



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling

Veldt, G.M.

Citation

Veldt, G. M. (2020, June 10). *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/106087>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/106087>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/106087> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Veldt, G.M.

Title: Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling

Issue Date: 2020-06-10

Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 10 juni 2020
klokke 15.00 uur

door

Geertruida Maria Veldt

geboren te Castricum

in 1985

Promotor: prof. mr. H.J. Snijders

Promotiecommissie: prof. mr. W.H. van Boom
prof. mr. H.B. Krans
prof. mr. M.H. Wissink (Rijksuniversiteit Groningen)
prof. mr. L.A.J. Senden (Universiteit Utrecht)

Aan mijn ouders, René, Guus en de kleine

Verkorte inhoudsopgave

Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling	I
Verkorte inhoudsopgave.....	IV
Uitgebreide inhoudsopgave	VII
Afkortingenlijst	XVIII
1 Inleiding.....	1
1.1 <i>Introductie en historie.....</i>	<i>1</i>
1.2 <i>Aanleiding, vraagstelling en doelstelling</i>	<i>8</i>
1.3 <i>De elementen van de vraagstelling en afbakening.....</i>	<i>12</i>
1.4 <i>Methode, plan van behandeling en verdere relevantie</i>	<i>18</i>
1.5 <i>Begrippen en definities in relatie tot normen</i>	<i>24</i>
1.5.1 <i>Algemene terminologie</i>	<i>24</i>
1.5.2 <i>Terminologie die samenhangt met overheidsregulering.....</i>	<i>28</i>
1.5.3 <i>Terminologie die samenhangt met alternatieve regulering</i>	<i>31</i>
2 Europese productnormen en het systeem waarin zij zijn ingebed	38
2.1 <i>Inleiding</i>	<i>38</i>
2.2 <i>Bronnen van Europese productnormen en hun toepassingsbereik.....</i>	<i>39</i>
2.3 <i>Totstandkoming van Europese productnormen, hun inhoud en het harmonisatieniveau.....</i>	<i>52</i>
2.4 <i>Verplichtingen van marktdeelnemers in relatie tot Europese productnormen (Normadressaten)</i>	<i>70</i>
2.4.1 <i>Fabrikant en producent</i>	<i>71</i>
2.4.2 <i>Gemachtigde</i>	<i>85</i>
2.4.3 <i>Importeur.....</i>	<i>89</i>
2.4.4 <i>Distributeur.....</i>	<i>93</i>
2.5 <i>Implementatie, toezicht en handhaving</i>	<i>99</i>
2.5.1 <i>Het Europese kader</i>	<i>99</i>
2.5.2 <i>De nationale implementatie, het toezicht en de handhaving</i>	<i>105</i>
2.6 <i>Samenvattende conclusies.....</i>	<i>112</i>
3 Beschermingsbereik van Europese producteisen en bijbehorende verplichtingen vanuit Europees perspectief.....	116
3.1 <i>Inleiding</i>	<i>116</i>
3.2 <i>Het kader van de beginselen van EU-recht</i>	<i>119</i>
3.3 <i>Drie arresten over het harmonisatie- en beschermingsbereik en de rol van het doeltreffendheidsbeginsel.....</i>	<i>127</i>
3.4 <i>Doelen en te beschermen belangen.....</i>	<i>141</i>
3.5 <i>Gevolgen van het Europese kader voor privaatrechtelijke normstelling</i>	<i>148</i>

4	Randvoorwaarden voor het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen.....	155
4.1	<i>Inleiding</i>	155
4.2	<i>Privaatrechtelijke theorievorming over de betekenis van alternatieve regulering voor privaatrechtelijke normstelling</i>	156
4.3	<i>De legitimatie van geharmoniseerde normen.....</i>	162
4.3.1	Reeds geïdentificeerde voor- en nadelen van het gebruik van geharmoniseerde normen ...	163
4.3.2	Proces van totstandkoming geharmoniseerde normen	168
4.3.3	Externe controle op geharmoniseerde normen	179
4.4	<i>Gevolgen voor privaatrechtelijke normstelling</i>	210
5	De vertaalslag van Europese productnorm naar privaatrechtelijke normstelling	216
5.1	<i>Inleiding</i>	216
5.2	<i>Verbinding en autonomie.....</i>	217
6	Contractuele normstelling	224
6.1	<i>Inleiding</i>	224
6.2	<i>Algemene contractuele normstelling</i>	226
6.2.1	Internationale theorie en buitenlands recht	226
6.2.2	Nederlands recht – algemeen kader	229
6.2.3	Nederlands recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen	251
6.3	<i>De bijzondere contractuele norm van conformiteit bij koop.....</i>	263
6.3.1	Buitenlands recht	263
6.3.2	Nederlands recht – algemeen kader	268
6.3.3	Nederlandse recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen	278
6.4	<i>De gevolgen van betekenis bij contractuele normstelling</i>	282
6.4.1	Algemene contractuele normstelling.....	282
6.4.2	Bijzondere contractuele normstelling: koop.....	292
6.5	<i>Beperkingen aan contractuele normstelling uit hoofde van productnormen</i>	296
6.6	<i>Conclusie</i>	303
7	Buitencontractuele normstelling	306
7.1	<i>Inleiding</i>	306
7.2	<i>Productaansprakelijkheid</i>	306
7.2.1	Introductie en algemene uitgangspunten	306
7.2.2	Betekenis voor de verweren	315
7.2.3	Betekenis voor gebrekkigheid.....	322
7.2.4	Tussenconclusie	349
7.3	<i>Onrechtmatige daad</i>	354
7.3.1	Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid	356
7.3.2	Strijd met het ongeschreven recht	382
7.3.3	Tussenconclusie	445
7.4	<i>Bijzondere buitencontractuele en hybride normen</i>	448
7.5	<i>Het vereiste van causaal verband</i>	456

7.5.1	Buitenlands recht	457
7.5.2	Nederlands recht	458
7.5.3	Tussenconclusie	468
7.6	<i>Conclusie</i>	469
8	Slotbeschouwing	470
8.1	<i>Inleiding</i>	470
8.2	<i>Beantwoording van de hoofdvraag aan de hand van de voorgaande hoofdstukken</i>	470
8.3	<i>De opbrengst van de vergelijking met rechtspraak over andere wettelijke eisen en andere normalisatienormen (hoofdstukken 6 en 7)</i>	477
8.4	<i>Nadere normatieve duiding</i>	482
8.5	<i>Gezichtspunten ter bepaling van de betekenis van Europese productnormen voor de normstelling in het privaatrecht</i>	484
8.6	<i>Resterende observaties, aandachtspunten en aanbevelingen</i>	491
8.7	<i>Hoe nu verder?</i>	497
	Summary	503
	Annex I – Rechtspraakonderzoek over normalisatienormen	517
	Annex II – Schema’s behorende bij hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7	521
	Literatuurlijst	523
	Rechtspraakregister	569
	Verordeningen, richtlijnen en andere besluiten van de instellingen van de EU	587
	Curriculum Vitae	595

Uitgebreide inhoudsopgave

Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling	I
Verkorte inhoudsopgave	IV
Uitgebreide inhoudsopgave	VII
Afkortingenlijst	XVIII
1 Inleiding	1
1.1 <i>Introductie en historie</i>	1
1 1.1.1 Introductie	1
2 1.1.2 Historie	3
1.2 <i>Aanleiding, vraagstelling en doelstelling</i>	8
3 1.2.1 Aanleiding	8
4 1.2.2 Vraagstelling	10
5 1.2.3 Doelstelling	11
1.3 <i>De elementen van de vraagstelling en afbakening</i>	12
6 1.3.1 Europese productnormen	12
7 1.3.2 Privaatrechtelijke normstelling	15
8 1.3.3 Rechtsverhoudingen	17
1.4 <i>Methode, plan van behandeling en verdere relevantie</i>	18
9 1.4.1 Methode	18
10 1.4.2 Plan van behandeling	22
11 1.4.3 Verdere relevantie	22
1.5 <i>Begrippen en definities in relatie tot normen</i>	24
12 1.5.1 Introductie	24
13 1.5.1.1 Algemene terminologie	24
14 1.5.1.2 Normen (<i>standards</i>) en standaarden (<i>standards</i>)	24
15 1.5.1.3 Open (<i>standards</i>) en gesloten normen (<i>rules</i>)	25
16 1.5.1.4 Soorten normen naar inhoud en/of reguleringstechniek	26
17 1.5.1.5 Soorten normen naar doel	27
18 1.5.1.6 Technische specificatie (<i>technical specification</i>)	28
19 1.5.2 Terminologie die samenhangt met overheidsregulering	28
20 1.5.2.1 Wettelijke eisen en technische voorschriften (<i>technical regulations</i>)	28
21 1.5.2.2 Producteisen	30
22 1.5.2.3 Productformaliteiten en <i>formal non-compliance</i>	30
23 1.5.2.4 Pre- en post-marketingverplichtingen (<i>pre- and post-marketing obligations</i>)	30
24 1.5.3 Terminologie die samenhangt met alternatieve regulering	31
25 1.5.3.1 Normalisatie of standaardisatie (<i>standardisation</i>)	31
26 1.5.3.2 Normalisatienormen, technische normen en technische standaarden (<i>technical standards</i>)	31
27 1.5.3.3 Europese normen (EN-normen), nationale normen (NEN-normen) en internationale normen (ISO-normen)	32
28 1.5.3.4 Geharmoniseerde normen (<i>harmonised standards</i>)	33
29 1.5.3.5 Bijzondere categorie normalisatienormen: kwaliteitsmanagementstandaarden	34
30 1.5.3.6 Branchennormen en andere private normen	35

28	<i>Transnational private regulation</i>	36
2	Europese productnormen en het systeem waarin zij zijn ingebed	38
2.1	<i>Inleiding</i>	38
29	Algemeen.....	38
2.2	<i>Bronnen van Europese productnormen en hun toepassingsbereik</i>	39
30	Sectorspecifieke richtlijnen en verordeningen – <i>lex specialis</i>	39
31	RAPV als horizontale richtlijn – <i>lex generalis</i>	40
32	Richtsnoeren als middel bij uitleg (<i>guidance documents</i>).....	43
33	Kwalificatieperikelen en samenloop van verschillende richtlijnen en verordeningen	44
34	Toepassingsreis: in de handel brengen (<i>placing on the market</i>) en op de markt brengen (<i>making available on the market</i>)	48
35	Territoriaal toepassingsbereik.....	51
2.3	<i>Totstandkoming van Europese productnormen, hun inhoud en het harmonisatieniveau</i>	52
36	Algemeen.....	52
37	Harmonisatiegrondslag, subsidiariteit, evenredigheid, risicoanalyse en -management...53	
38	Het voorzorgsbeginsel	57
39	Gesloten producteisen	60
40	Essentiële eisen in combinatie met geharmoniseerde normen	65
41	Het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV	67
42	Maximumharmonisatie	69
2.4	<i>Verplichtingen van marktdeelnemers in relatie tot Europese productnormen (Normadressaten)</i>	70
43	De verhouding productnormen en overige verplichtingen van marktdeelnemers.....	70
2.4.1	Fabrikant en producent	71
44	Verschil ‘fabrikant’ en ‘producent’	71
2.4.1.1	Pre-marketingverplichtingen fabrikant c.q. producent	72
45	Conformiteitsverplichting.....	72
46	Documentatieplicht (technische documentatie).....	72
47	Conformiteitsbeoordeling en <i>Notified Bodies (NBs)</i>	73
48	Conformiteitsverklaring (<i>DoC</i>)	76
49	CE-markering	78
50	Informatieplichten ter identificatie en traceerbaarheid	79
51	Informatieplicht voor het gebruik van het product.....	80
52	Nieuw: plicht tot het bieden van voldoende verhaal	80
2.4.1.2	Post-marketingverplichtingen fabrikant en producent	81
53	Productbewakingsplicht, registratieplicht en informatieplicht jegens distributeur.....	81
54	Corrigerende acties: waarschuwen, terugnemen, terugroepen	81
55	Meldplicht jegens autoriteiten – klikplicht.....	83
56	Medewerkingsplicht jegens autoriteiten op verzoek.....	84
2.4.2	Gemachtigde	85
57	‘Gemachtigde’ onder het Modelbesluit en de nieuwe Markttoezichtverordening	85
58	Verplichte en aansprakelijke gemachtigde (Verordening Medische hulpmiddelen)	87
59	‘Verantwoordelijke persoon’ onder de cosmeticaverordening en ‘vertegenwoordiger’ onder de RAPV.....	88
2.4.3	Importeur.....	89
60	Definitie ‘importeur’	89
2.4.3.1	Pre-marketingverplichtingen importeur	89

