



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

The presumption of non-conformity in European consumer sales law : bespreking van het proefschrift van K. Sikorska LLM [Bespreking van: K. Sikorska (2015) The presumption of non-conformity in European consumer sales law]

Loos, M.B.M.

DOI

[10.5553/MvV/157457672016014001004](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672016014001004)

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

Maandblad voor Vermogensrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2016). The presumption of non-conformity in European consumer sales law : bespreking van het proefschrift van K. Sikorska LLM [Bespreking van: K. Sikorska (2015) The presumption of non-conformity in European consumer sales law]. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 26(1), 17-19. <https://doi.org/10.5553/MvV/157457672016014001004>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 CP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

The Presumption of Non-conformity in European Consumer Sales Law

Bespreking van het proefschrift van K. Sikorska LLM

*Prof. dr. M.B.M. Loos**

In haar Engelstalige proefschrift,¹ op 21 mei 2015 verdedigd aan de Rijksuniversiteit Groningen (promotores: prof. mr. dr. H.B. Krans en prof. mr. dr. M.H. Wissink), onderzoekt Sikorska de verdeling van de bewijslast bij consumentenkoopovereenkomsten in geval van non-conformiteit in vier rechtstelsels: het recht van Polen, Duitsland, Engeland en Wales, en Nederland. De nadruk ligt daarbij, zoals de titel al suggereert, op het vermoeden van non-conformiteit binnen de eerste zes maanden na aflevering, welk bewijsvermoeden voortvloeit uit art. 5 lid 3 van de richtlijn consumentenkoop (bij ons gecodificeerd in art. 7:18 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)).

De probleemstelling wordt wat wollig omschreven op p. 3: 'The main question of this research *regards* the role the presumption of non-conformity has *in the facilitation of* the burden of proof lying with the consumer, in order to receive remedies for the delivery of non-conforming goods' (curs. MBML). De met de beantwoording van de onderzoeksvraag nagestreefde doeleinden zijn daarentegen helder:

1. aangeven hoe het vermoeden van non-conformiteit is geïmplementeerd in de onderzochte rechtssystemen;
2. aangeven hoe het vermoeden functioneert binnen de nationale juridische kaders;
3. vaststellen of de werking van het vermoeden van non-conformiteit overeenstemt met de verwachtingen en doeleinden die hiervoor zijn gesteld door de Europese wetgever.

Hiermee zou het mogelijk moeten worden te bepalen of de verdeling van de bewijslast in consumentenzaken vergelijkbaar is in de onderzochte lidstaten, of het bewijsvermoeden de bewijslast voor de consument verlicht en of (en hoe) de nationale regels over de bewijslast de toepassing van het (Europese) consumentenkooprecht beïnvloeden (p. 3).

Het onderzoek is als volgt opgezet. In hoofdstuk 2 (p. 7-48) wordt voor elk van de onderzochte rechtstelsels aangegeven

wat de belangrijkste definities en de algemene regels zijn met betrekking tot de bewijslast; daarbij wordt onder meer ingegaan op de bewijslastverdeling en de maatstaf aan de hand waarvan wordt bepaald of het bewijs geleverd is. In hoofdstuk 3 (p. 49-112) gaat Sikorska in op de richtlijn consumentenkoop en de nationale implementaties daarvan in de vier onderzochte rechtstelsels. Ze beschrijft daarbij het wetgevingsproces op het Europese en het nationale niveau en de wijze waarop de richtlijn in de nationale stelsels is geïmplementeerd (in het Burgerlijk Wetboek, zoals in Duitsland en Nederland, en inmiddels ook in Polen, of in afzonderlijke wetgeving, zoals in Engeland en aanvankelijk in Polen), de wijziging die de daarvoor bestaande regelgeving heeft ondervonden door de implementatie van de richtlijn consumentenrechten en de rol die alternatieve geschilbeslechting (ADR) bij de beslechting van consumentengeschillen speelt.

