# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G JACOBS van 16 september 2004 [1]

1. Het onderhavige geschil betreft in hoofdzaak het onderscheid, in het kader van het Executieverdrag [2], tussen door consumenten gesloten overeenkomsten en overeenkomsten in het algemeen.

2. Hoe moet met name worden bepaald tot welke categorie een overeenkomst behoort die een landbouwer heeft gesloten voor de aankoop van dakpannen voor een boerderij die hij deels als gezinswoning gebruikt en deels voor landbouwdoeleinden, namelijk om er vee in onder te brengen en voeder te bewaren?

3. Andere punten van meer technische aard hebben betrekking op de voor de sluiting van een consumentenovereenkomst te verrichten handelingen die, voor de toepassing van de relevante bepaling van het Executieverdrag, moeten plaatsvinden in de staat waar de consument zijn woonplaats heeft.

## Het Executieverdrag

4. Het Executieverdrag is van toepassing in burgerlijke en handelszaken. Titel II regelt de bevoegdheidsverdeling tussen de verdragsluitende staten. Krachtens het in artikel 2 neergelegde beginsel zijn de gerechten van de verdragsluitende staat waar de verweerder woonplaats heeft, bevoegd. Bij wege van uitzondering op deze regel zijn met betrekking tot bepaalde soorten rechtsvorderingen evenwel andere gerechten bevoegd.

5. Artikel 5, punt 1, Executieverdrag kent „ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst" bevoegdheid toe aan „het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd".

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Een geconsolideerde versie van het Executieverdrag, zoals gewijzigd bij de vier toetredingsverdragen van latere datum — de voor de onderhavige zaak relevante versie — is verschenen in PB 1998 C 27, blz. 1. Sinds 1 maart 2002 (na de feiten in de onderhavige zaak) is het Executieverdrag, behoudens ten aanzien van Denemarken en bepaalde overzeese gebieden van andere lidstaten, vervangen door verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB 2001 L 12, blz. 1.

6. Afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag, die de artikelen 13 tot en met 15 omvat, draagt als opschrift „Bevoegdheid inzake door consumenten gesloten overeenkomsten". Voorzover relevant bepaalt artikel 13:

„Ter zake van overeenkomsten gesloten door een persoon voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, hierna te noemen ‚de consument', wordt de bevoegdheid geregeld door deze afdeling [...]:

1. wanneer het gaat om koop en verkoop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken,

2. wanneer het gaat om leningen op afbetaling of andere krediettransacties ter financiering van koopovereenkomsten van zodanige zaken,

3. voor elke andere overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten of op de levering van roerende lichamelijke zaken indien

   a) de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, is voorafgegaan door een bijzonder voorstel of reclame en indien

   b) de consument in die staat de voor de sluiting van die overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht.

[...]"

7. Artikel 14 bepaalt dat een consument tegen de wederpartij bij de overeenkomst een rechtsvordering kan instellen „hetzij voor de gerechten van de verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan die partij woonplaats heeft, hetzij voor de gerechten van de verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan de consument woonplaats heeft".

**Feiten en procesverloop**

8. Gruber is landbouwer in Oostenrijk, bij de Duitse grens. Zijn bedrijf bestaat uit een boerderij, waarvan een gedeelte (geschat op 62 % van de oppervlakte) door hem en zijn gezin wordt bewoond en de rest als varkensstal en voederopslagruimte wordt gebruikt, en afzonderlijke bijgebouwen waaronder nóg een varkensstal, een loods voor werktuigen en een aantal voederopslagplaatsen.

9. BayWa AG heeft in Duitsland verschillende ondernemingen. Te Pocking, niet ver

van de Oostenrijkse grens, exploiteert zij naast een handel in bouwmaterialen een doe-het-zelf- en tuincentrum. Het doe-het-zelf- en tuincentrum geeft reclamefolders uit die ook over de grens in Oostenrijk worden verspreid.

10. Via zulke folders heeft Gruber met BayWa kennisgemaakt. Omdat hij de dakpannen van zijn boerderij wilde vervangen, heeft hij telefonisch naar de soorten beschikbare dakpannen en de prijzen daarvan geïnformeerd, hoewel dakpannen in de reclamefolder niet specifiek werden vermeld. Hij heeft daarbij zijn naam en woonplaats opgegeven, zonder evenwel te vermelden dat hij landbouwer was. De medewerker met wie hij had gesproken heeft hem later met een mondelinge offerte teruggebeld. Gruber wilde de dakpannen evenwel zien en is dus naar BayWa gegaan.

11. Daar heeft hij een schriftelijke offerte ontvangen. Hij vertelde dat hij landbouwer was en nieuwe dakpannen nodig had voor zijn boerderij. Hij heeft ook gezegd dat hij andere, hoofdzakelijk voor landbouwdoeleinden gebruikte gebouwen had, zonder te preciseren of het gebouw met het te vernieuwen dak overwegend voor landbouw- dan wel voor particuliere doeleinden werd gebruikt.

12. De volgende dag heeft Gruber van bij hem thuis in Oostenrijk BayWa telefonisch meegedeeld dat hij de offerte aanvaardde. BayWa heeft aan Grubers bank een orderbevestiging gefaxt.