61	Conformiteitsbeoordelings- of controleplicht?	89
62	Informatieplicht ter identificatie en tracability, controle gebruikersinformatie en waarborgen opslag en vervoersomstandigheden	91
2.4.3.2	Post-marketingverplichtingen importeur	91
63	Algemeen	91
2.4.4	Distributeur	93
64	Definitie ‘distributeur’	93
65	<i>Online platforms en fulfilment houses</i>	94
66	Importeur of distributeur als fabrikant	95
2.4.4.1	Pre-marketingverplichtingen distributeur	96
67	Zorgvuldigheidsnorm distributeur	96
68	Controleplichten, mededelingsplichten en waarborgen opslag- en vervoersomstandigheden	96
2.4.4.2	Post-marketingverplichtingen distributeur	98
69	Algemeen	98
2.5	<i>Implementatie, toezicht en handhaving</i>	99
70	Algemeen	99
2.5.1	Het Europese kader	99
71	Post-marketingtoezicht en het Europese handhavingskader (nationale toezichthouders van overheidswege)	99
72	Sanctieclausules	103
2.5.2	De nationale implementatie, het toezicht en de handhaving	105
73	Implementatie in diverse nationale wetten	105
74	Warenwet en onderliggende besluiten	106
75	Nationale handhavingsbeleid, sanctionering en informatie over overtredingen	108
2.6	<i>Samenvattende conclusies</i>	112
76	Samenvattend	112
3	Beschermingsbereik van Europese producteisen en bijbehorende verplichtingen vanuit Europees perspectief	116
3.1	<i>Inleiding</i>	116
77	Algemeen	116
3.2	<i>Het kader van de beginselen van EU-recht</i>	119
78	Conforme interpretatie, directe werking	119
79	Doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming	122
80	Europese normen en doeltreffendheid; Europese rechten met ook Europese remedies of slechts nationale remedies?	124
3.3	<i>Drie arresten over het harmonisatie- en beschermingsbereik en de rol van het doeltreffendheidsbeginsel</i>	127
81	Schmitt/TÜV – Een algemene zorgplicht, een beschermd belang, doch geen Europees recht op schadevergoeding jegens NBs	127
82	Muñoz/Frumar – Naleving van verplichtingen moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces	133
83	James Elliott Construction – Geen harmonisatie van vereisten onder het nationale kooprecht	136
3.4	<i>Doelen en te beschermen belangen</i>	141
84	Algemeen	141

85	Interne markt en de overige doelen van EU-beleid: veiligheid, volksgezondheid en consumentenbescherming.....	142
86	Eerlijke mededinging als expliciet doel	144
87	Wel of geen bescherming van de economische belangen van marktdeelnemers in de keten.....	147
3.5	<i>Gevolgen van het Europese kader voor privaatrechtelijke normstelling</i>	148
88	Beperkt harmonisatiebereik en geen Europees recht op schadevergoeding	148
89	Ruim beschermingsbereik: ten minste enige civielrechtelijke rechtsbescherming voor bepaalde personen.....	149
90	Uitzonderingen die de regel bevestigen: aansprakelijkheid gemachtigde in de Vo. Medische Hulpmiddelen en de Richtlijn Productaansprakelijkheid	149
91	Maximum harmonisatie, minimumnormen in het privaatrecht	150
92	Beperkte conforme interpretatie en de consequenties voor prejudiciële vragen	151
93	Hybridisering van privaatrechtelijke normstelling via de nationale rechtsgronden en bijbehorende vereisten voor remedies	152
94	Samenvattend	154
4	Randvoorwaarden voor het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen.....	155
4.1	<i>Inleiding</i>	155
95	Algemeen.....	155
4.2	<i>Privaatrechtelijke theorievorming over de betekenis van alternatieve regulering voor privaatrechtelijke normstelling</i>	156
96	AVV's in het publiek- en het privaatrecht en de kwalificatie van geharmoniseerde normen	156
97	Theorievorming over privaatrechtelijke betekenis van alternatieve normen: binding en rechtsvorming.....	159
98	Waarborgen tegen nadelen van alternatieve regelgeving als alternatieve legitimatie ..	160
4.3	<i>De legitimatie van geharmoniseerde normen.....</i>	162
99	Algemeen.....	162
4.3.1	Reeds geïdentificeerde voor- en nadelen van het gebruik van geharmoniseerde normen ...	163
100	Voordelen	163
101	Nadelen	164
102	Gesuggereerde oplossingen	166
4.3.2	Proces van totstandkoming geharmoniseerde normen	168
103	Algemeen.....	168
104	Het kader van de essentiële eisen	169
105	Totstandkoming mandaat (<i>standardisation request</i>).....	169
106	De formele en materiële functie van het mandaat (<i>standardisation request</i>)	172
107	De totstandkoming van de geharmoniseerde norm binnen de Europese normalisatie-instituten	173
108	Publicatie van de verwijzing	176
109	Wettelijk vermoeden van overeenstemming.....	177
110	Uitzondering: bouwproducten en hun prestatie-eisen	178
4.3.3	Externe controle op geharmoniseerde normen	179
111	Algemeen.....	179
112	Interne beroepsprocedure en formele bezwaarprocedure (<i>safeguard procedure</i>).....	180
113	Toetsing aan art. 101 en 102 VWEU (het Europese mededingingsrecht)	181
114	Toetsing aan art. 34 VWEU (het vrije verkeer van goederen)	184

115	Toetsing aan het secundaire EU-recht	186
116	Via art. 267 VWEU – uitleg	187
117	Via art. 267 VWEU – indirecte rechtmatigheidstoetsing?	189
118	Via art. 263 VWEU – directe rechtmatigheidstoetsing?	190
119	Delegatie, rechterlijke controle en de wenselijkheid ervan	192
120	Inhoud van de rechtmatigheidstoets	196
121	De aansprakelijkheid van normalisatie-instituten als controlemechanisme?	196
122	De aansprakelijkheid van de Europese Commissie c.q. de EU voor het in strijd met het recht publiceren van een geharmoniseerde norm	202
123	Publicatie en auteursrecht	203
124	Vergelijking met normalisatienormen waarnaar in nationale wetten wordt verwezen en het huidige criterium van art. 79 RO	204
4.4	<i>Gevolgen voor privaatrechtelijke normstelling</i>	210
125	(Alternatieve) legitimatie?	210
126	De controle op geharmoniseerde normen en het belang van de kwalificatie als EU-recht voor het privaatrecht	212
5	De vertaalslag van Europese productnorm naar privaatrechtelijke normstelling	216
5.1	<i>Inleiding</i>	216
127	Algemeen	216
5.2	<i>Verbinding en autonomie</i>	217
128	Europese productnormen: gedragsnormen, regulering van producteigenschappen of technische methodes?	217
129	De deels autonome rol van het privaatrecht: het complementaire karakter van het aansprakelijkheidsrecht	218
130	Doelen van productnormen, afgewogen belangen, informatie over risico's en vertaling naar de uiteindelijk technisch gemaakte keuzes.	221
131	Gezichtspunten voor de koppeling tussen productnorm, privaatrechtelijke normstelling en de voorliggende rechtsvraag	223
6	Contractuele normstelling	224
6.1	<i>Inleiding</i>	224
132	Algemeen	224
133	Uitgangspunten contractuele normstelling en afbakening	225
6.2	<i>Algemene contractuele normstelling</i>	226
6.2.1	Internationale theorie en buitenlands recht	226
134	Algemeen	226
6.2.2	Nederlands recht – algemeen kader	229
135	Totstandkoming: wil, verklaring en vertrouwen	229
136	Uitleg van de overeenkomst: de door partijen beoogde rechtsgevolgen	229
137	Uitleg: ruimere of beperktere rol van de redelijkheid en billijkheid?	230
138	Aanvulling van wat is overeengekomen: algemeen	233
139	Aanvulling door de wet	233
140	Aanvulling door gewoonte	236
141	Aanvulling door de redelijkheid en billijkheid	238
142	Invulling van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van Europese productnormen en daaraan gekoppelde verplichtingen	239
143	Drie bijzondere hybride rechtvaardigingen voor 'binding'	244

144	Hybride: lidmaatschap van een organisatie of vereniging	245
145	Hybride: eenzijdige verklaring, de CE-markering en de DoC	246
146	Hybride: consensus in rechte via het partijdebat	250
147	Vreemde eend: de overeenkomst met de gemachtigde onder de nieuwe Verordeningen voor Medische Hulpmiddelen	250
6.2.3	Nederlands recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen	251
148	Rol van normalisatienormen bij contracten – algemeen beeld	251
149	Expliciete verwijzing in de overeenkomst	252
150	Impliciet van toepassing op grond van gerechtvaardigd vertrouwen ingegeven door concrete omstandigheden	258
151	Gelaagde toepassing en directe toepassing	260
152	Verweer op basis van normalisatienormen	262
153	Geen duidelijke reden voor toepassing of toepassing op initiatief van de deskundige ..	263
6.3	<i>De bijzondere contractuele norm van conformiteit bij koop</i>	263
6.3.1	Buitenlands recht	263
154	Conformiteit onder het Engelse commerciële kooprecht	263
155	Conformiteit onder het Duitse commerciële kooprecht	267
6.3.2	Nederlands recht – algemeen kader	268
156	Conformiteit in het BW en in de Richtlijn Consumentenkoop	268
157	Impliciete toepasselijkheid van overheidsvoorschriften als onderdeel van de conformiteit bij koop vanwege gerechtvaardigd vertrouwen	270
158	Gelaagde toepassing van geharmoniseerde normen	271
159	Verskil in gerechtvaardigde verwachting over het naleven van overheidsvoorschriften en het geschikt zijn voor normaal gebruik bij internationale koop onder de CISG	271
160	Indirecte toepassing via het geobjectiveerde normale gebruik	275
161	Publiekelijk gedane mededelingen over het product	278
6.3.3	Nederlandse recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen	278
162	Conformiteit van onroerende zaken	278
163	Conformiteit van roerende zaken	281
6.4	<i>De gevolgen van betekenis bij contractuele normstelling</i>	282
6.4.1	Algemene contractuele normstelling	282
164	Uitleg van geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen	282
165	Inhoudelijke toets van de schending van normalisatienormen	286
166	Toerekenbaarheid krachtens schuld, wet, rechtshandeling of verkeersopvatting	288
167	Contractuele afdwingbaarheid van de naleving van productnormen	292
168	Betekenis voor causaal verband	292
6.4.2	Bijzondere contractuele normstelling: koop	292
169	Toerekenbaarheid bij koop krachtens verkeersopvatting	292
170	Versterkte betekenis door kanalisatie en regres bij koop	295
6.5	<i>Beperkingen aan contractuele normstelling uit hoofde van productnormen</i>	296
171	Grenzen aan de partijautonomie: beperkende werking redelijkheid en billijkheid en de onredelijk bezwarende bedingen	296
172	Grenzen aan de partijautonomie: nietigheid	299
6.6	<i>Conclusie</i>	303
173	Samenvattend	303
7	Buitencontractuele normstelling	306
7.1	<i>Inleiding</i>	306

174	Algemeen.....	306
7.2	<i>Productaansprakelijkheid</i>	306
7.2.1	Introductie en algemene uitgangspunten	306
175	Introductie	306
176	Kernvereisten, harmonisatieniveau en toepassingsbereik.....	307
177	Doelen van de richtlijn, evaluatie en de verhouding tot het productveiligheidsrecht.....	311
7.2.2	Betekenis voor de verweren	315
178	Dwingende overheidsvoorschriften (<i>regulatory compliance defence</i>)	315
179	Het ontwikkelingsrisico (<i>development risk defence</i>)	317
7.2.3	Betekenis voor gebrekkigheid.....	322
180	De Europese <i>consumer expectation test</i>	322
181	Onduidelijkheid over <i>cost/benefit</i> -benaderingen en de eis van generieke causaliteit ...	325
182	Gebrekkigheid en schending van producteisen	330
183	Gebrekkigheid en schending van geharmoniseerde normen.....	334
184	Gebrekkigheid en het volgen van producteisen en geharmoniseerde normen.....	335
185	Gebrekkigheid: ontwerpgebreken en testmethoden uit normalisatienormen.....	342
186	Gebrekkigheid en het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV.....	343
187	Gebrekkigheid en andere invloed van productnormen?.....	347
188	Het vereiste van causaal verband bij productaansprakelijkheid.....	348
7.2.4	Tussenconclusie	349
189	Principiële keuzes ter invulling van het gebrekkigheids criterium en <i>guidance</i>	349
190	De richtlijn als toekomstige grondslag voor ge- en verboden: pas op de plaats.....	352
7.3	<i>Onrechtmatige daad</i>	354
191	Introductie	354
192	Algemene uitgangspunten	355
7.3.1	Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid	356
7.3.1.1	Duits recht	356
193	Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid.....	356
7.3.1.2	Engels recht	357
194	Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid.....	357
7.3.1.3	Nederlands recht – Strijd met de wet	358
195	Schending van producteisen	358
196	Buiten toepassing laten van verouderde of onjuiste producteisen	359
197	Volgen van geharmoniseerde normen en het wettelijke bewijsvermoeden	360
198	Schending van geharmoniseerde normen.....	362
199	Ontbreken van een privaatrechtelijk geharmoniseerd bewijsvermoeden en de nationale leer van formele rechtskracht	364
7.3.1.4	Nederlands recht – Relativiteit.....	367
200	Het relativiteitsvereiste	367
201	Potentiële beschermde belangen, schade en wijze van ontstaan ervan in relatie tot productnormen	368
202	Huidige stand van het debat en de rechtspraak over relativiteit van productnormen...369	
203	Kader van Lankhorst in de Europese context van productnormen.....	371
204	Beschermde belangen: een eerste aanzet	373
205	Soorten schade: principiële keuzes	378
206	Correctie-Langemeijer.....	379
7.3.1.5	Nederlands recht – Toerekenbaarheid.....	380
207	Toerekenbaarheid en strijd met de wet.....	380
208	Schuld: andere factoren zoals de CE-markering.....	380