De resultaten op het terrein van de ADR blijken nogal te verschillen: waar ADR in Nederland, zoals bekend, een grote vlucht heeft genomen in de vorm van de bindende adviezen van geschillencommissies (p. 107-109), is dat in veel andere Europese landen in veel mindere mate het geval. In Polen bestaan, zo meldt Sikorska, zestien permanente arbitragegerichten die verbonden zijn aan de regionale handelsinspecties en vijftien veldcentra, waar geschillen tot een waarde van 10.000 zloty (ongeveer € 2200) worden beslecht. Het grootste van deze gerechten, dat in Warschau, beslechtte tussen 2007 en 2012 echter niet meer dan zeventig geschillen per jaar (p. 62-63). In Duitsland bestaan meer dan tweehonderd publieke en private ADR-entiteiten, waarvan sommige alleen op lokaal niveau opereren en andere op landelijk niveau. Desalniettemin is ADR volgens Sikorska niet erg populair bij consumenten, terwijl een groot deel van de ADR-entiteiten zich meer met mediation (bemiddeling) dan met geschilbeslechting bezighoudt, en waar ze dat laatste wel doen, wordt veelal een hogere bijdrage van de consumenten gevraagd dan dezen bij een procedure bij de rechter moeten betalen. De rol van ADR is daardoor in Duitsland tamelijk beperkt (p. 77). In Engeland, mede vanwege de hoge kosten van procedures voor de gewone rechter, is ADR een reëler alternatief, maar desalniettemin weinig populair bij marktdeelnemers (p. 93). Het is dan

* Prof. dr. M.B.M. Loos is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) van de Universiteit van Amsterdam.

1. K. Sikorska, *The Presumption of Non-conformity in European Consumer Sales Law*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015.

ook niet verwonderlijk dat ADR, van de vier onderzochte rechtsstelsels, in Nederland zowel het meest succesvol als het effectiefst wordt geoordeeld (p. 109).

In hoofdstuk 4 (p. 113-178) wordt het begrip non-conformiteit in de richtlijn consumentenkoop en in de vier onderzochte rechtsstelsels beschreven, waarna Sikorska in hoofdstuk 5 (p. 179-288) toekomt aan haar eigenlijke onderwerp, het bewijsvermoeden dat de non-conformiteit al bestond op het moment van aflevering indien een gebrek zich binnen zes maanden na aflevering manifesteert. Hoofdstuk 6 (p. 289-314) bevat haar rechtsvergelijkende conclusies.

Ten aanzien van de implementatie van het bewijsvermoeden concludeert Sikorska dat art. 5 lid 3 van de richtlijn consumentenkoop 'has received predominant acceptance in all of the systems presented in this study'. Alle lidstaten hebben op dit punt hun wetgeving aangepast (p. 290-291). Dat kan nauwelijks een verrassing worden genoemd, nu de lidstaten op grond van die richtlijn daartoe verplicht waren. Relevanter lijkt mij de conclusie dat de verwachtingen van de Europese wetgever omtrent het niveau van consumentenbescherming niet geheel zijn gehaald: het bewijsvermoeden is een ingewikkelde juridische constructie gebleken, waarvan de toepassing afhangt van tal van factoren en die bij sommige goederen simpelweg ongeschikt is. Samengevat brengt dit Sikorska tot de verzuchting dat 'the presumption of non-conformity does not always provide the level of protection originally expected, and in some circumstances fails to assist the consumer seeking proof' (p. 291).

Het proefschrift is niet op alle punten even overtuigend. De lange aanloop in hoofdstuk 4 wordt nodig geacht (p. 4 en 291), omdat voor de toepassing van het bewijsvermoeden de consument de bewijslast draagt dat (a) er sprake is van non-conformiteit en (b) deze zich binnen zes maanden na aflevering heeft gemanifesteerd. Dat is op zich natuurlijk waar, maar had ook als een (kort aan te stippen) uitgangspunt voor de studie kunnen worden gezien² – over dit onderwerp is immers al veel geschreven en het zou ook gemakkelijk (weer) het onderwerp van een afzonderlijk proefschrift kunnen vormen.

De kern van het proefschrift wordt, zoals gezegd, gevormd door hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk worden per rechtsstelsel de volgende vragen besproken: (1) wat zijn de voorwaarden voor de toepassing van het bewijsvermoeden; (2) hoe kan de verkoper het bewijsvermoeden ontkrachten; en (3) in welke gevallen is het bewijsvermoeden niet van toepassing gezien de aard van de goederen of de aard van de gebreken?

Het antwoord op de eerste vraag lijkt hierboven al gegeven met de voorwaarden a en b. Sikorska constateert echter dat met name de Duitse rechter op dit punt strenge eisen aan het leveren van het bewijs van de non-conformiteit lijkt te stellen (p. 296). Dat is niet zozeer het geval wanneer de consument