13. Na voltooiing van de dakwerken heeft Gruber vastgesteld dat de geleverde dakpannen, ondanks de door BayWa verstrekte garantie van kleuruniformiteit, aanzienlijke kleurverschillen vertoonden. Op grond van deze garantie heeft hij daarom voor de Oostenrijkse gerechten van BayWa terugbetaling gevorderd van de koopprijs van de dakpannen en van de kosten voor de vervanging ervan alsmede aansprakelijkstelling voor alle andere toekomstige kosten geëist.

14. Tot staving van de bevoegdheid van de Oostenrijkse gerechten heeft Gruber de artikelen 13 en volgende Executieverdrag ingeroepen, maar BayWa heeft daartegen bezwaar gemaakt. De rechter in eerste aanleg heeft zich bevoegd verklaard op grond dat het geschil een consumentenovereenkomst in de zin van deze bepalingen betrof, maar deze beschikking is in hoger beroep vernietigd. De zaak is thans aanhangig bij het Oberste Gerichtshof (Oostenrijkse cassatierechter), dat de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing verzoekt over de volgende vragen:

„1) Is het voor de hoedanigheid van consument in de zin van artikel 13 Executieverdrag bij gedeeltelijk particuliere bestemming van de verrichting beslissend, of de transactie overwegend een

particulier dan wel een beroepsmatig doel dient, en volgens welke criteria moet worden uitgemaakt of het particuliere dan wel het beroepsmatige doel zwaarder weegt?

2) Moet voor het bepalen van het doel van de verrichting worden afgegaan op de elementen die vanuit het gezichtspunt van de wederpartij van de consument objectief kenbaar zijn?

3) Moet een overeenkomst die zowel bij de beroeps- als de particuliere activiteit kan aanknopen, bij twijfel als een door een consument gesloten overeenkomst worden aangemerkt?

4) Is de sluiting van de overeenkomst voorafgegaan door reclame in de zin van artikel 13, [eerste alinea], punt 3, sub a, Executieverdrag, wanneer de toekomstige wederpartij van de consument in de verdragsluitende staat waar de consument woont weliswaar reclamefolders heeft verspreid, maar het uiteindelijk door de consument gekochte product daar niet in stond?

5) Is er sprake van een door een consument gesloten overeenkomst in de zin van artikel 13 Executieverdrag wanneer de verkoper telefonisch een offerte heeft gedaan aan de in een andere staat wonende koper die de offerte niet heeft aanvaard, maar later het aangeboden product op grond van een schriftelijke offerte toch heeft gekocht?

6) Heeft de consument in zijn eigen staat de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen in de zin van artikel 13, [eerste alinea], punt 3, sub b, Executieverdrag verricht, wanneer hij in zijn woonstaat telefonisch een in de woonstaat van zijn wederpartij opgemaakte offerte heeft aanvaard?"

15. De partijen in het hoofdgeding, de Oostenrijkse, de Duitse, de Italiaanse, de Portugese en de Zweedse regering alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 24 juni 2004 hebben Gruber, de Italiaanse regering en de Commissie hun opmerkingen mondeling voorgedragen.

**Kwalificatie als een door een consument gesloten overeenkomst**

16. De onderling samenhangende punten in de eerste drie vragen van de nationale rechter hebben alle een algemene strekking en kunnen samen worden onderzocht, hoe-

wel ik ze enigszins anders zal formuleren dan in de vragen.

17. In wezen gaat het erom of een „gemengde" overeenkomst zoals die tussen Gruber en BayWa, als een door een consument gesloten overeenkomst in de zin van het Executieverdrag moet worden beschouwd.

18. In dit verband wenst de verwijzende rechter eveneens te vernemen welke omstandigheden bij de beoordeling daarvan in aanmerking moeten worden genomen, en of deze voor de leverancier objectief kenbaar moeten zijn.

19. Zoals zal blijken, is naar mijn mening het antwoord op deze vragen vrij eenvoudig. Het is evenwel nuttig eerst de achtergrond van de bepalingen van het Executieverdrag betreffende de consumentenovereenkomsten en de uitlegging daarvan door het Hof te onderzoeken.

*Achtergrond*

20. Artikel 13 van de oorspronkelijke versie van het Executieverdrag had betrekking op overeenkomsten voor koop en verkoop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken, dan wel specifiek ter financiering van koopovereenkomsten van zodanige zaken aangegane leningen. Andere overeenkomsten voor de levering van goederen of de verstrekking van diensten waren er niet in vermeld en evenmin was vereist dat de koper handelde „voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd".

21. De huidige versie is ingevoerd bij het toetredingsverdrag van 1978.[3] Het rapport-Schlosser[4] betreffende de totstandkoming van het Executieverdrag zet uiteen dat de verruiming was ingegeven door een groeiend bewustzijn van de behoefte aan bescherming van de consument in grensoverschrijdende transacties. Afdeling 4 van titel II werd aldus uitgebreid „tot een titel over bevoegdheden in consumentenzaken [, waarbij] voor de toekomst ook duidelijk [werd gemaakt] dat de bijzondere bescherming alleen voor particuliere consumenten geldt en niet voor personen die zich beroepsmatig [verbinden]".

22. De definitie van een door een consument gesloten overeenkomst komt in wezen overeen met artikel 5 van het toenmalige voorontwerp van Verdrag betreffende het

3 — Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie, PB 1978 L 304, blz. 1.