209	Verkeersopvatting: rechtsdwaling.....	381
7.3.2	Strijd met het ongeschreven recht	382
7.3.2.1	Duits recht	382
210	Zorgplichten naar Duits recht.....	382
211	Duitse kennis- c.q. veiligheidsniveaus	384
212	Anerkannte Regeln der Technik	385
213	Zorgplicht producent en producteisen, geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen	387
214	Zorgplicht van de quasi-producent en importeur	392
215	Zorgplicht van de leverancier	394
216	Zorgplicht in andere rechtsverhoudingen	394
7.3.2.2	Engels recht	395
217	Zorgplichten naar Engels recht.....	395
218	Zorgplicht van de producent	396
219	Zorgplicht van andere marktdeelnemers in de keten	397
220	Zorgplicht in andere rechtsverhoudingen	398
7.3.2.3	Nederlands recht – algemene kader	400
221	Diverse zorgplichten bij gevaarzetting en productnormen	400
222	Objectieve kenbaarheid als ondergrens en geschreven veiligheidsnormen	402
223	Voorzienbaarheid van het risico: het kennisniveau van de actor	403
224	Het volgen van wettelijke eisen en normalisatienormen.....	405
225	De schending van wettelijke eisen	408
226	Vergelijking met de invloed van andere alternatieve regelgeving	411
7.3.2.4	Nederlandse recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen.....	415
227	Zorgplichten in het kader van gevaarzetting en normalisatienormen	415
228	Zorgplichten van kabel- en leidingbeheerders	418
229	Opstalaansprakelijkheid en normalisatienormen	420
230	Werkgeversaansprakelijkheid en normalisatienormen.....	422
231	Zorgplicht van anderen dan de producent buiten gevaarzetting en normalisatienormen 423	
7.3.2.5	Nederlands recht – betekenis voor de hier onderzochte rechtsverhoudingen.....	425
232	Productaansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW: reflexwerking.....	425
233	Nadelen van reflexwerking vanuit nationaal en Europeesrechtelijk perspectief.....	429
234	Reflexwerking: kenbaarheid en het ontwikkelingsrisicoverweer	434
235	Zorgplichten producent.....	434
236	Zorgplicht producent en gesloten producteisen vastgesteld uit hoofde van het voorzorgsbeginsel.....	435
237	Zorgplicht van de quasi-producent en de importeur jegens de gebruiker.....	436
238	Zorgplicht van de zuivere leverancier jegens gebruikers	437
239	Zorgplichten jegens concurrenten.....	439
240	Zorgplichten van marktdeelnemers in de keten met het oog op transactieschade en productnormen	440
241	Zorgplichten van marktdeelnemers in de keten met het oog op economische belangen en zuivere vermogensschade: een economisch <i>Kelderluik</i>	442
242	Marktdeelnemers als opstal- en zaakbezitters en productnormen	445
7.3.3	Tussenconclusie	445
243	Strijd met de wet, de hoge eisen in de Nederlandse jurisprudentie aan relativiteit en het vereiste van toerekenbaarheid	445
244	Strijd met het ongeschreven recht: het relateren van productnormen aan het kennisniveau van de actor en aan de gezichtspunten bij gevaarzetting	446

245	Strijd met het ongeschreven recht: reflexwerking van gebrekkigheid en productennormen en de aansprakelijkheid van andere marktdeelnemers.....	447
7.4	<i>Bijzondere buitencontractuele en hybride normen</i>	448
246	Duitsland: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	448
247	Hybride: oneerlijke handelspraktijken	450
248	Misleidende en vergelijkende reclame ('B2B')	453
249	Vreemde eend: de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordeningen Medisch hulpmiddelen	455
250	Tussenconclusie.....	456
7.5	<i>Het vereiste van causaal verband</i>	456
251	Introductie	456
7.5.1	Buitenlands recht.....	457
252	Duitsland: bewijsvermoedens en productnormen	457
7.5.2	Nederlands recht	458
253	Omkeringsregel en productnormen	458
254	Omkeringsregel en gesloten producteisen uit hoofde van het voorzorgsbeginsel.....	462
255	Omkering en waarschuwings- en informatieplichten uit productnormen	464
256	Omkeringsregel en rechtspraak over andere normalisatienormen	466
257	Feitelijke vermoedens	467
258	Omvangsfase: redelijke toerekening.....	467
7.5.3	Tussenconclusie	468
259	Vooraf indirecte betekenis van productnormen voor het vereiste van causaal verband	468
7.6	<i>Conclusie</i>	469
259a	Verwijzing en schema Annex II.....	469
8	Slotbeschouwing	470
8.1	<i>Inleiding</i>	470
260	Algemeen.....	470
8.2	<i>Beantwoording van de hoofdvraag aan de hand van de voorgaande hoofdstukken</i>	470
261	Europese productnormen en het systeem waarin zij zijn ingebed (hoofdstuk 2).....	470
262	Het harmonisatie en beschermingsbereik van Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen (hoofdstuk 3).....	471
263	De randvoorwaarden voor het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen bij privaatrechtelijke normstelling (hoofdstuk 4)	472
264	Privaatrechtelijke normstelling en productnormen in theorie: een streven naar coherente, doch autonome normstelling (de hoofdstukken 5, 6 en 7)	473
265	Privaatrechtelijke effectieve rechtsbescherming en productnormen (hoofdstuk 3 vergeleken met hoofdstukken 6 en 7).....	475
8.3	<i>De opbrengst van de vergelijking met rechtspraak over andere wettelijke eisen en andere normalisatienormen (hoofdstukken 6 en 7)</i>	477
266	Algemeen beeld feitenrechtspraak	477
267	Grote invloed van het partijdebat, de technische complexiteit van normen en de (gerechts)deskundige	478
268	Open normen: toegangspoort voor productnormen, doch ook oorzaak van hun eroderende rol.....	479
269	Olievelekwerking van normalisatienormen.....	479

270	Accentverschuiving: van Europese beginselen en alternatieve legitimatie naar inhoud, doel, strekking en informatieve waarde van de norm	480
271	Kwalificatie als recht: een stap voor de rechtsontwikkeling, maar het initiatief vooralsnog bij partijen	480
272	Vooronderstelling terecht?	481
8.4	<i>Nadere normatieve duiding</i>	482
273	Pleidooi voor het gebruik van productnormen bij privaatrechtelijke normstelling en in het civiele proces.....	482
8.5	<i>Gezichtspunten ter bepaling van de betekenis van Europese productnormen voor de normstelling in het privaatrecht</i>	484
274	Algemeen.....	484
275	Vragen die zien op de productnorm: herkomst, inbedding, toepasselijkheid, inhoud en (verdere) informatieve waarde van de productnorm	485
276	Vragen die de productnorm relateren aan de persoon: normadressaat, kennisniveau en indirecte relevantie	487
277	Vragen over het relateren van de productnorm aan de privaatrechtelijke gedragsnorm	488
278	Bijzondere factoren die voortvloeien uit het specifieke privaatrechtelijk beoordelingskader.....	489
279	Voor het aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder: de relatie tussen norm, het belang en de schade (relativiteit) en het verband tussen normschending en schade (causaliteit).....	490
8.6	<i>Resterende observaties, aandachtspunten en aanbevelingen</i>	491
280	Huidige instructiemogelijkheden van de rechter ter zitting, prejudiciële vragen en het vragen om duiding van gebruikte normen door deskundigen	491
281	Kenbaarheid van productnormen: de rol van de EU-wetgever, normalisatie-instituten, partijen en de rechter.....	493
282	Kenbaarheid van privaatrechtelijke trouvailles in het productenrecht	495
283	Controle op normalisatie via het civiel recht: een utopische gedachte	495
8.7	<i>Hoe nu verder?</i>	497
284	Beantwoorden aan de roep om meer coherentie door harmonisatie?	497
285	Privaatrechtelijke handhaving van productveiligheidsrecht? Drempels en effecten in theorie en praktijk en de roep om empirisch onderzoek	499
286	Afsluiting.....	501
	Summary	503
1	Background, central question and aim of the research.	503
2	European Product Standards and how they are embedded in the European and national legal framework.....	504
3	The scope of harmonisation of product standards and connected obligations and the ambit of protection from a European perspective.....	504
4	Preconditions for the significance and weight of harmonised standards.	505
5	Translating European Product standard into private law standards.....	506
6	Contractual standards.	507
7	Non-contractual standards.....	510
8	Concluding observations	515
	Annex I – Rechtspraakonderzoek over normalisatienormen	517

Annex II – Schema’s behorende bij hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7	521
Literatuurlijst	523
<i>Handboeken, naslagwerken en monografieën met eigen citeerwijze</i>	<i>523</i>
<i>Boeken en tijdschriftartikelen</i>	<i>527</i>
<i>Blog</i>	<i>569</i>
Rechtspraakregister	569
<i>Europese Hof voor de Rechten van de Mens</i>	<i>569</i>
<i>Hof van Justitie</i>	<i>569</i>
<i>Gerecht van Eerste Aanleg</i>	<i>574</i>
<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>	<i>575</i>
<i>Hoven</i>	<i>579</i>
<i>Rechtbanken</i>	<i>580</i>
<i>Rechtspraak Duitsland</i>	<i>583</i>
<i>Rechtspraak Oostenrijk</i>	<i>584</i>
<i>Rechtspraak VK</i>	<i>585</i>
<i>Rechtspraak VS</i>	<i>585</i>
<i>Rechtspraak Ierland</i>	<i>586</i>
<i>Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State</i>	<i>586</i>
<i>College van beroep voor het bedrijfsleven</i>	<i>586</i>
<i>Arbitrage</i>	<i>586</i>
Verordeningen, richtlijnen en andere besluiten van de instellingen van de EU	587
Curriculum Vitae	595

Afkortingenlijst

Aant.	aantekening
ADCO	<i>Administrative Cooperation Group</i>
AFNOR	<i>Association Française de Normalisation</i>
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
Arbo	arbeidsomstandigheden
Art.	artikel/artikelen
bijv.	bijvoorbeeld
B2B	<i>Business to Business</i>
B2C	<i>Business to Consumer</i>
BS	<i>British Standard</i>
BSI	<i>British Standard Institute</i>
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CE	<i>Conformité Européenne</i> – Europese conformiteitsmarkering
CEN	<i>Comité Européen de Normalisation</i> – <i>European Committee for Standardization</i>
CENELEC	<i>Comité Européen de Normalisation Electrotechnique</i> – <i>European Committee for Electrotechnical Standardization</i>
c.s.	<i>cum suis</i> - met de zijnen/haren
DoC	<i>Declaration of Conformity</i> – Verklaring van Overeenstemming
DIN	<i>Deutsches Institut für Normung</i>
e.a.	en anderen
EC	Europese Commissie
ECLI	European Case Law Identifier
e.e.a.	een en ander
EER	Europees Economische Ruimte. Lid zijn alle EU-landen, Noorwegen, IJsland en Liechtenstein
e.v.	en volgende
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EFSA	European Food Safety Authority
EMA	<i>European Medicines Agency</i> – Europees Geneesmiddelenbureau
ESMA	<i>European Securities and Markets Authority</i>
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EN	Europese Norm
ESO	European Standard Organization
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EU	Europese Unie
GS	Groene Serie
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg (onderdeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie)
Gw	Grondwet
Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ EU/EG	Hof van Justitie van de Europese Unie/Europese Gemeenschap