een 'gewoon' gebrek in de zin van § 434 van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) moet bewijzen, zoals wanneer een toegezegde eigenschap blijkt te ontbreken. In een dergelijk geval behoeft de consument de oorzaak van het gebrek niet aan te tonen. Dat kan anders zijn bij een zogenaamd *Grundmangel* of *Folgemangel*. Beide categorieën betreffen gebreken bij zaken die als zodanig nog niet bestaan op het moment van risico-overgang, zoals zaken die na de aflevering door de consument nog in elkaar moeten worden gezet. In dergelijke gevallen eist de Duitse rechter dat de consument het bewijs van causaal verband tussen het geconstateerde probleem en het bestaan van een *Grund-* of *Folgemangel* levert. Dat betekent bijvoorbeeld dat de consument zal moeten bewijzen dat het probleem niet het gevolg is van normale slijtage (p. 216-222). Vooral bij tweedehands goederen kan dat laatste problematisch zijn, zo merkt Sikorska terecht op. Het recente, na de verdediging van het proefschrift gewezen Faber-arrest³ zal op dit punt moeten leiden tot een wijziging van de Duitse rechtspraak, zo voorspelde Sikorska al op basis van de conclusie van advocaat-generaal Sharpton (p. 221). De verschillen ten aanzien van de zes maandenperiode (zoals de vraag wanneer de zes maandenperiode precies aanvangt) zijn volgens haar minder relevant voor de bescherming van de consument (p. 300).

In alle onderzochte rechtsstelsels wordt van de verkoper verwacht dat hij tegendeelbewijs levert (p. 303-304). Dat betekent dat de verkoper moet bewijzen dat de non-conformiteit nog niet bestond op het moment van aflevering.

Ten aanzien van de derde vraag – in welke gevallen is het bewijsvermoeden niet van toepassing gezien de aard van de zaken of de aard van de gebreken? – is de interessantste constatering dat de beide beperkingen op de toepasselijkheid van het bewijsvermoeden niet zijn overgenomen in Polen. Die constatering wordt echter (terecht) direct gevolgd door de nuancering dat beide elementen natuurlijk wel een rol kunnen spelen ten aanzien van de vraag of de verkoper erin is geslaagd te bewijzen dat de non-conformiteit nog niet bestond op het moment van aflevering (p. 205-208). Ook in Nederland wordt, zo constateert Sikorska terecht, het bewijsvermoeden wél toegepast op de koop van paarden – of meer in het algemeen op de koop van dieren – terwijl Duitse rechters dat niet lijken te doen. In zowel Nederland als Duitsland lijkt het in de rechtspraak echter vooral te gaan om de vraag of de non-conformiteit eigenlijk wel met voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden teruggevoerd op een gebrek dat al ten tijde van de aflevering bestond (p. 312-313). Uiteindelijk lijkt het verschil tussen enerzijds het Nederlandse en anderzijds het Duitse recht daarmee hooguit gradueel van aard.

Een enkele kritische opmerking nog. Ik vond het wat storend om het Nederlandse systeem van ADR door geschillencommissies omschreven te zien als 'arbitration' (p. 107). Arbitrage is nu juist *niet* kenmerkend voor het Nederlandse recht. De bindendadviesprocedure wordt op de daaropvolgende bladzijde overigens wel correct omschreven als een 'settlement agree-

2. Zoals de beschrijving op p. 183-184 in feite ook doet.

3. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (Faber).

ment where a third party rules on a dispute between parties'. Ook de stelling dat 'although people should have access to justice, litigation should only be available as an *ultimum remedium*, once all alternative options have been exhausted' (eveneens op p. 107), zou ik niet voor mijn rekening hebben durven nemen. Wel juist lijkt mij de daaropvolgende observatie dat de proceskostenveroordeling geacht wordt te dienen als aansporing om af te zien van gerechtelijke procedures zolang er alternatieve wegen zijn om een geschil te beslechten. De op bovengenoemde punten bij de beschrijving van het Nederlandse recht gemaakte kanttekeningen doen wel enige twijfels rijzen ten aanzien van de beschrijving van de andere stelsels. Aangezien Sikorska zich ten aanzien van ADR hoofdzakelijk gebaseerd heeft op het uitstekende onderzoek van Hodges, Benöhr en Creutzfeldt-Banda,⁴ kunnen die twijfels echter gemakkelijk ter zijde worden geschoven.

De onderzoeksvraag is beschrijvend van aard, de conclusies zijn dat derhalve eveneens. Het proefschrift kan dan ook worden gezien als een nuttige beschrijving van de wijze waarop het bewijsvermoeden van art. 5 lid 3 richtlijn consumentenkoop functioneert in de onderzochte vier lidstaten. Dat kan ook van belang zijn bij de uiteindelijke uitleg van het in voorbereiding zijnde instrument voor de digitale interne markt, waarin deze bepaling ongetwijfeld weer zal terugkeren. Een normatief standpunt – laat staan een provocatief standpunt – zal de lezer in het boek echter niet of nauwelijks aantreffen. Dat hoeft natuurlijk ook niet voor een proefschrift, maar het zou het boek wel wat spannender hebben gemaakt.

4. C. Hodges, I. Benöhr & N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford: Hart 2012.