4 — PB 1979 C 59, blz. 71, punten 153-161, blz. 117-120.

recht dat van toepassing is op contractuele en niet-contractuele verbintenissen, thans — enkel met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst — het Verdrag van Rome, waar het rapport-Schlosser naar verwijst. [5]

23. Artikel 5 van bedoeld Verdrag van Rome verzet zich in wezen tegen een rechtskeuze in een overeenkomst die ertoe leidt dat een consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van het recht van het land van zijn woonplaats. Het omschrijft een door consumenten gesloten overeenkomst in wezen op dezelfde wijze als het Executieverdrag, namelijk als „overeenkomsten die betrekking hebben op de levering van roerende lichamelijke zaken of de verstrekking van diensten aan een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd".

24. Het rapport-Giuliano-Lagarde [6] betreffende de totstandkoming van voormeld Verdrag van Rome licht het begrip verder toe:

„De definitie van ‚door consumenten gesloten overeenkomsten' stemt overeen met die van artikel 13 van het Executieverdrag. Zij moet worden geïnterpreteerd in het licht van haar strekking — bescherming van de zwakkere partij — en in overeenstemming met andere verdragen waarmee hetzelfde doel wordt nagestreefd, zoals het Executieverdrag. [...] Het voorschrift is dan ook niet van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten door handelaars, ondernemers of personen die een vrij beroep uitoefenen (bij voorbeeld artsen) en die apparatuur kopen of diensten laten verrichten voor de uitoefening van hun beroepswerkzaamheden. Wanneer zo iemand deels beroeps- of bedrijfsmatig handelt en deels niet, valt de situatie alleen onder artikel 5 indien hij hoofdzakelijk niet-beroeps- of bedrijfsmatig handelt. Wanneer de ontvanger van de roerende lichamelijke zaak, de dienst of het krediet in feite hoofdzakelijk niet beroeps- of bedrijfsmatig heeft gehandeld, maar de wederpartij daarvan niet op de hoogte was en — rekening houdend met alle omstandigheden — daarvan ook niet op de hoogte kon zijn, valt de situatie buiten de werkingssfeer van artikel 5. Als de ontvanger van de roerende lichamelijke zaak of de dienst duidelijk beroepsmatig handelt en bij voorbeeld zaken bestelt die werkelijk kunnen dienen voor de uitoefening van zijn beroep, en daarbij gebruik maakt van papier met een beroepsmatig briefhoofd, is de goede trouw van de wederpartij beschermd en is artikel 5 niet van toepassing."

25. Het Hof van Justitie heeft het begrip „door consumenten gesloten overeenkomst" van de artikelen 13 en volgende Executieverdrag met name in de arresten Shearson

5 — PB 1980 L 266, blz. 1; zie rapport-Schlosser, punt 155.
6 — PB 1980 C 282, blz. 1, meer bepaald blz. 23.

Lehmann Hutton [7] en Benincasa [8] onderzocht.

26. In het arrest Shearson Lehmann Hutton heeft het Hof geoordeeld dat de grondgedachte van deze bepalingen het streven is „de consument als de economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractspartij te beschermen, [die] derhalve de moed tot het instellen van een rechtsvordering niet mag worden ontnomen door hem te verplichten, zijn vordering aanhangig te maken voor de gerechten van de staat op het grondgebied waarvan zijn wederpartij woonplaats heeft". [9]

27. Het Hof heeft evenwel ook uiteengezet waarom het begrip „consument" in dit kader niet te ruim mag worden uitgelegd: de betrokken bevoegdheidsregel wijkt af van de algemene regel van artikel 2; afgezien van zulke uitdrukkelijk voorziene afwijkingen staat het Executieverdrag duidelijk weigerachtig tegenover toekenning van bevoegdheid aan de gerechten van de woonplaats van de eiser; en uit de beoogde beschermende functie van deze bepalingen volgt dat de afwijking niet mag worden uitgebreid tot personen die deze bescherming niet nodig hebben. [10] Het begrip heeft bijgevolg „slechts betrekking op de niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende particuliere eindverbruiker". [11]

28. In het arrest Benincasa heeft het Hof deze zienswijze bevestigd en gepreciseerd dat „aansluiting moet worden gezocht bij de positie van [de in een bepaalde overeenkomst betrokken persoon], rekening houdend met de aard en het doel van deze overeenkomst, en niet bij de subjectieve situatie van deze persoon. [...] [E]enzelfde persoon [kan] voor sommige verrichtingen als consument en voor andere verrichtingen als marktdeelnemer worden beschouwd. [E]nkel overeenkomsten die worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier, [vallen] onder de bepalingen ter bescherming van de consument, die als de economisch zwakkere partij wordt beschouwd. De met deze bepalingen beoogde bijzondere bescherming vindt geen rechtvaardiging in geval van overeenkomsten die een [...] beroepsactiviteit tot doel hebben [...]". [12]

*Opmerkingen*

29. Gelet op het voorgaande, zijn allen die opmerkingen hebben ingediend, de mening toegedaan dat de toepassing van de artikelen 13 en volgende op „gemengde" overeenkomsten niet is uitgesloten. Ook zijn zij het er over eens dat de aard van een dergelijke overeenkomst op basis van het overwegende bestanddeel ervan moet worden bepaald. De meningen lopen echter uiteen wat de omstandigheden betreft waarin de „consumenten"-aspecten van een overeenkomst moeten worden geacht de overhand te

7 — Arrest van 19 januari 1993, C-89/91, Jurispr. 1993, blz. I-139.
8 — Arrest van 3 juli 1997, C-269/95, Jurispr. 1997, blz. I-3767.
9 — Punt 18 van het arrest.
10 — Punten 16, 17 en 19 van het arrrest.
11 — Punt 22 van het arrest.
12 — Punten 16 en 17 van het arrest.

hebben in de hiervóór aangehaalde zin. In het algemeen kunnen twee benaderingen worden onderscheiden.

