds uitgelaten over het consumentbegrip. Zo heeft het Hof zich in de *Di Pinto*-zaak gebogen over de vraag of een kleine ondernemer in geval van colportage gericht op zijn ondernemingsactiviteiten (het ging om advertenties ten behoeve van de verkoop van de onderneming) heeft te gelden als consument in de zin van de Colportagerichtlijn, omdat de rechtshandeling in kwestie niet onder zijn *normale bedrijfsactiviteiten* viel. In haar uitspraak maakt het Hof duidelijk dat zodra een handelaar binnen het kader van zijn beroepsactiviteit valt, hij niet als consument heeft te gelden. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen handelingen die tot de dagelijkse praktijk van de onderneming vallen en uitzonderingen daarop.¹⁸ Voor een objectieve benadering in die zin is dus geen ruimte. Dit laat de mogelijkheid voor een objectieve benadering ter bescherming van het vertrouwen van de handelaar of een bewijsvermoeden bij typische consumentenovereenkomsten echter open.

Verder heeft het Hof van Justitie zich gebogen over het probleem van *gebruik voor gemengde doeleinden*. Dit probleem speelde in de *Gruber*-zaak.¹⁹ De Oostenrijkse boer Gruber kocht dakpannen voor zijn boerderij bij een Duitse bouwmarkt. De dakpannen waren bedoeld voor de gehele boerderij, die voor 60% werd gebruikt voor bewoning en voor 40% voor bedrijfsdoeleinden. De

centrale vraag in dit arrest was of de Oostenrijkse rechter bevoegdheid had om kennis te nemen van het geschil op grond van art. 13 EEX-Verordening, dat bepaalt dat de consument zijn wederpartij voor de rechter van zijn eigen woonplaats kan dagen.

Het Hof van Justitie kiest in *Gruber* voor een strikte uitleg van het consumentbegrip: tenzij het beroepsmatige gebruik dermate marginaal is dat het in de globale context van de betrokken verrichting onbetekenend is, is een koper bij gemengd gebruik niet aan te merken als consument.²⁰ Het lijkt erop dat men hierbij uit moet gaan van het daadwerkelijke doel van de overeenkomst, met dien verstande dat indien de koper de indruk heeft gewekt dat hij voor beroeps- of bedrijfsdoeleinden handelde de goede trouw van de handelaar beschermd wordt.²¹ Volgens deze uitspraak is er dus ruimte voor een zekere mate van objectivering teneinde het vertrouwen van de handelaar te beschermen.

Deze uitspraken duiden op een beperkte opvatting van het consumentbegrip door het Hof van Justitie: niet-eindgebruikers kunnen niet worden aangemerkt als consument en het door de consument gewekte vertrouwen van de handelaar moet worden beschermd. Hoewel deze uitspraken mogelijk bepalend zijn voor de bescherming geboden door het Europese consumentenrecht, is het de vraag of dit het recht van lidstaten beperkt in het hanteren van een breder consumentbegrip.

Doordat de aanvullende bescherming geldt voor niet-consumenten, behoren deze gevallen niet tot de reikwijdte van de diverse Europese richtlijnen en staat het lidstaten vrij – zij het met inachtneming van het primaire EU-recht, waarbij met name gedacht moet worden aan de vier vrijheden – zelf regelingen te treffen.²² Een Europeesrechtelijke definitie van de consument bepaalt wie bescherming geniet onder de richtlijnen, maar beperkt lidstaten dus niet niet-consumenten dezelfde bescherming te bieden.²³ Dit neemt overigens niet weg dat lidstaten geneigd zullen zijn een beperkte uitleg van het Hof van Justitie te volgen.²⁴

Hoewel een beperkt consumentbegrip lidstaten niet verbiedt de bescherming van een richtlijn uit te breiden ten gunste van niet-consumenten, zou men kunnen stellen dat het vaststellen van wie als consument heeft te gelden

17. Zie r.o. 12 van de uitspraak. Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat indien de koper een functie heeft waarin het normaal is dergelijke aankopen voor het kantoor te doen en deze functie bij de koper bekend is, de handelaar er wél van uit mag gaan dat de koper handelde in de uitoefening van beroep of bedrijf. De casus laat echter zien dat dit vaak niet duidelijk is en dat de koper in dat geval het voordeel van de twijfel krijgt.