ICSMS	<i>Internet-supported information and communication system for the pan-European market surveillance</i>
IEC	<i>International Electrotechnical Commission</i>
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg
ILT	Inspectie Leefomgeving en Transport
ISO	<i>International Standards Organization</i>
jo.	<i>juncto</i> – in verbinding gelezen met
Ktr.	kantonrechter
m.i.	mijns inziens
m.n.	met name
MvT	Memorie van Toelichting
NB	<i>Notified Body</i> – aangemelde instantie
NEC	Stichting Nederlands Elektrotechnisch Comité
NEN	NEDerlandse Norm, tevens het Koninklijk Nederlands Normalisatie-Instituut, tevens het nauwe samenwerkingsverband tussen deze laatste en de Stichting NEC
NLF	<i>New Legislative Framework</i>
nr.	nummer
NVWA	Nederlandse Voedsel en Waren Autoriteit
o.a.	onder andere
OHP	oneerlijke handelspraktijken
o.m.	onder meer
p.	pagina
par.	Paragraaf
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
RAPV	Richtlijn Algemene Productveiligheid
RAPEX	<i>Rapid Alert System for dangerous non-food products</i> onder de RAPV, thans <i>Safety Gate</i>
Rb.	rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering
r.o.	rechtsoverweging
RO	Rechterlijke Organisatie
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
T&C	Tekst en Commentaar
TM	Toelichting Meijers
vb.	voorbeeld
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	vergelijk
VK	Verenigd Koninkrijk
VS	Verenigde Staten
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr.	Voorzieningenrechter

1 Inleiding

1.1 INTRODUCTIE EN HISTORIE

1 Introductie

Het productveiligheidsrecht is voor velen een onbekend rechtsgebied.¹ In dit rechtsgebied staan normen centraal die de veiligheidseigenschappen van producten reguleren ter bepaling of zij wel of niet in de handel mogen worden gebracht of op de markt mogen blijven (hierna: *productnormen*). Denk bijvoorbeeld aan:

1. 'Apomorfine ((R)-5,6,6a,7-tetrahydro-6-methyl-4H-dibenzo[de,g]chinoline-10,11-diol) en zouten daarvan' zijn verboden in cosmetica.²
2. 'Liften moeten zijn uitgerust met een snelheidsbegrenzer.'³
3. 'Speelgoed en onderdelen daarvan mogen geen enkel risico van verstikking opleveren door afsluiting van de luchtstroom als gevolg van externe obstructie van de mond en neus.'⁴

De meeste productnormen zijn tegenwoordig op Europees niveau geharmoniseerd (hierna: *Europese productnormen*). Europese productnormen die zijn opgenomen in Europees secundair EU-recht, zoals richtlijnen en verordeningen, zijn bedoeld te dienen als bindende eisen (*producteisen*). In richtlijnen binden zij na implementatie in het nationale recht en in verordeningen rechtstreeks.⁵

Europese productnormen zijn op te delen in verschillende typen normen. Het hiervoor genoemde eerste voorbeeld van een Europese productnorm is een *gesloten eis*. In de loop der jaren is de Europese wetgever in secundaire wetgeving echter steeds meer gebruik gaan maken van normen met een meer open karakter, *essentiële eisen* genaamd, zoals voorbeeld 2 en 3. *Essentiële eisen* zijn, in tegenstelling tot gesloten eisen, vager en behoeven voor hun praktische bruikbaarheid nadere concretisering. Het tweede voorbeeld roept direct de vraag op of iedere soort snelheidsbegrenzer volstaat. Waar moet zo'n snelheidsbegrenzer precies aan voldoen? En hoe beoordeelt men het risico op verstikking van speelgoed als bedoeld in het derde voorbeeld? Aan de hand van een methode van *trial and error* of op andere wijze? De Europese wetgever combineert de opname van essentiële eisen daarom met een verwijzing in het publicatieblad naar niet-bindende normalisatienormen, zogeheten *geharmoniseerde normen*, die de essentiële eisen nader concretiseren. Zo bevat de geharmoniseerde norm die de essentiële eis uit het derde voorbeeld invult een tekening met de maatvoering van een buisje dat

¹ Vgl. Drion 2016a, p. 2665: 'Het lijkt erop dat er een enorme informatieachterstand aanwezig is ten aanzien van de toepasselijke regelgeving [op het gebied van productveiligheid: toevoeging GV] bij velen.' Met in noot 2: 'En daartoe behoort ik zelf ook'.

² Art. 14 lid 1 sub a jo. de tabel onder 42 in bijlage II bij Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica).

³ Bijlage I onder 1.4.2 Richtlijn 2014/33/EU (Liften).

⁴ Bijlage II onder 4 sub b Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed).

⁵ Art. 288 lid 2 en 3 VWEU.

qua afmetingen overeenkomt met het strottenhoofd van een peuter. Past een los onderdeel in het buisje, dan moet in beginsel een waarschuwing worden aangebracht dat het product niet geschikt is voor kinderen onder de drie jaar.⁶

Het productveiligheidsrecht bevat dus verschillende soorten Europese productnormen. De verantwoordelijkheid voor de naleving van deze normen ligt bij de marktdeelnemers in de handelsketen, zoals fabrikanten, importeurs en distributeurs, en is afhankelijk van hun respectieve rol in die keten. In harmonisatiewetgeving zijn nadere *pre- en post-marketingverplichtingen* opgenomen die de zorg en verantwoordelijkheid van de diverse marktdeelnemers voor conformiteit van producten met *Europese productnormen* voor en na het op de markt brengen ervan vormgeven (§ 2.4).

Het Europese productveiligheidsrecht in deze zin geeft voornamelijk ge- en verboden, en wordt voor zover bekend in de Europese lidstaten primair via het bestuurs- en strafrecht gesanctioneerd en gehandhaafd. Het wordt daarom in de literatuur gezien als een rechtsgebied met een meer verticaal⁷ of publiekrechtelijk karakter.⁸ Het productveiligheidsrecht in deze zin⁹ moet worden onderscheiden van de Richtlijn Productaansprakelijkheid die een horizontaal karakter draagt en die regels bevat ter beantwoording van de vraag in welke gevallen schade als gevolg van dood of lichamelijk letsel of schade aan andere privé zaken door de producent aan het slachtoffer moet worden vergoed.¹⁰ De Richtlijn Productaansprakelijkheid is niet uitputtend¹¹ en vanwege het beperkte toepassingsbereik ervan bepaalt het nationale privaatrecht de verdere privaatrechtelijke gevolgen van naleving dan wel schending van Europese productnormen in (andere) horizontale verhoudingen. Het Europese en nationale privaatrecht maken veelal gebruik van open normen. In de literatuur wordt aangenomen dat Europese productnormen relevant kunnen zijn voor privaatrechtelijke normstelling en dat er tussen beide een zekere connectie bestaat.¹² Het uitdiepen van deze connectie vormt de kern van dit proefschrift.

Na een historische inleiding (nr. 2) zullen de aanleiding voor het onderzoek, de vraagstelling en doelstelling worden behandeld (§ 1.2). Vervolgens zullen de elementen van de vraagstelling nader worden toegelicht waarmee tegelijkertijd het onderzoek wordt afgebakend (§ 1.3). Daarna worden de

⁶ NEN-EN 71-1:2014+A1:2018 en annex ZA daarvan. Zie voor de waarschuwingsplicht: Bijlage V, Deel B, lid 1 van de Richtlijn Speelgoed. Zie ook: European Commission, Toy Safety Directive 2009/48/EC. An explanatory guidance document. Rev. 1.9 CORR. 10/02/2016, p. 87 onder verwijzing naar een oude versie van deze norm.

⁷ Micklitz 2015, p. 496 en 497, die spreekt over 'a clear vertical dimension' van 'health and safety regulation' in tegenstelling tot reguleringsgebieden die duidelijker ook horizontale karaktertrekken vertonen, zoals het mededingingsrecht, de regels over oneerlijke handelspraktijken, het staatssteun- en aanbestedingsrecht.

⁸ Snijders 1987, p. 30 e.v.; Van Leeuwen 1990, p. 1 e.v.; Van Doorn & Van Boom 2004, p. 100; Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, Inleiding, aant. 3.5 (actueel t/m 04-05-2019).

⁹ Er zijn ook auteurs die productveiligheidsrecht als functioneel rechtsgebied opdelen in bestuursrechtelijk, strafrechtelijk en privaatrechtelijk productveiligheidsrecht, zoals Weiß 2008, p. 1 e.v., doch die indeling zal hier niet worden gevolgd.

¹⁰ Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid).

¹¹ Art. 13 Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid).

¹² O.a. Snijders 1987, p. 1 e.v.; Schepel 2005, p. 339.

methode, het plan van behandeling en de verdere relevantie van het onderzoek toegelicht (§ 1.4).

De lezer van deze inleiding heeft inmiddels gemerkt dat bij de bespreking van dit onderwerp veel nieuwe termen de revue passeren. Bij de meeste termen wordt bij de introductie ervan door mij een nadere toelichting gegeven, waarna wordt verwezen naar de relevante paragrafen van dit boek. Daarnaast bevat paragraaf 1.5 een uitgebreide lijst met begrippen en definities die zien op soorten normen. Hierin staan ook begrippen en definities die verder niet door mij zullen worden gebruikt, maar die wel terugkomen in de beleidsstukken, wet- en regelgeving, nationale en internationale literatuur over dit onderwerp. Het primaire doel van de lijst is de verwarring bij de niet ingewijde te beperken, zodat de wereld van het productveiligheidsrecht ook voor hem kan worden ontsloten. De lijst is bovendien een handreiking aan andere onderzoekers binnen dit veld, aangezien diverse auteurs niet altijd specificeren waar ze het precies over hebben.

Alvorens de verdere opzet van dit onderzoek besproken wordt, zal worden ingegaan op de historie van het Europese productveiligheidsrecht en op Europese productnormen in het bijzonder (nr. 2), omdat daarmee inzicht wordt verkregen in de ontwikkeling van het productveiligheidsrecht, de verhouding tussen de diverse productnormen, hun rechtsgevolgen en het omvattende doch complexe systeem van Europees productveiligheidsrecht.

2 Historie

Sinds de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap in 1959 is het productveiligheidsrecht binnen de Europese Unie een van de belangrijkste speerpunten voor harmonisatie geweest in het kader van de totstandbrenging van de interne markt.¹³ De verschillen in nationaal productveiligheidsrecht in de diverse lidstaten – waarbinnen de bindende voorschriften ook wel vallen onder de overkoepelende term *technische voorschriften* (nr. 18) – hinderden het vrije verkeer van goederen en de totstandkoming van de interne markt. De Europese wetgever had met oude Europese harmonisatiewetgeving op het gebied van productveiligheid de ambitie de veiligheidseisen van producten tot in detail en uitputtend te regelen.¹⁴ Daartoe gebruikte hij met name gesloten eisen. Dit Europese wetgevingsbeleid werd later bekend als de *Oude Aanpak* of *Old Approach*. Oude Aanpak-wetgeving kwam moeizaam tot stand, verouderde snel, bleek inflexibel, inefficiënt en was een van de redenen voor het ontstaan van een slechte reputatie van Europese wetgeving.¹⁵ Het gebruik

¹³ Twee van de oudste richtlijnen in dat verband zijn Richtlijn 65/65/EEG (Geneesmiddelenrichtlijn (oud)) en Richtlijn 76/768/EEG (Cosmetica-richtlijn (oud)).

¹⁴ Craig & De Búrca 2015, p. 609; Blue Guide 2016, p. 6. Zie Falke & Joerges 1991/2010a, p. 250-260 voor een aantal voorbeelden en *facts and figures* m.b.t. de oude aanpak (zij spreken van de *Traditional Approach*).

¹⁵ COM(85) 310 final - Completing the internal market. White paper from the Commission to the European Council (Milan 28-29 June 1985), onder nr. 64; Falke & Joerges 1991/2010a, p. 247-248 en 263-265. De problemen met de harmonisatie hingen mede samen met het wetgevingsmechanisme dat destijds nog unanimité vereiste (thans art. 115 VWEU), hetgeen is verholpen met de invoering van de gewone

onder marktdeelnemers van *normalisatienormen* bleef daardoor groot. Normalisatienormen, ook wel bekend als technische normen, zijn alternatieve of private normen die door de industrie binnen door henzelf opgerichte instituten tot stand worden gebracht (nr. 23). Het belang van normalisatienormen naast wetgeving nam alleen maar toe.¹⁶ Nationale wetgevers zagen dit eveneens en verwezen daarom in toenemende mate naar deze normalisatienormen in wetgeving.¹⁷

Vanaf de jaren 80 gooide de Europese wetgever het over een andere boeg: hij moderniseerde het beleid voor de harmonisatie van nationale technische voorschriften.¹⁸ Een belangrijke stap in de richting van nieuw wetgevingsbeleid vormde het beginsel van wederzijdse erkenning.¹⁹ Het beginsel vloeide voort uit het bekende Cassis de Dijon-arrest²⁰ uit 1979 over het vrije verkeer van goederen. In dit arrest legde het Hof van Justitie EG het verbod op kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking uit, thans art. 34 VWEU.²¹ Op grond van het beginsel mochten lidstaten producten die voldeden aan in de lidstaat van herkomst geldende technische voorschriften in beginsel niet weren van de eigen markt, tenzij de lidstaten de maatregel konden rechtvaardigen op grond van één van de uitzonderingen als genoemd in het arrest.²² Het door dit beginsel veroorzaakte proces van integratie, zonder door de EU-wetgever van bovenaf opgelegde harmonisatie, werd ook wel *negatieve integratie* van de interne markt genoemd. Negatieve integratie alleen werd niet voldoende geacht voor de totstandkoming van de interne markt. Actieve Europese harmonisatie van technische voorschriften en

wetgevingsprocedure (thans art. 114 VWEU), zie Craig & De Búrca 2015, p. 609 e.v. Zie voorts Pelkmans 1987, p. 251.