30. Volgens de eerste zienswijze moeten gemengde overeenkomsten omwille van de bescherming van de consument, in het bijzonder bij twijfel, als door consumenten gesloten overeenkomsten worden gekwalificeerd. De afwijking heeft tot doel de consument, die als economisch zwakker en juridisch minder ervaren dan de wederpartij bij de overeenkomst wordt beschouwd, te beschermen, door hem niet te verplichten zijn vordering bij de gerechten van een andere verdragsluitende staat aanhangig te maken. Deze bescherming mag niemand in een dergelijke positie worden ontnomen.

31. In de andere zienswijze wordt een enge uitlegging van de artikelen 13 en volgende voorgestaan. Daarbij wordt een overeenkomst in geval van twijfel gekwalificeerd als een overeenkomst die betrekking heeft op de bedrijfs- of beroepsactiviteit van de klant, omdat deze bepalingen een afwijking vormen van de regel van artikel 5, punt 1, dat de gerechten van de plaats van uitvoering van de overeenkomst bevoegd zijn, welke regel zelf een afwijking vormt van het beginsel van artikel 2 dat bevoegdheid toekent aan de gerechten van de woonplaats van de verweerder (*actor sequitur forum rei*). Het betreft een hoogst uitzonderlijke regel, aangezien hij voorziet in een afwijking ten gunste van de gerechten van de woonplaats van de eiser, waartegenover het Executieverdrag over het algemeen weigerachtig staat. Het Hof heeft, in het bijzonder met betrekking tot de artikelen 13 en volgende, herhaaldelijk geoordeeld dat zulke afwijkingen eng dienen te worden uitgelegd.

32. Met betrekking tot de in aanmerking te nemen omstandigheden lopen de standpunten sterk uiteen. Volgens sommigen vormt het aandeel van de gekochte goederen dat effectief voor elk doel wordt gebruikt of bestemd een beslissende factor, terwijl anderen juist wijzen op de problemen waarmee het hanteren van louter kwantitatieve criteria gepaard gaat. Gruber betoogt dat de bedoeling van de klant doorslaggevend is, maar dat een onderneming die met haar reclame op particulieren mikt, er in elk geval van moet uitgaan dat zij zaken doet met consumenten. Volgens nog anderen moet te rade worden gegaan met de bepalingen van de overeenkomst zelf of moet worden uitgegaan van een reeks andere objectieve factoren — zoals het gebruik door de klant van papier met het briefhoofd van zijn onderneming, de aard van de goederen of diensten en het verband ervan met de onderneming van de klant, de hoeveelheid bestelde goederen of ook de bekende socio-economische context — die op een mogelijk verband met de bedrijfs- of beroepsactiviteit van de klant kunnen wijzen. De Italiaanse, de Portugese en de Zweedse regering menen dat het irrelevant is of de verkoper al dan niet van bepaalde omstandigheden afweet, en verschillen op dat punt van mening met alle anderen die opmerkingen hebben ingediend.

*Beoordeling*

33. Zoals gezegd is de kernvraag of een „gemengde" overeenkomst zoals die tussen Gruber en BayWa, als een door een consument gesloten overeenkomst in de zin van

het Executieverdrag moet worden beschouwd. Daarbij moet met drie fundamentele aspecten rekening worden gehouden.

34. Om te beginnen is het wel degelijk de overeenkomst die moet worden gekwalificeerd, en niet de klant. Er bestaat geen personele status van consument of niet-consument; van belang is de hoedanigheid waarin de klant een welbepaalde overeenkomst heeft gesloten. Dit vloeit voort uit de bewoordingen van artikel 13 en is door het Hof met name in het arrest Benincasa benadrukt.

35. Vervolgens moet de overeenkomst in haar geheel worden gekwalificeerd; zij kan niet worden opgesplitst. In dit kader bestaat er in feite niet zoiets als een „gemengde" overeenkomst, er bestaan enkel door consumenten gesloten overeenkomsten en andere overeenkomsten. Ook dit volgt uit de bewoordingen van artikel 13 alsmede uit een van de fundamentele doelstellingen van het Executieverdrag die er met name in bestaat te vermijden dat een veelvoud van rechters bevoegd is ten aanzien van dezelfde zaak, en in het bijzonder ten aanzien van dezelfde overeenkomst.[13] Het ware absurd en strijdig met het Executieverdrag indien één rechter bevoegd was om kennis te nemen van een geschil over een gedeelte van de waarde van de overeenkomst en een andere rechter van de rest. Een overeenkomst als die welke in geding is moet dus ofwel onder artikel 5, punt 1, ofwel onder de artikelen 13 en volgende vallen.

13 — Zie, bijvoorbeeld, arresten Gabriel, C-96/00, Jurispr. 2002, blz. I-6367, punt 57, Pugliese, C-437/00, Jurispr. 2003, blz. I-3573, punt 16, en 5 februari 2004, DFDS Torline, C-18/02, punt 26.