18. HvJ EG 14 maart 1991, nr. C-361/89, *Jur.* 1991, p. I-1189 (*Di Pinto*), r.o. 15.

19. HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-464/01, *Jur.* 2005, p. I-439 (*Gruber/Bay Wa AG*).

20. Het Hof benadrukt dat niet voldoende is dat de overeenkomst primair voor persoonlijk gebruik bedoeld is. Opmerkelijk is dat de aanpak van primair gebruik wel wordt aangehouden in de Draft Common Frame of Reference. Deze bepaalt in art. I. – 1:105 lid 1: ‘A “consumer” means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.’ Interessant met het oog op de uitspraak van het BGH is dat het Hof van Justitie deze redenering (mede) ophangt aan de negatieve formulering van het consumentbegrip (zie r.o. 43). Zoals hierboven aan de orde is gekomen doet het BGH hetzelfde, maar met een ander resultaat.

21. Zie in het bijzonder r.o. 51.

22. Zie ook G.G. Howells, ‘The scope of European consumer law’, *ERCL* 2005, p. 363 en M.W. Hesselink, in: M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: Boom 2009, p. 71-72.

23. Dit is bevestigd door het Hof van Justitie in de *Di Pinto*-zaak. HvJ EG 14 maart 1991, nr. C-361/89, *Jur.* 1991, p. I-1189 (*Di Pinto*), r.o. 22. Overigens speelde dit probleem niet in de *Gruber*-zaak. De EEX-Verordening heeft een breder toepassingsbereik dan alleen consumentenzaken, waardoor het consumentbegrip niet bepalend is voor de reikwijdte van de verordening.

24. Zie ook G.G. Howells, ‘The scope of European consumer law’, *ERCL* 2005, p. 362 en M.B.M. Loos, ‘Het begrip “consument” in het Europese en Nederlandse privaatrecht’, *WPNR* 2005, p. 771-772.

wél onder toepassing van de richtlijn valt.²⁵ Dit zou betekenen dat het Hof van Justitie lidstaten niet kan verbieden niet-eindgebruikers dezelfde bescherming te bieden als consumenten, maar dat het wel kan voorschrijven *hoe* de nationale rechter dient te bepalen wie consument is en wie niet. Een vaststelling zoals wordt toegepast door het BGH (elke natuurlijke persoon handelt als consument, tenzij eenduidig en zonder twijfel is dat dit niet het geval is) zou dientengevolge kunnen worden geblokkeerd door het Europese recht.

Dit zou echter alleen mogelijk zijn voor instrumenten van volledige harmonisatie, aangezien bij minimumharmonisatie slechts minimumeisen kunnen worden gesteld. Gezien het overgrote deel van het consumentenrecht echter nog het karakter van minimumharmonisatie heeft, is dat voor de huidige situatie echter van geringe betekenis. Dit verandert mogelijk in de toekomst met de invoering van de Richtlijn Consumentenrechten.²⁶

5. Conclusie

Het Bundesgerichtshof geeft in zijn oordeel een nadrukkelijk consumentvriendelijke uitleg van het consumentbegrip: slechts indien de omstandigheden van het geval er vanuit het oogpunt van de handelaar eenduidig en zonder twijfel op wijzen dat de wederpartij – zijnde een natuurlijk persoon – handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, heeft deze niet als consument te gelden. Het BGH hanteert hiermee een objectieve benadering waarbij formeel wordt afgestemd op de verwachtingen van de handelaar, maar waarbij van bescherming van het vertrouwen van de handelaar vrijwel geen sprake is.

Doordat de parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW uitgaat van de subjectieve benadering, lijkt de uitspraak van het BGH niet eenvoudig over te hevelen naar het Nederlandse recht. Dat neemt niet weg dat ook bij een subjectieve benadering de rechter soepel kan omgaan met de bewijslast van het consument-zijn, hoewel een *de facto* bewijslastomkering zoals toegepast door het BGH controversieel te noemen is. De uitleg van het BGH maakt het immers vrijwel onmogelijk voor de handelaar om te bewijzen dat de wederpartij niet als consument handelde. Het Bundesgerichtshof houdt de discussie binnen de Duitse context en brandt zijn vingers niet aan het Europese recht. Voor de ontwikkeling van het Europese consumentenrecht valt het te betreuren dat de zaak niet heeft geleid tot een preliminaire procedure.

25. Immers, de test wordt toegepast voor zowel gevallen binnen als gevallen buiten het personele toepassingsbereik van de richtlijn.

26. Er zij op gewezen dat indien het Hof van Justitie een bepaalde vaststelling van de consument zou voorschrijven, dit lidstaten er niet van weerhoudt het personele toepassingsbereik alsnog uit te breiden.