¹⁶ Falke & Joerges 1991/2010a, p. 265 onder verwijzing naar een Commissiebericht uit 1980, EC Bulletin 1-1980, p. 12 e.v.

¹⁷ Snijders 1987, p. 45 e.v. voor Nederland; Brüggemeier e.a. 1991/2010, p. 150-154 voor Frankrijk, p. 174-176 voor Verenigd Koninkrijk, p. 197-202 voor Duitsland. Mattli en Bütthe wijzen erop dat in de jaren 80 tevens een ontwikkeling plaatsvond van nationale productnormen naar meer internationale productnormen, mede door internationale handelsafspraken. Nationale normen bleven voortbestaan en vormden veelal protectionistische maatregelen, Mattli & Bütthe 2011, p. 69.

¹⁸ Eerdere pogingen tot bijvoorbeeld delegatie aan de Commissie, om wetgeving makkelijker/snelser door te kunnen voeren, waren gestrand. Falke & Joerges 1991/2010a, p. 261 over het gestrande voorstel voor een kaderrichtlijn inzake bouwproducten; Vos 1997, p. 129.

¹⁹ Zie uitgebreid over de opkomst van het beginsel van wederzijdse erkenning en de rol ervan in het integratieproces en het wetgevingsbeleid, Falke & Joerges 1991/2010b, p. 296, Armstrong 2002, p. 225 e.v. en Pelkmans 2007, p. 699 e.v. Zie voor een volledige beschrijving van de wijze waarop de Laagspanningsrichtlijn en de rechtspraak van het HvJ EG over art. 30 EG (oud) en art. 36 EG (oud) de zaden voor de hierna te bespreken Nieuwe Aanpak zijn gepland, Falke & Joerges 1991/2010b, par 1 en 2. Het beginsel van wederzijdse erkenning is thans uitgewerkt in een verordening, Verordening (EU) 2019/515 (Wederzijdse erkenning), voorheen Verordening (EG) Nr. 764/2008 (Wederzijdse erkenning (oud)).

²⁰ HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78 (*Cassis de Dijon*), C 256/2 - Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in Case 120/78 ('Cassis de Dijon').

²¹ Zijnde Art. 30 EEG (oud), art. 28 EG (oud). Zie over maatregelen van gelijke werking ook het klassieke arrest HvJ EG 11 januari 1974, 8-74 (*Procureur du Roi/Dassonville*).

²² Zie voor een uitgebreide bespreking van het arrest, alsmede over de verhouding tussen de uitzonderingen als genoemd in het arrest en die als genoemd in art. 36 EEG (oud), art. 30 EG (oud), thans art. 36 VWEU, Craig & De Búrca 2015, p. 674 t/m 718.

normalisatienormen via richtlijnen en verordeningen (*positieve integratie*) bleef nodig.²³

Om ervoor te zorgen dat de Europese wetgever op het gebied van de ontwikkeling van Europese harmonisatiewetgeving niet achter de feiten aan bleef lopen maar voor de muziek uit, werden in 1983 via de zogeheten Notificatierichtlijn meldingsprocedures ingevoerd.²⁴ Op grond van de deze richtlijn werden lidstaten gehouden nieuwe technische voorschriften te melden bij de Europese Commissie (hierna ook: 'de Commissie'). Doordat nationale technische voorschriften na melding gedurende een *standstill*-periode *on hold* werden gezet, kon op Europees niveau worden bekeken in hoeverre (de invoering van) deze technische voorschriften de mededinging en interne markt zouden kunnen beïnvloeden. Wat dit het geval, dan kon eventueel tot een regeling op Europees niveau worden overgegaan.²⁵ Nu normalisatienormen de facto dezelfde effecten kunnen hebben voor het vrije verkeer van goederen als technische voorschriften,²⁶ werd ook een private meldingsprocedure ingevoerd,²⁷ die zag op de uitwisseling van informatie over nationale ontwerp-normen tussen nationaal erkende normalisatie-instituten, Europese normalisatie-instituten en de Commissie. De uitvoering van deze meldplicht werd in 1984 via een jaarlijks te verlengen overeenkomst opgedragen aan de Europese normalisatie-instituten.²⁸ De impact van de Notificatierichtlijn werd versterkt door het Hof van Justitie EG, dat oordeelde

²³ Craig & De Búrca 2015, p. 609.

²⁴ Richtlijn 83/189/EEG (Notificatierichtlijn (oud)). Zie Falke & Joerges 1991/2010b, p.296. De Notificatierichtlijn is in 1988, 1994 en 1998 aangepast, zie Schepel 2005, p. 50. Uiteindelijk is met de invoering van Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening) de meldingsprocedure voor normalisatienormen weggehaald uit de Notificatierichtlijn en in deze nieuwe Normalisatieverordening ondergebracht, zie nader hoofdstuk 4. Voor de private weg – melding van normalisatienormen – dient men de Normalisatieverordening te volgen. Voor de publiekrechtelijke weg – melding van technische voorschriften – gold tot voorkort de Notificatierichtlijn uit 1998. In 2015 is deze richtlijn vervangen door Richtlijn (EU) 2015/1535 (Notificatierichtlijn 2015).

²⁵ Zie voor de exacte procedure thans art. 6 Richtlijn (EU) 2015/1535 (Notificatierichtlijn 2015). Onder de oude en huidige Notificatierichtlijn mag een *technisch voorschrift* in de lidstaat evenwel worden ingevoerd of blijven voortbestaan indien de Europese Commissie niet overgaat tot harmonisatie en de voorgenomen maatregel geen inbreuk maakt op art. 34 VWEU (voorheen art. 30 EEG (oud), het verbod op kwantitatieve beperkingen of maatregelen van gelijke werking). Vgl. het huidige art. 114 lid 4 en 5 VWEU dat de kennisgevingsprocedure bevat voor nationale technische voorschriften die binnen het toepassingsbereik van geharmoniseerd EU-recht vallen, zie Weatherill 2013c, p. 78. Vgl. de vrijwaringsclausules in secundair productveiligheidsrecht (zie nader nr. 71).

²⁶ Lange tijd werd aangenomen dat normalisatienormen geen maatregelen van gelijke werking ex art. 34 VWEU waren, omdat ze niet '*legally binding*' zouden zijn: Schepel 2005, p. 50; Craig & De Búrca 2015, p. 673. Het Hof van Justitie heeft inmiddels bepaald dat dit voor normalisatienormen waar door wetgevers – zij het niet dwingend – naar wordt verwezen, onder omstandigheden anders kan zijn, HvJ EU 14 september 2012, C-171/11, ECLI:NL:XX:2012:BX2273, NJ 2012/580, RvdW 2012/1099 (*Fra.bo SpA/DVGW*). Zie nader hoofdstuk 4.

²⁷ Overwegingen 10 en 11 van Richtlijn 83/189/EEG (Notificatierichtlijn (oud)).

²⁸ Europese Commissie, Behoud van de interne markt - Richtlijn 83/189/EEG toegelicht. Gids voor de informatieprocedures op het gebied van nationale normen en technische voorschriften. Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1998, ISBN 92-828-2788-7, p. 10.

dat niet-gemelde technische voorschriften verticaal noch horizontaal kunnen binden.²⁹

De EU-wetgever ging vervolgens normalisatienormen actief gebruiken in zijn communautaire wetgevingsbeleid met de zogeheten *Nieuwe Aanpak* (*New Approach*): een nieuwe wetgevingssystematiek die met een resolutie van de Raad in 1985 is geïntroduceerd.³⁰ Met deze Nieuwe Aanpak heeft de Europese wetgever het harmonisatieproces willen vereenvoudigen en versnellen, door zich in secundair EU-recht te beperken tot het formuleren van essentiële eisen (nr. 1940). De uitwerking en invulling van deze essentiële eisen werd overgelaten aan Europese normalisatie-instituten (nr. 22). Zij kregen van de Europese Commissie de opdracht tot het ontwikkelen en opstellen van geharmoniseerde normen, een vorm van *Europese normalisatienormen* (nr. 24). Na de totstandbrenging en de goedkeuring van een geharmoniseerde norm en de publicatie van de verwijzing ernaar in het publicatieblad van de EU door de Europese Commissie werden deze geharmoniseerde normen onderdeel van het Europese productveiligheidsrecht.³¹ Vanaf dat moment werden in richtlijnen en verordeningen voornamelijk essentiële eisen opgenomen, waaraan door marktdeelnemers kan worden voldaan door deze geharmoniseerde normen te volgen. Het naleven van geharmoniseerde normen is voor marktdeelnemers optioneel c.q. “vrijwillig” (zie voor nuanceringen hoofdstuk 4). Het staat hun vrij andere maatregelen te treffen om aan te tonen dat aan deze essentiële eisen wordt voldaan. Door dit gebrek aan wettelijke binding zijn geharmoniseerde normen strikt genomen geen algemeen verbindende voorschriften.³² Geharmoniseerde normen worden in de praktijk desalniettemin als ‘wet’ c.q. bindend ervaren daar zij – voor zowel private partijen als publieke autoriteiten – het meeste houvast bieden en rechtsgevolgen met zich brengen in de vorm van een vermoeden van overeenstemming met voornoemde essentiële eisen.³³ Zijn geharmoniseerde normen gevolgd, dan kunnen producten om wat voor reden dan ook in de praktijk toch onveilig zijn, maar in dat geval dragen de nationale

²⁹ HvJ EG 30 april 1996, C-194/94 (*CIA Security International/Securitel c.s.*) respectievelijk HvJ EG 26 september 2000, C-443/98, ECR I-7535 (*Unilever/Central Food*). Dit laatste wordt ook wel incidentele horizontale werking genoemd.

³⁰ Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie (*PbEU* 1985, C 136/01), zoals ook aangehaald door: Pelkmans 1987, p. 253; Falke 1997, p. 189. In juni van dat jaar werd door de Commissie de agenda voor de voltooiing van de interne markt uitgerold, COM(85) 310 final - Completing the internal market. White paper from the Commission to the European Council (Milan 28-29 June 1985).

³¹ Volgens het Hof van Justitie EU zijn geharmoniseerde normen onderdeel van het EU-recht in de zin van art. 267 VWEU en voor uitleg vatbaar, HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*). Op nationaal niveau bestaat eveneens discussie of nationale normalisatienormen recht vormen in de zin van art. 79 RO, zie o.a. Giesen 2007, p. 83 e.v. Zie nader hoofdstuk 4.

³² Vgl. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *NJ* 2012/397 (*Knooble/Staat*) zoals nader besproken in hoofdstuk 4 en ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, *JB* 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, *TBR* 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.5.

³³ Dat zij als verplichtend worden ervaren volgt uit Van Elk & Van der Horst, *Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General*, Zoetermeer: EIM Business & Policy Research 2009, p. 17. Zie ook Van Gestel 2012a, p. 254, die naar dit rapport verwijst.

handhavingsautoriteiten van die onveiligheid de bewijslast, willen zij dit bewijsvermoeden ontzenuwen en tot handhaving kunnen overgaan. Met de Nieuwe Aanpak werd de bestaande private normeninfrastructuur in het Europese wetgevingsbeleid benut en ontstond een systeem van dwingende publiekrechtelijke essentiële eisen die als buitengrenzen fungeerden, maar die door private geharmoniseerde normen werden geconcretiseerd.