36. Ten slotte het belangrijkste aspect: de artikelen 13 en volgende hebben tot doel het een particuliere consument — die zich in het kader van een welbepaalde overeenkomst doorgaans zowel op economisch en bedrijfsmatig vlak als op het vlak van juridische ervaring en middelen in een zwakkere positie dan zijn leverancier bevindt — gemakkelijker te maken om tegen die leverancier een rechtszaak aan te spannen. Dit blijkt zowel uit het rapport-Giuliano-Lagarde als uit de rechtspraak van het Hof over de artikelen 13 en volgende. Naar mijn mening geeft deze overweging aan welke benaderingswijze met betrekking tot overeenkomsten als de onderhavige moet worden gevolgd.

37. De consument wordt bijzondere en uitzonderlijke bescherming verleend op grond dat hij zich, wanneer hij als consument een overeenkomst sluit, in een zwakkere positie bevindt dan een leverancier die bedrijfs- of beroepsmatig handelt.

38. Hoewel dit voor bepaalde overeenkomsten ongetwijfeld anders ligt, verlangt het Executieverdrag niet dat van geval tot geval wordt onderzocht of de consument zich in een zwakkere positie bevindt, maar gaat het er omwille van de rechtszekerheid van uit dat een persoon die zaken of diensten koopt voor een ander dan een bedrijfs- of beroepsmatig doel, zich in een zwakkere positie bevindt dan zijn leverancier.

39. Omgekeerd moet daarom een persoon die zulke aankopen wél voor bedrijfs- of beroepsdoeleinden doet, worden geacht met de leverancier op voet van gelijkheid te onderhandelen, zodat hij niet dezelfde, uitzonderlijke bescherming kan genieten.

40. Indien een overeenkomst zowel in particuliere als in bedrijfs- of beroepsmatige behoeften voorziet, kan eventueel worden bepaald welk gedeelte van de overeenkomst binnen elke categorie valt. De klant kan in het kader van één overeenkomst evenwel niet worden geacht voor dat gedeelte of enig ander gedeelte tegenover zijn leverancier zowel in een zwakkere als in een gelijkwaardige positie te verkeren.

41. Wanneer de klant een overeenkomst voor bedrijfs- of beroepsmatige doeleinden sluit, moet worden aangenomen dat hij zich tegenover de leverancier in een gelijkwaardige onderhandelingspositie bevindt. Aan deze gelijkwaardige positie — zijn veronderstelde zakelijke en juridische ervaring en middelen vergeleken met die van de leverancier — wordt niet afgedaan door het feit dat de overeenkomst tevens particuliere doeleinden dient. Dit geldt ongeacht het relatieve aandeel van de twee soorten doeleinden, mits deze beide een substantiële rol spelen.

42. Een persoon die deels wel en deels niet voor bedrijfs- of beroepsdoeleinden een overeenkomst sluit, kan zich bijgevolg niet op de uitzonderlijke bescherming, van de artikelen 13 en volgende Executieverdrag beroepen, tenzij de bedrijfs- of beroepsdoeleinden geen rol van betekenis spelen.

43. Deze conclusie is niet enkel geboden op grond van de beleidsoverwegingen in de rapporten-Schlosser en Giuliano-Lagarde en de logica die aan de betrokken bescherming ten grondslag ligt. Zij vloeit ook voort uit de rechtspraak van het Hof, inhoudende dat deze van de algemene regel afwijkende bepalingen, waarbij met name aan de gerechten van de woonplaats van de eiser bevoegdheid wordt toegekend, eng moeten worden uitgelegd en niet kunnen worden verruimd tot personen voor wie deze bescherming niet gerechtvaardigd is.

44. De nationale rechter wenst eveneens te vernemen of het voor de leverancier mogelijk moet zijn objectief vast te stellen in hoeverre de klant met de overeenkomst particuliere respectievelijk bedrijfs- of beroepsmatige doeleinden nastreeft.

45. Gelet op wat hierboven is uiteengezet, staat het bij een verschil van mening aan de aangezochte rechter te bepalen of de overeenkomst in niet-onbelangrijke mate bedrijfs- of beroepsmatige behoeften van de klant voldeed.

46. Daarvoor moet de rechter zich op feitelijke gegevens baseren, en ik ben het eens met de zienswijze in een aantal bij het Hof ingediende opmerkingen, dat moet worden uitgegaan van de gehele context.

47. Blijkt uit deze feitelijke gegevens dat de klant met de overeenkomst in niet-onbelangrijke mate een bedrijfs- of beroepsmatig doel nastreefde, dan zijn de artikelen 13 en volgende niet van toepassing en doet het er niet toe of de leverancier het betrokken doel al dan niet objectief kon vaststellen.

48. Blijkt dat de rol van het bedrijfs- of beroepsmatige doel onbeduidend is, dan moet de overeenkomst als een door een consument gesloten overeenkomst worden gekwalificeerd. Problemen kunnen zich dan enkel voordoen als de leverancier, ondanks deze bevinding, op grond van de omstandigheden redelijkerwijs toch kon aannemen dat de klant de overeenkomst voor een bedrijfs- of beroepsmatig doel heeft gesloten.

49. Dan kan de consument mijns inziens de bescherming van de artikelen 13 en volgende Executieverdrag niet worden ontzegd tenzij hij zich zo heeft gedragen dat men daaruit wel moest concluderen dat hij bedrijfs- of beroepsmatig handelde en hij dus de indruk heeft gewekt dat hij de overeenkomst voor beroepsdoeleinden sloot.

50. De bepalingen inzake door consumenten gesloten overeenkomsten mogen niet aldus worden uitgelegd dat de daarbij verleende bescherming wordt verruimd tot personen voor wie die bescherming niet gerechtvaardigd is; zij mogen evenwel ook niet aldus worden uitgelegd dat de personen voor wie de bescherming bedoeld is, ze niet krijgen. Deze bescherming is zonder twijfel bedoeld voor eenieder die uitsluitend of overwegend voor doeleinden die als niet-bedrijfs- of beroepsmatig kunnen worden beschouwd, een overeenkomst sluit. Het belang hiervan is des te groter omdat in artikel 153 EG dezelfde algemene doelstelling, namelijk het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming, is neergelegd.

51. Wekt de consument evenwel de indruk bedrijfs- of beroepsmatig te handelen — bijvoorbeeld door papier met het briefhoofd van zijn onderneming te gebruiken, goederen op het adres van zijn onderneming te laten leveren of door de mogelijkheid tot teruggaaf van BTW te vermelden — en bestaat er voor zijn leverancier te goeder trouw geen reden om aan te nemen dat het anders is, dan kan, zoals in het rapport-Giuliano-Lagarde is gesteld, op goede gronden worden aangenomen dat de consument van zijn recht op deze bescherming afstand heeft gedaan.

52. Gelet op een en ander, ziet het er naar uit dat de overeenkomst tussen Gruber en BayWa niet als een door een consument gesloten overeenkomst in de zin van het Executieverdrag kan worden gekwalificeerd, zodat de overige vragen, die enkel relevant

zijn wanneer zulks wél het geval is, niet zullen rijzen. Deze beoordeling is echter een zaak van de nationale rechter, zodat ik deze vragen toch zal onderzoeken.

**Voorafgaande reclame in de staat waar de consument zijn woonplaats heeft**

53. De vierde vraag van de nationale rechter is ingegeven door het feit dat de dakpannen die Gruber wilde kopen en concreet ook heeft gekocht, in de reclame die hij in Oostenrijk heeft ontvangen en die hem op BayWa's activiteiten attent heeft gemaakt, niet waren vermeld. Valt deze situatie onder het begrip overeenkomst „voorafgegaan door [...] reclame"?

54. Het rapport-Schlosser verwijst voor de exacte betekenis van het vooraf maken van reclame in de staat waar de consument zijn woonplaats heeft, naar het rapport-Giuliano-Lagarde.

55. In dit laatste rapport heet het dat deze voorwaarde [14] „[situaties betreft] waarin de handelaar stappen heeft ondernomen om zijn roerende lichamelijke zaken of diensten te verkopen in het land waar de consument woont. Gedoeld wordt hier onder andere op postorderverkoop en huis-aan-huisverkoop. De handelaar moet dus bepaalde handelingen hebben verricht, zoals het maken van reclame in de pers of voor radio en televisie dan wel in bioscopen, of door middel van speciaal op dat land afgestemde catalogi, of hij moet via een agent of colporteur voorstellen voor individuele transacties hebben gedaan [...]". [15]

56. In twee zaken heeft het Duitse Bundesgerichtshof het Hof gevraagd of voor toepassing van deze bepaling een verband moet bestaan tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst, [16] maar in beide gevallen heeft het Hof geoordeeld dat artikel 13, punt 3, sub a, Executieverdrag op andere gronden niet van toepassing was en heeft het dit aspect niet onderzocht.

57. In de zaak Shearson Lehmann Hutton was advocaat-generaal Darmon evenwel van mening dat tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst geen oorzakelijk verband hoefde te bestaan. [17] Volgens hem verlangt het Executieverdrag van de consument niet het bewijs dat de reclame hem daadwerkelijk heeft bereikt of dat er een oorzakelijk verband bestond tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst, aan welke voorwaarde over het algemeen hoe dan ook moeilijk is te voldoen. Verder gaat een dergelijke benadering in tegen het

14 — In het kader van voormeld Verdrag van Rome, artikel 5, lid 2, eerste streepje.

15 — Blz. 24 van het in voetnoot 6 aangehaalde rapport.

16 — Arrest Shearson Lehmann Hutton, aangehaald in voetnoot 7, tweede vraag; arrest Brenner en Noller, C-318/93, Jurispr. 1994, blz. I-4275, derde vraag.

17 — Zie in het bijzonder de punten 81 tot en met 85 van de conclusie, en punt 113, sub 2, van de subsidiair in overweging gegeven uitspraak.

nagestreefde doel van consumentenbescherming, en moeten beperkingen daarvan uit de tekst van het Executieverdrag zelf volgen. De enig denkbare beperking berust op het gezond verstand: het tijdsverloop tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst mag niet te groot zijn, wat door de nationale rechter moet worden beoordeeld. Artikel 13, punt 3, sub a, schept volgens hem bijgevolg „een soort onweerlegbaar vermoeden, dat tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst een verband bestaat, wanneer de reclame aan die sluiting voorafgaat".

58. Van hen die terzake opmerkingen hebben ingediend, is enkel de Portugese regering van mening dat voor de toepassing van de bepalingen inzake consumentenbescherming vereist is dat tussen de zaken of diensten waarvoor reclame is gemaakt en die welke zijn gekocht een nauw verband bestaat. Voor de anderen volstaat het in hoofdzaak dat de consument reclame heeft ontvangen en vervolgens zaken of diensten, ongeacht de precieze aard daarvan, van de adverteerder heeft gekocht. En ook de Portugese regering erkent dat de gekochte producten niet noodzakelijk die moeten zijn waarvoor reclame is gemaakt, zolang het gaat om soortgelijke producten of producten uit dezelfde branche.