Negatieve geluiden over de Nieuwe Aanpak waren ten tijde van de introductie ervan in de beleidsdocumenten nauwelijks te vinden, terwijl bij deze nieuwe koers in de juridische doctrine al snel vraagtekens werden geplaatst. Hoe kan men de kwaliteit van geharmoniseerde normen, een evenwichtig totstandkomingsproces en de onafhankelijkheid van Europese normalisatie-instituten garanderen, die vanaf nu voor feitelijke invulling van wetgeving gingen zorgdragen? Konden geharmoniseerde normen niet ook de mededinging verstoren en de totstandkoming van de interne markt verhinderen, indien zij bijvoorbeeld te veel tegemoetkomen aan de belangen van bepaalde marktdeelnemers (lees: producenten)? Liet de EU-wetgever de teugels niet al te veel vieren waar het gaat om de veiligheid van producten? Kreeg de markt niet te veel invloed?³⁴

Nadat in de jaren 90 volgens deze systematiek nieuwe richtlijnen werden geïntroduceerd,³⁵ is de ontwikkeling van het Europese wetgevingsbeleid niet stil blijven staan. Zo is, naast sectorspecifieke producteisen voor bijzondere productgroepen, in 1992 een overkoepelend vangnetinstrument voor consumentenproducten geïntroduceerd: de *Richtlijn Algemene Productveiligheid* (hierna: 'RAPV').³⁶ Hierin werd een nieuw *algemeen veiligheidsvereiste* (nr. 41) opgenomen voor consumentenproducten met daarin bijzondere gezichtspunten. Aan dit veiligheidsvereiste kon eveneens worden voldaan door geharmoniseerde normen te volgen, doch het vereiste fungeerde ook als vangnet daar waar geharmoniseerde normen ontbraken. Daarnaast werden in de RAPV voor diverse marktdeelnemers zowel pre- als post-marketingverplichtingen geformuleerd (§ 2.4). Vervolgens is met het *Globale Aanpak-beleid*³⁷ een *Modelbesluit*³⁸ in het sectorspecifieke productveiligheidsbeleid van de Unie geïntroduceerd als mal voor de harmonisatie van de private certificering voor producten in nieuwe richtlijnen

³⁴ Zie bijv. Joerges 1991/2010, p. 131 en 132, die er op wees dat het belang van de gezondheid en veiligheid in gedrang kan komen wanneer dit aan de markt wordt overgelaten. Hij pleitte voor minimumwaarborgen, maar hoe deze eruit zouden moeten zien, daarover bestond geen consensus. Zie voorts Falke & Joerges 1991/2010b, p. 344-348, waaruit blijkt dat de discussie met name zag op de oude stijl-verwijzing uit de laagspanningsrichtlijn. De Nieuwe Aanpak, waarin betere waarborgen werden geformuleerd voor het verwijzen naar normalisatie in wetgeving, stuitte al op minder bezwaren. Zie ook: Falke & Joerges 1991/2010b, p. 314-311 en aldaar genoemde auteurs en voorbeelden.

³⁵ Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie (*PbEU* 1985, C 136/01).

³⁶ Richtlijn 92/59/EEG (Algemene Productveiligheid, RAPV (oud)), thans Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

³⁷ Resolutie globale aanpak (*PbEG* 1990, C 10/01); COM(1989) 209 def. - Een globale aanpak op het gebied van certificatie en keuring. Kwaliteitsinstrumenten voor industrieproducten (*PbEG* 1989, C 267/3).

³⁸ Besluit 93/465/EEG (Modelbesluit (oud)).

en verordeningen, met daarin de welbekende CE-markering (nr. 30). Met het daaropvolgende *New Legislative Framework*³⁹ is dit Modelbesluit uitgebreid met diverse pre- en post-marketingverplichtingen voor de marktdeelnemers.⁴⁰ De verantwoordelijkheid van de diverse marktdeelnemers voor de conformiteit van producten met de in secundair EU-recht vervatte essentiële eisen, al dan niet met toepassing van de daaronder hangende geharmoniseerde normen, wordt via deze pre- en post-marketingverplichtingen nader geconcretiseerd en geharmoniseerd. Inmiddels is een groot aantal van de richtlijnen en verordeningen in lijn gebracht met dit model.⁴¹ Aldus is het Europese productveiligheidsrecht in de loop van de jaren ontwikkeld van een zeer fragmentarisch rechtsgebied, tot een meer coherent systeem waaronder de productnormen voor bijna alle producten op de interne markt zijn geharmoniseerd.⁴²

1.2 AANLEIDING, VRAAGSTELLING EN DOELSTELLING

3 Aanleiding

Het Europese productveiligheidsrecht en de daarin vervatte Europese productnormen in het bijzonder, zijn desalniettemin relatief onbekend, zeker vanuit privaatrechtelijk perspectief bezien. Deze onbekendheid kan leiden tot problemen voor de rechtspraktijk met de uitleg en inpassing van Europese productnormen in de privaatrechtelijke normstelling, hetgeen de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de uitkomst van private geschillen niet ten goede komt.⁴³ De onbekendheid van deze normen, alsmede de onduidelijkheid ten aanzien van de privaatrechtelijke betekenis van deze

³⁹ Het *New Legislative Framework* bestond uit een herziening van het Modelbesluit, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit) en een Verordening, Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht), en was onderdeel van het Goederenpakket 2008: Pelkmans 2009, paragraaf 1.

⁴⁰ Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴¹ Via de zogeheten *Alignment Package*, COM(2011) 763 final - New Legislative Framework (NLF) Alignment Package (Implementation of the Goods Package). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Alignment of ten technical harmonisation directives to Decision No 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products. Het voornemen bestaat om ook de RAPV in lijn te brengen met dit model via een verordening, COM(2013) 78 final - Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on consumer product safety and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC. Die verordening zit thans vast in het wetgevingsproces. De voorgestelde markttoezichtverordening, die net als de herziening van de RAPV onderdeel is van het pakket, is inmiddels ingehaald door een nieuw voorstel dat op 25 juni 2019 is geaccepteerd, Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁴² Een ontwikkeling die Purnhagen omschrijft als '*systematization of EU product safety regulation*', Purnhagen 2014, p. xiii.

⁴³ Drion 2016a: '*Het is natuurlijk goed dat dit soort regels bestaat – het gaat tenslotte om productveiligheid – en de inhoud van al deze regels is natuurlijk bekend bij gespecialiseerde adviesbedrijven en bij de compliance-afdelingen van grote bedrijven. Zij zijn echter goeddeels onbekend bij de grote groep van kleinere bedrijven, vooral die welke opereren in de distributieketen. En dat geldt in aanzienlijke mate ook voor hun adviseurs. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat maar heel weinig contracten in de distributieketen specifieke bepalingen kennen die de aanwezigheid en de precieze verdeling adresseren van de grote serie verplichtingen die uit deze regels voortvloeien. Dat schept natuurlijk tal van potentiële, maar nu nog goeddeels onvoorziene, aansprakelijkheidsproblemen, jegens ketenpartners en toezichthouders, jegens consumenten en hun organisaties en intern, jegens werknemers, bestuurders en aandeelhouders.*'

normen is bovendien problematisch, omdat deze normen gezien hun inhoud private verhoudingen in hoge mate kunnen beïnvloeden. Het Europese recht legt aan marktdeelnemers immers vergaande verplichtingen op ter waarborging van de conformiteit van producten met deze normen.⁴⁴ Het productveiligheidsrecht beslaat bovendien, zeker na de invoering van de RAPV, bijna de gehele Europese productenmarkt. Naleving van Europese productnormen is voor de diverse partijen in de keten – fabrikanten, importeurs, distributeurs en eindgebruikers – dus van groot belang, mede nu niet-naleving administratief- en zelfs strafrechtelijk is gesanctioneerd.

In het privaatrechtelijke onderzoek op nationaal niveau is met name aandacht besteed aan de Richtlijn Productaansprakelijkheid.⁴⁵ De invloed van Europese productnormen op de Europese en nationale privaatrechtelijke normstelling is – ten onrechte – in grote mate onderbelicht geweest. Uitzonderingen vormen het onderzoek van Snijders (1987)⁴⁶ en delen uit de onderzoeken van Stuurman (1995)⁴⁷ en Schepel (2005).⁴⁸ In al deze onderzoeken werd aangenomen dat Europese productnormen van invloed kunnen zijn op de privaatrechtelijke normstelling voor *producenten* en dat zij voor hen in beginsel als minimumnormen fungeren, waarmee wordt bedoeld dat de schending van productnormen een aanwijzing is voor bijvoorbeeld gebrekkigheid, doch het slaafs volgen van deze normen niet per definitie bevrijdt van aansprakelijkheid.⁴⁹ In welke mate zij relevant zijn voor andere marktdeelnemers in de keten en voor de privaatrechtelijke normstelling in andere verhoudingen, op welke manier en welke factoren van belang zijn, is niet uitgebreid onderzocht.⁵⁰ Zowel het Europese productveiligheidsrecht als het Europese en nationale privaatrecht heeft in de laatste jaren een grote ontwikkeling doorgemaakt. In de nationale en internationale doctrine is bovendien thans meer aandacht voor horizontale werking van EU-recht en alternatieve regulering. In de Europees privaatrechtelijke literatuur wordt al geruime tijd onderkend dat naast actieve Europese harmonisatie van het privaatrecht via het Europese consumentenacquis met daarin privaatrechtelijke regels over o.a. consumentenkoop,⁵¹ oneerlijke bedingen in

⁴⁴ Drion 2016a voornoemd. Micklitz noemt productveiligheidsrecht (Micklitz 2009, p. 7) en *health and foodstuffs law* (Micklitz 2015, p. 496) als voorbeelden van *European Regulatory Private Law*, zijnde Europese reguleringsgebieden die weliswaar geen harmonisatie van privaatrecht tot doel hebben, doch die privaatrechtelijke verhoudingen en het privaatrecht in grote mate beïnvloeden. Vgl. voor de invloed van voedselveiligheidsrecht op vragen van aansprakelijkheid ook Van der Meulen & Van der Meulen 2013 en Snijders 2013.

⁴⁵ Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid).

⁴⁶ Snijders 1987, p. 1 e.v.

⁴⁷ Stuurman 1995, p. 209 e.v.

⁴⁸ Schepel 2005, p. 339. Gedeeltelijk is ook het onderzoek van Van Leeuwen relevant dat gaat over diensten, Europese normalisatie en privaatrecht, Van Leeuwen 2014.

⁴⁹ Vgl. bijv. voor medische protocollen HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*).

⁵⁰ Stuurman 1995, p. 292-295; Schepel 2005, p. 339-379; Cafaggi 2011a, p. 117. Alleen het onderzoek van Snijders was substantieel, doch het is sterk verouderd, Snijders 1987, p. 262-263.

⁵¹ Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)).

consumentenovereenkomsten⁵² en oneerlijke handelspraktijken,⁵³ er een grote invloed uitgaat van andere Europese regelgeving op de normstelling in het privaatrecht, welke regelgeving daarom ook wel wordt gekwalificeerd als *European Regulatory Private Law*.⁵⁴ Het productveiligheidsrecht wordt vaak als voorbeeld van *European Regulatory Private Law* aangehaald.⁵⁵ Op dit moment is verder meer rechtspraak beschikbaar van het Hof van Justitie EU en onze Hoge Raad die de invloed van Europese productnormen op de privaatrechtelijke normstelling inkadert en stuurt. Al met al is het tijd om te bezien wat de exacte betekenis is van Europese productnormen voor normstelling in het privaatrecht.

4 Vraagstelling

In dit onderzoek zal de volgende vraag worden beantwoord:

Wat is de betekenis van Europese productnormen voor normstelling in het privaatrecht in de rechtsverhoudingen tussen gebruikers van het eindproduct en marktdeelnemers in de keten, alsmede tussen concurrenten?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient als eerste te worden toegelicht wat de bronnen van Europese productnormen zijn, wat hun toepassingsbereik is, hoe productnormen tot stand komen en welke beginselen, informatie en keuzes van de Europese wetgever aan het gebruik van de diverse soorten productnormen ten grondslag liggen, wat hun harmonisatieniveau is, wie hun normadressaten zijn, en hoe ze worden geïmplementeerd en gehandhaafd. Deze deelvragen zullen als eerste worden behandeld (hoofdstuk 2).

Vervolgens zal worden onderzocht wat vanuit Europeesrechtelijk perspectief het beschermingsbereik van Europese producteisen als bindende normen van EU-recht is, en wat de invloed is van Europese beginselen als het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Meerdere partijen zouden aan Europese producteisen rechten kunnen ontlelen die in horizontale verhoudingen moeten kunnen worden beschermd, waardoor de invloed op privaatrechtelijke normstelling groter zou kunnen zijn (hoofdstuk 3).

Bij niet-bindende geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regelgeving zou juist een tegenovergestelde dynamiek kunnen spelen. In de literatuur wordt namelijk opgemerkt dat de procedurele waarborgen in het totstandkomingsproces en de controlemechanismen op de normstelling achteraf tekort zouden schieten.⁵⁶ Aan geharmoniseerde normen zijn nadelen verbonden die – mede in het licht van de nationale privaatrechtelijke literatuur over de betekenis van alternatieve regulering voor privaatrechtelijke normstelling⁵⁷ – juist aan invloed op privaatrechtelijke normstelling in de weg

⁵² Richtlijn 93/13/EEG (Oneerlijke bedingen).