59. Met name de Commissie benadrukt, naast de moeilijkheden waarmee het aantonen van een bijzonder oorzakelijk verband gepaard gaat, in het bijzonder het risico dat leveranciers hun reclame zo gaan formuleren dat de toepassing van de artikelen 13 en volgende in de praktijk wordt uitgesloten, zodat het doel van het Executieverdrag niet wordt bereikt.

60. Ik kan niet anders dan mij aansluiten bij de zienswijze van advocaat-generaal Darmon in de zaak Shearson Lehmann Hutton, die ook in de meeste van de bij het Hof ingediende opmerkingen wordt verdedigd. Zoals gezegd, is er in het Executieverdrag enkel sprake van een overeenkomst „voorafgegaan" — en niet „tot stand gebracht" — door reclame.

61. In de in artikel 13, punt 3, sub a, bedoelde situatie gaat het in wezen om doelbewust grensoverschrijdende reclame. Wanneer een in een bepaalde verdragsluitende staat gevestigde handelaar voor zijn producten of diensten reclame maakt bij particulieren in een andere verdragsluitende staat, moet hij weten dat deze gaat leiden tot door consumenten gesloten overeenkomsten in de zin van het Executieverdrag indien aan de andere gestelde voorwaarden is voldaan. Wanneer een specifiek verband wordt verlangd tussen de reclame en de uiteindelijk gekochte producten of diensten, kan niet aan het rechtszekerheidsvereiste worden voldaan.

62. Verder blijft het doel van commerciële reclame zelden of nooit beperkt tot het promoten van bepaalde producten met uitsluiting van alle andere. Haar doel bestaat er over het algemeen integendeel in een zo groot mogelijke bekendheid te geven aan de adverteerder en zijn verschillende zakelijke activiteiten, en zoveel mogelijk te verkopen in zoveel mogelijk productlijnen. Omgekeerd gebeurt het vaak dat de adressaat van reclame, aangetrokken door de activiteiten van de adverteerder in het algemeen, verdere inlichtingen inwint en niet specifiek in de

reclame vermelde zaken of diensten koopt.

63. De sluiting van een overeenkomst moet bijgevolg worden geacht in het land waar de consument woont te zijn voorafgegaan door reclame in de zin van artikel 13, punt 3, sub a, Executieverdrag, wanneer de verkoper in deze staat vooraf reclame heeft gemaakt voor goederen of diensten, zelfs indien de concreet door de consument gekochte producten daar niet in waren vermeld.

**Bijzonder voorstel aan de consument**

64. De nationale rechter verzoekt in zijn vijfde vraag ook om uitleg over de alternatieve voorwaarde van artikel 13, punt 3, sub a, dat de sluiting van de overeenkomst is voorafgegaan door een bijzonder voorstel in de staat waar de consument woonplaats heeft. Valt onder dit begrip een situatie waarin de verkoper de klant telefonisch een offerte doet in het land waar hij woont, en hem vervolgens in het land waar hij zelf is gevestigd een schriftelijke offerte overhandigt die door de klant wordt geaccepteerd?

65. In de bij het Hof ingediende opmerkingen is men het er in hoofdzaak over eens dat in de beschreven omstandigheden aan deze voorwaarde is voldaan, hoewel de Portugese regering benadrukt dat de twee offertes hetzelfde product moeten betreffen. De Commissie merkt op dat ook hier de voorwaarde enkel inhoudt dat de overeenkomst door een bijzonder voorstel aan de consument in de staat waar hij woont, wordt voorafgegaan, en niet dat de overeenkomst op dit voorstel is gebaseerd.

66. Ik ben het ook thans eens met de voorgestelde zienswijze. In de omstandigheden van de onderhavige zaak kan de in Duitsland aan Gruber overhandigde schriftelijke offerte niet worden beschouwd als een offerte die hem in de staat waar hij zijn woonplaats heeft, Oostenrijk, is gedaan. In Oostenrijk had hij evenwel eerder een mondelinge offerte ontvangen die duidelijk wél aan de definitie van artikel 13, punt 3, sub a, beantwoordt. Deze offerte is aan de sluiting van de overeenkomst voorafgegaan.

67. Misschien moet toch een onderscheid worden gemaakt tussen een „bijzonder voorstel" en „reclame". De laatste is naar zijn aard algemeen, terwijl het eerste uitdrukkelijk als bijzonder wordt omschreven. Waar reclame dus niet dezelfde producten of diensten hoeft te betreffen als die welke achteraf worden gekocht, moet het in een bijzonder voorstel blijkbaar wél over dezelfde goederen of diensten gaan. Zou de telefonische offerte aan Gruber dus op dakpannen betrekking

hebben gehad, en de schriftelijke offerte evenals de daaropvolgende aankoop op gebintbalken, dan was niet aan de voorwaarde van het „bijzonder voorstel" voldaan.

68. Ik ben bijgevolg van mening dat, wanneer een consument in de staat waar hij zijn woonplaats heeft, telefonisch een specifieke offerte van een in een andere staat gevestigde verkoper ontvangt en vervolgens van deze laatste de aangeboden producten of diensten koopt, de sluiting van een overeenkomst moet worden geacht door een bijzonder voorstel in de zin van artikel 13, punt 3, sub a, Executieverdrag te zijn voorafgegaan, zelfs als de concrete bedingen van de overeenkomst zijn gebaseerd op een latere offerte die de consument niet heeft ontvangen in het land waar hij woont.

**De voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen**

69. Met zijn laatste vraag wenst de nationale rechter te vernemen of een consument, wanneer hem in de staat waar de verkoper is gevestigd een offerte wordt gedaan die hij telefonisch vanuit zijn eigen staat accepteert, in zijn eigen staat de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen in de zin van artikel 13, punt 3, sub b, verricht.

70. Uit de formulering van de bepaling blijkt duidelijk dat de vraag bevestigend moet worden beantwoord — hetgeen overigens ook door allen die met betrekking tot dit punt opmerkingen hebben ingediend, is voorgesteld — welke zienswijze ook steun vindt in de rapporten-Schlosser en -Giuliano-Lagarde.

71. Blijkens het rapport-Schlosser „volgt de nieuwe regeling in beginsel weer het voorontwerp van Verdrag betreffende het recht dat van toepassing is op contractuele en niet-contractuele verbintenissen. Aan beide in artikel 13, punt 3, genoemde voorwaarden — voorstel of publiciteit in de staat waar de consument zijn woonplaats heeft en het aldaar verrichten door de consument van de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen — moet cumulatief zijn voldaan." [18]

72. Volgens het rapport-Giuliano-Lagarde zijn de woorden „noodzakelijke handelingen" „bewust gekozen om niet verstrikt te raken in het klassieke vraagstuk van de bepaling van de plaats van sluiting van de overeenkomst. Deze kwestie is in de bedoelde situaties uiterst netelig, omdat het gewoonlijk internationale correspondentiecontracten betreft. Het woord ‚handeling' omvat met name een schrijven of enige andere stap naar aanleiding van een aanbod of reclame". [19]

18 — Blz. 118 van het in voetnoot 4 aangehaalde rapport.
19 — Blz. 24.

73. De plaats waar de offerte is gedaan, is bijgevolg irrelevant, mits de consument in het land van zijn woonplaats een offerte (of reclame) heeft ontvangen. Wél van belang is dat de consument in het land van zijn woonplaats de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen verricht. Welke communicatiemiddelen voor de sluiting van de overeenkomst zijn gebruikt, is evenmin terzake dienend.

74. Wanneer een consument van thuis telefoneert om een offerte te accepteren, verricht hij duidelijk een voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handeling. Anderzijds, zelfs al hebben eerst in de staat waar de verkoper is gevestigd besprekingen of onderhandelingen plaatsgevonden die bepalend zijn voor de bedingen van de overeenkomst, zijn die stappen wellicht door de verkoper en niet door de consument ondernomen en gaan zij zeer waarschijnlijk aan de sluiting van de overeenkomst vooraf.

75. Voor de toepassing van artikel 13, punt 3, sub b, verricht een consument bijgevolg de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen in de staat waar hij woont, wanneer hij vanuit deze staat meedeelt dat hij een offerte aanvaardt, ongeacht de plaats waar deze is gedaan en de gebruikte communicatiemiddelen.

## Conclusie

76. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de vragen van het Oberste Gerichtshof te beantwoorden als volgt:

1) Een persoon die deels wel en deels niet voor bedrijfs- of beroepsdoeleinden een overeenkomst sluit, kan op de bevoegdheidsregel van de artikelen 13 en volgende van het Executieverdrag geen beroep doen, tenzij het bedrijfs- of beroepsmatige doel een onbetekenende rol speelt.

2) Om te bepalen of een persoon een overeenkomst heeft gesloten voor een gebruik dat als niet-bedrijfs- of beroepsmatig in de zin van de artikelen 13 en volgende Executieverdrag kan worden beschouwd, hoeft geen rekening te worden gehouden met omstandigheden die voor de wederpartij bij de overeenkomst objectief kenbaar zijn, tenzij de consument de indruk heeft gewekt bedrijfs- of beroepsmatig te handelen en de wederpartij te goeder trouw geen gronden had om aan te nemen dat dit niet het geval was.

3) De sluiting van een overeenkomst moet worden geacht in de staat van de woonplaats van de consument door reclame te zijn voorafgegaan in de zin van artikel 13, punt 3, sub a, Executieverdrag, wanneer de verkoper in deze staat vooraf reclame heeft gemaakt voor goederen of diensten, zelfs indien de specifiek door de consument gekochte goederen daar niet in waren vermeld.

4) Wanneer een consument in de staat waar hij zijn woonplaats heeft van een in een andere verdragsluitende staat gevestigde verkoper telefonisch een specifieke offerte ontvangt en vervolgens van deze leverancier de aangeboden goederen of diensten koopt, moet de sluiting van de overeenkomst, zelfs als de concrete bedingen ervan zijn gebaseerd op een latere offerte die de consument niet in de staat waar hij woont heeft ontvangen, worden geacht door een bijzonder voorstel in de zin van artikel 13, punt 3, sub a, Executieverdrag te zijn voorafgegaan.

5) Voor de toepassing van artikel 13, punt 3, sub b, Executieverdrag verricht een consument de voor de sluiting van een overeenkomst noodzakelijke handelingen in de staat waar hij zijn woonplaats heeft, wanneer hij vanuit deze staat meedeelt dat hij een offerte aanvaardt, ongeacht de plaats waar deze offerte is gedaan en de gebruikte communicatiemiddelen.