⁵³ Richtlijn 2005/29/EG (Oneerlijke handelspraktijken).

⁵⁴ Micklitz 2009, p. 7 en later ook Micklitz 2015, p. 493 e.v., alsmede Cafaggi & Muir Watt 2009, p. .

⁵⁵ Micklitz 2009, p. 7.

⁵⁶ Van Gestel & Micklitz 2013.

⁵⁷ Vranken 2004; Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/82 e.v.; Giesen 2007, p. 1 e.v.; Hartlief 2007a; Kristic e.a. 2009; Menting & Vranken 2014 en Menting 2016, p. 1 e.v.

zouden kunnen staan.⁵⁸ Welke randvoorwaarden zijn in de doctrine geïdentificeerd waaraan moet zijn voldaan, wil enige betekenis toekomen aan geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regulering binnen privaatrechtelijke normstelling, en in hoeverre is momenteel aan die randvoorwaarden voldaan (hoofdstuk 4)? Maakt de kwalificatie door het Hof van Justitie EU van geharmoniseerde normen als ‘deel uitmakend van het Unierecht’ de betekenis van deze normen voor privaatrechtelijke normstelling anders?

Ten slotte laat het privaatrecht zelf door zijn systeem met open normen invloed toe van normen van buiten het privaatrecht op de privaatrechtelijke normstelling. Daardoor dient te worden onderzocht welke factoren inherent aan het systeem van privaatrechtelijke normstelling maken dat er al dan niet betekenis toekomt aan Europese productnormen. Welke privaatrechtelijke rechtsgronden en bijbehorende vereisten zijn van belang? En welke ontwikkelingen in de nationale doctrine en jurisprudentie over deze vereisten zijn relevant ter duiding van de betekenis van Europese productnormen voor de normstelling daarbinnen (hoofdstukken 5, 6 en 7)?

5 Doelstelling

Met dit onderzoek wordt als eerste beoogd bewustwording te creëren met betrekking tot het bestaan, de inhoud en de inbedding van productnormen in het systeem van het EU-productveiligheidsrecht (hoofdstuk 2), alsmede uiteen te zetten hoe deze normen zich verhouden tot andere normen en begrippen die terugkeren in het wetenschappelijke debat (§ 1.5).

Voorts wordt getracht duidelijkheid te scheppen met betrekking tot de verantwoordelijkheid van de diverse marktdeelnemers onder zowel het publiekrecht als het privaatrecht voor de naleving van Europese productnormen. In dat verband biedt dit onderzoek mede een beschrijving van de met Europese productnormen samenhangende verplichtingen voor marktdeelnemers (hoofdstuk 2). Deze verplichtingen geven in combinatie met Europese productnormen publiekrechtelijke gedragsnormen. Deze verplichtingen geven zowel de publiekrechtelijke als – tot op zekere hoogte – de privaatrechtelijke zorgplichten voor marktdeelnemers vorm (hoofdstukken 3, 6 en 7).

Het belangrijkste doel van dit onderzoek is handvatten te formuleren in de vorm van gezichtspunten voor de inpassing van Europese productnormen in de privaatrechtelijke normstelling (met name voor de invulling van de vereisten behorende tot de private rechtsgronden) in nog nader te noemen verhoudingen (nr. 8). Daarbij zal worden aangegeven in hoeverre en op welke wijze rekening moet worden gehouden met de meerlagige rechtsorde en bijkomende eisen en spanningsvelden die hierdoor bestaan.⁵⁹ De gezichtspunten kunnen worden gebruikt om te kunnen beoordelen wanneer een productnorm de privaatrechtelijke norm zo goed als een-op-een invult,

⁵⁸ Zie ook Micklitz 2009, p. 27 en 28, en Cafaggi 2011a, p. 117.

⁵⁹ Vgl. Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/91.

wanneer het naleven of schenden van een productnorm slechts één van de relevante omstandigheden is en wanneer een productnorm geen of nauwelijks gewicht in de schaal legt.

De relevante gezichtspunten die kunnen worden geïdentificeerd, zijn mede bruikbaar ter beoordeling van de betekenis van andere *wettelijke eisen* en *normalisatienormen* dan productnormen en in andere rechtsverhoudingen dan in dit onderzoek centraal staan (§ 8.5). Dit kan worden verklaard door de gekozen onderzoeksmethode die onder meer bestaat uit een vergelijking met rechtspraak en doctrine over de invloed van andere wettelijke eisen en *normalisatienormen* op normstelling in het privaatrecht (nr. 9). Omdat deze inzichten een waardevolle bijdrage leveren voor de rechtspraak en het verdere academische debat, zijn deze – hoewel zij strikt genomen verder reiken dan de onderzoeksvraag – toch opgenomen onder de bevindingen van dit onderzoek.

1.3 DE ELEMENTEN VAN DE VRAAGSTELLING EN AFBAKENING

6 Europese productnormen

In dit onderzoek wordt met de overkoepelende term *Europese productnormen* bedoeld: normen over producten die afkomstig zijn uit secundair EU-recht dan wel normen waarnaar door de Europese wetgever in secundair EU-recht wordt verwezen. Daarbij zal dit onderzoek zich beperken tot Europese productnormen die primair het reguleren van de veiligheidseigenschappen van roerende zaken tot doel hebben.⁶⁰

De volgende typen Europese productnormen zullen in dit onderzoek centraal staan (zie nader hoofdstuk 2):

- Producteisen*, nader onder te verdelen in:
 - gesloten producteisen*;
 - essentiële eisen*;
 - het algemene veiligheidsvereiste* onder de RAPV, en;
- Geharmoniseerde normen*.

Gekozen is voor de term *producteisen* voor normen als opgenomen in secundair EU-recht om de binding van deze normen te benadrukken. Daarnaast komen niet-bindende *geharmoniseerde normen* voor die niet integraal zijn opgenomen in richtlijnen en verordeningen, maar waarnaar slechts in het publicatieblad van de EU wordt verwezen.

In dit onderzoek wordt gefocust op Europees sectorspecifiek productveiligheidsrecht, ook wel bekend als verticaal productveiligheidsrecht voor industriële producten of *non-food*, en de Richtlijn Algemene Productveiligheid (RAPV) als horizontaal c.q. overkoepelend instrument voor

⁶⁰ Het *onderwerp van de norm* – het product – staat binnen deze vraagstelling centraal, niet de door de normsteller gevolgde reguleringsstechniek. Men kan ook onderscheid maken naar reguleringsstechniek, bijvoorbeeld in *product standards*, *process standards* en *performance standards* (zie nr. 15). Dit onderzoek is niet tot *product standards* in die zin beperkt. De indeling naar reguleringsstechniek is relevant voor de wijze waarop beïnvloeding van de normstelling in het privaatrecht plaatsvindt, zie nader de hoofdstukken 6 en 7.

consumentenproducten. Deze instrumenten kenmerken zich doordat zij zijn opgesteld conform de eerdergenoemde Nieuwe-Aanpaksystematiek⁶¹ en slechts incidenteel gebruikmaken van gesloten producteisen (zie nader nr. 39). Het gaat voor het bestek van dit onderzoek in ieder geval om de volgende richtlijnen en verordeningen:⁶²

- Richtlijn 75/324/EEG (Aerosol);
- Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV)
- Richtlijn 2006/42/EG (Machinerichtlijn);
- Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed);
- Richtlijn 2010/35/EU (Vervoerbare drukapparatuur);
- Richtlijn 2013/29/EU (Pyrotechnische artikelen), waar vuurwerk onder valt;
- Richtlijn 2013/53/EU (Pleziervaartuigen);
- Richtlijn 2014/28/EU (Explosieven voor civiel gebruik);
- Richtlijn 2014/33/EU (Liftenrichtlijn);
- Richtlijn 2014/34/EU (ATEX-producten), over apparaten en beveiligingssysteem op plaatsen waar ontploffingsgevaar heerst;
- Richtlijn 2014/35/EU (Laagspanningsrichtlijn) waar onder andere huishoudelijke apparatuur onder valt;
- Richtlijn 2014/29/EU (Drukvraten);
- Richtlijn 2014/53/EU (Radioapparatuur);⁶³
- Richtlijn 2014/68/EU (Drukapparatuur, herschikking);
- Richtlijn 2014/90/EU (Uitrustings zeeschepen);⁶⁴
- Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica);⁶⁵
- Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten);⁶⁶
- Verordening (EU) 2016/424 (Kabelbaaninstallaties);
- Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen);
- Verordening (EU) 2016/426 (Gasverbrandingstoestellen);
- Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen);

⁶¹ Behoudens de hierna aangegeven uitzonderingen.

⁶² De Blue Guide 2016 (*PbEU 2016, C 272/01*) bevat een overzicht van richtlijnen en verordeningen die de Europese Commissie kwalificeert als sectorspecifieke productwetgeving waarop de gids van toepassing is. Hierin worden ook instrumenten genoemd die niet zozeer zien op de veiligheid, zoals *energy-labelling* van producten e.d. Deze instrumenten zullen in dit onderzoek niet nader aan de orde komen.

⁶³ NB: Deze richtlijn verklaart de essentiële eisen van de laagspanningsrichtlijn in art. 3 lid 1 sub a van overeenkomstige toepassing.

⁶⁴ Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed); Richtlijn 2006/42/EG (Machines); Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen); Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen); Verordening (EU) 2017/746 (IVDR, herschikking); Verordening (EU) 2016/426 (Gasverbrandingstoestellen); Richtlijn 2014/28/EU (Explosieven voor civiel gebruik, herschikking); Richtlijn 2013/29/EU (Pyrotechnische artikelen, herschikking); Richtlijn 2014/34/EU (ATEX-producten, herschikking); Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica); Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten); Richtlijn 2014/33/EU (Liften); Richtlijn 2014/35/EU (Laagspanning, herschikking); Richtlijn 2013/53/EU (Pleziervaartuigen); Verordening (EU) 2016/424 (Kabelbaaninstallaties); Richtlijn 2014/68/EU (Drukapparatuur, herschikking); Richtlijn 2014/29/EU (Eenvoudige drukvraten); Richtlijn 2010/35/EU (Vervoerbare drukapparatuur); Richtlijn 75/324/EEG (Aërosol); Richtlijn 2014/53/EU (Radioapparatuur); Richtlijn 2014/90/EU (Uitrustings zeeschepen).

⁶⁵ NB: Deze verordening bevat alleen gesloten producteisen en wijkt iets af van het modelbesluit qua verdeling van verantwoordelijkheid over de diverse marktdeelnemers.

⁶⁶ NB: Deze verordening spreekt niet van essentiële eisen maar van essentiële kenmerken van het product en de prestaties van bouwproducten. Daar waar geharmoniseerde normen bestaan, dient de daarin vastgelegde testmethode te worden gevolgd. Hierin wijkt de verordening af van de Nieuwe Aanpak.

- Verordening (EU) 2017/746 (Medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek (IVDR).

Het onderzoek kijkt alleen naar normstelling voor *eind*producten (niet naar normstelling voor halffabricaten e.d.). Het onderzoek zal niet zien op andere pijlers van Europees productenrecht (zoals *food* en *feed law*,⁶⁷ geneesmiddelen,⁶⁸ chemicaliën⁶⁹ en gevaarlijke stoffen⁷⁰ en tabak⁷¹), omdat de daarin vervatte verplichtingen voor marktdeelnemers in grotere mate zijn geharmoniseerd en daardoor te veel van voornoemde instrumenten verschillen. Een belangrijk verschil is bovendien dat onder een aantal van deze instrumenten – anders dan onder het sectorspecifieke productveiligheidsrecht voor industriële producten – Europese agentschappen zijn ingesteld als de EMA, EFSA en ECHA, met vergaande bevoegdheden.⁷² Europese instrumenten die primair zien op andere belangen dan veiligheid, bijvoorbeeld milieumaatregelen (denk aan de CO² emissienormen voor personenauto's die centraal stonden in het volkswagenschandaal)⁷³ of economische belangen van consumenten (denk aan voedsel- en gezondheidsclaims die bij onjuiste vermelding geen veiligheidsrisico's met zich brengen maar dienen om de consument een geïnformeerde economische keuze te laten maken),⁷⁴ zullen in dit onderzoek evenmin aan de orde komen.

Bij de bestudering van de Europese productnormen die samenhangen met voornoemde secundaire instrumenten van EU-recht, bestaande uit zowel richtlijnen als verordeningen, zullen de bepalingen uit die instrumenten tot uitgangspunt worden genomen. Hoewel richtlijnen moeten worden geïmplementeerd om directe horizontale werking te hebben en de burger te binden (art. 288 lid 3 VWEU), zal met name naar de bepalingen uit de richtlijnen worden verwezen, niet alleen omdat veel richtlijnen langzamerhand worden omgezet in verordeningen,⁷⁵ maar ook omdat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie tegenwoordig steeds verder lijkt te strekken (hoofdstuk 3).

Zoals in hoofdstuk 2 zal blijken, krijgen Europese productnormen via de pre- en post-marketingverplichtingen voor marktdeelnemers in de keten uit het Europese productveiligheidsrecht een normadressaat. Pre- en post-marketingverplichtingen zullen verder alleen worden behandeld voor zover zij

⁶⁷ Verordening (EU) 178/2002 (Levensmiddelen) en Verordening (EG) 767/2009 (Diervoeder), en daaraan gerelateerde instrumenten.

⁶⁸ Richtlijn 65/65/EEG (Geneesmiddelenrichtlijn (oud)) en daaraan gerelateerde instrumenten.

⁶⁹ Verordening Nr. (EG) 1907/2006 (REACH).

⁷⁰ Verordening (EG) Nr. 1272/2008 (CLP) en andere aan chemie gerelateerde instrumenten.

⁷¹ Richtlijn 2014/40/EU (Tabak, nieuw).

⁷² European Medicines Agency (EMA), European Food Safety Authority (EFSA), European Chemical Agency (ECHA).

⁷³ Verordening (EG) nr. 443/2009 (Verordening Emissienormen personenauto's).

⁷⁴ Verordening (EG) Nr. 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen (*PbEG* 2006, L 404).

⁷⁵ COM(2014) 25 final - Een visie voor de interne markt voor industriële producten, p. 9, 15 en 16.

de betekenis van Europese productnormen op de privaatrechtelijke normstelling beïnvloeden. De eventueel zelfstandige invloed van post-marketingverplichtingen op de privaatrechtelijke normstelling zal vanwege de omvang van het onderzoek niet worden behandeld. Zuiver nationale producteisen zullen, omdat deze slechts zeer beperkt voorkomen, niet afzonderlijk worden onderzocht.⁷⁶

7 Privaatrechtelijke normstelling

Bij *privaatrechtelijke normstelling* gaat het onder meer om contractuele en buitencontractuele normstelling. Onder contractuele normstelling versta ik de invulling van vereisten die de inhoud van de overeenkomst bepalen zoals genoemd onder artikel 6:248 lid 1 en 2 BW ter beantwoording van de vraag welke verbintenissen gelden tussen partijen. Aan de hand daarvan kan worden beoordeeld in welke gevallen er sprake is van een tekortkoming. De wilsgebrekenregelingen zullen niet worden behandeld.⁷⁷ Als onderdeel van de bijzondere norm van conformiteit bij koop zullen de gezichtspunten als genoemd in artikel 7:17 lid 2 BW worden behandeld. In de literatuur wordt aangenomen dat op de verkoper bijzondere ongeschreven productinformatieverplichtingen rusten, die tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn met de productinformatieplichten onder het productveiligheidsrecht (denk aan waarschuwings- en instructieplichten). De betekenis van productinformatieplichten in het productveiligheidsrecht en het overeenkomstenrecht zal niet worden behandeld.⁷⁸

Bij buitencontractuele normstelling zullen de vereisten voor aansprakelijkheid op grond van productaansprakelijkheid en onrechtmatige daad aan de orde komen. Deze belangrijke privaatrechtelijke rechtsgronden

⁷⁶ Voor de nationale wetgevers bestaat nog ruimte tot vaststelling van producteisen daar waar geen harmonisatie of slechts minimumharmonisatie heeft plaatsgevonden (hetgeen in dit veld zelden het geval is), mits de maatregelen worden genotificeerd en niet strijdig zijn met het kader van art. 34 VWEU jo. art. 36 VWEU. Laatste restanten nationaal productenrecht zijn o.a. te vinden in: Warenwetbesluit tatoeagekleurstoffen, Warenwetbesluit formaldehyde, Spaanplaatbesluit, Warenwetbesluit kinderbedden en -boxen, Besluit draagbaar klimmaterieel (Warenwet), Warenwetbesluit elektrotechnische producten, voor wat betreft contactdozen en contactstoppen voor huishoudelijk gebruik, zie IB02-SPEC45 - Specifiek interventiebeleid productveiligheid. Versie 5. Ingangsdatum 9-3-2016. Paragraaf 3.3.7. Vgl. ook art. 3 lid 2 RAPV. Wegvoertuigen zijn niet Europees geharmoniseerd en zullen in dit onderzoek niet worden behandeld. Ook het Warenwetbesluit attractie- en speeltoestellen, *Stb.* 2016, 134 is nationaal productenrecht.

⁷⁷ Deze keuze heeft meerdere rechtvaardigingen. Ten eerste lijken de wilsgebreken in grotere mate te worden beïnvloed door de concrete omstandigheden van het geval, dan de algemene zorgplichten die – hoewel de invulling mede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval – toch eerder onder invloed van publiekrechtelijke regels enigszins kunnen worden geobjectiveerd, vgl. Castermans & Den Hollander 2012, paragraaf 2 en 3 over financieel toezichtrecht die ook op het verschil tussen de context van dwaling (subjectief karakter, verklaringen en gedragingen van partijen in concreto) en zorgplichten (meer objectief karakter, rechtsplichten afgeleid uit meer algemene belangen) wijzen in het kader van *Treek/Dexia*, doch pleiten voor een minder harde knip (paragraaf 4). In vergelijkbare zin, doch minder genuanceerd Wallinga 2016. Ten tweede lijkt dwaling in de praktijk minder relevant vanwege de terugwerkende kracht van de vernietigingsactie. Ten derde noopt de reeds ruime omvang van dit onderzoek tot nadere afbakening.

⁷⁸ Zie over dit onderwerp Van Delft-Baas 1987, p. 156 en 273 en Asser/*Hijma* 7-I 2019/460 mede onder verwijzing naar HR 6 april 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB7188, *NJ* 1973/459, m.nt. GJS (*Merryweather/Hagemeyer*) zoals ook aangehaald door Jansen 2012, p. 257.

bieden kaders aan de hand waarvan het gedrag van private partijen in de handelsketen wordt genormeerd daar waar een overeenkomst ontbreekt.

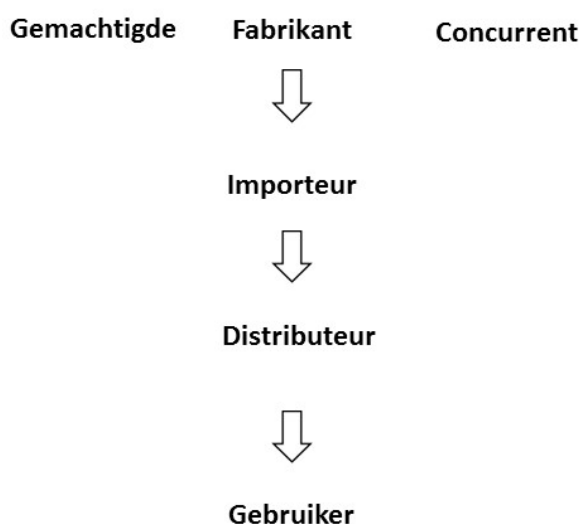
Indien in het kader van dit onderzoek privaatrechtelijke normstelling eng zou worden begrepen, zou de normering van het gedrag van private rechtssubjecten onder de vereisten als tekortkoming of onrechtmatigheid binnen de onderzoeksvraag vallen, doch zou het vereiste van causaal verband erbuiten kunnen vallen omdat dat vereiste specifiek ziet op de remedie schadevergoeding, derhalve op het verbinden van rechtsgevolgen aan bepaald gedrag doch niet op de normering van het gedrag per se. Ik acht het echter wenselijk ook de invulling van de overige vereisten behorende bij de onderzochte rechtsgronden bij de onderzoeksvraag te betrekken en voor het bestek van dit onderzoek als onderdeel van de normstelling te zien. Tussen de diverse vereisten per privaatrechtelijke rechtsgrond bestaat namelijk een onlosmakelijke samenhang. Zo dient bijvoorbeeld bij de relativiteit van een wettelijke norm mede te worden onderzocht of de norm wel strekt tot bescherming tegen de geleden schade, waaruit enige samenhang tussen de vereisten onrechtmatigheid, relativiteit en schade blijkt. Daarnaast hebben specifieke privaatrechtelijke gedragsnormen die zien op veiligheid een uitstralende werking op andere vereisten, bijvoorbeeld op de toets aan het causaliteitsvereiste via de jurisprudentiële omkeringsregel en als gezichtspunt ter bepaling van de mate van toerekening van schade in de omvangfase (zie nader nr. 258 e.v.). Ongeschreven zorgvuldigheidsnormen worden aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval geformuleerd waardoor materieelrechtelijk bepaalde vereisten door andere worden geabsorbeerd (denk aan de relativiteit die onderdeel vormt van of wordt geabsorbeerd bij de invulling van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen)⁷⁹ of waardoor in de praktijk de toets aan verschillende vereisten (zoals onrechtmatigheid en toerekenbaarheid⁸⁰) samenvalt. Los van de vraag of deze praktijk dogmatisch juist of wenselijk is, is het voor de praktische bruikbaarheid van dit onderzoek wenselijk dat ook de andere constitutieve privaatrechtelijke vereisten per rechtsgrond worden behandeld, vandaar dat ik van een breed begrip privaatrechtelijke normstelling uitga. Uit deze keuze volgt bovendien dat onder de betekenis in voornoemde zin niet alleen de betekenis voor de inhoud van de privaatrechtelijke norm wordt verstaan, doch ook de bewijsrechtelijke betekenis voor (de toets aan) de norm, zoals de invloed van Europese productnormen op het aannemen van bewijsvermoedens.

⁷⁹ *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 616, alsmede o.a. HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, *NJ* 1996/196 (*Staat/Shell*), r.o. 3.8.4 en 4.3.2, zoals ook besproken door Den Hollander 2016, p. 56-57.

⁸⁰ Zoals blijkt uit de bekende zinsnede of de laedens in kwestie wist of behoorde te weten dat zijn gedrag schade zou kunnen veroorzaken, als onderdeel van het vaststellen van het schenden van een ongeschreven plicht, zie uitgebreid Jansen 2007, p. 225 en 227. Eerder ook Van Dam 2000, p. 167-169 en Hijma onder 8 en 9 bij HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, *NJ* 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*). Een in de praktijk geïntegreerde benadering geldt veelal ook voor relativiteit en causaliteit, welke eveneens strikt van elkaar en de onrechtmatigheid dienen te worden onderscheiden. Zie voor een heldere schematische uiteenzetting van de rol van relativiteit en causaliteit in verhouding tot gedrag en onrechtmatigheid, Den Hollander 2016, p. 77-86 (overigens ontbreekt daarin een bijzondere plek voor de toerekening).

8 Rechtsverhoudingen

Bij 'normstelling in het privaatrecht' rijst automatisch de vraag: normstelling voor wie en jegens wie? In beginsel kunnen Europese productnormen van invloed zijn op tal van rechtsverhoudingen via tal van grondslagen; denk aan productaansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor zaken ex art. 6:173 BW, vervoerdersaansprakelijkheid, bewaarneming, werkgeversaansprakelijkheid. Er is voor gekozen de onderzoeksvraag toe te spitsen op de rechtsverhoudingen tussen de gebruiker van het eindproduct en de marktdeelnemers in de handelsketen, alsmede tussen concurrenten. Marktdeelnemers in de keten zijn namelijk de belangrijkste normadressaten van Europese productnormen. De Europese wetgever tracht via pre- en post-marketingverplichtingen voor marktdeelnemers de handelsketen te reguleren (hoofdstuk 2). Voorts lijken de belangen van de gebruikers van producten en van concurrenten met Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen in ieder geval te worden beschermd (hoofdstuk 3). Gemakshalve spreek ik in dit onderzoek van 'gebruiker' daar waar ik de gebruiker van het product bedoel. Daaronder versta ik mede andere personen die met het product in aanraking komen (beter bekend als *innocent bystanders*). De betekenis van productnormen voor de privaatrechtelijke normstelling in de rechtsverhoudingen anders dan die tussen gebruiker en producent is in grote mate onderbelicht. Binnen deze verhoudingen is gefocust op de belangrijkste contractuele en buitencontractuele rechtsgronden (hoofdstuk 6 respectievelijk 7). Het toespitsen van onderzoeksvraag op concrete rechtsverhoudingen dient mede tot afbakening van het onderzoek en dwingt bovendien tot een zekere mate van concretisering van de onderzoeksresultaten (hoofdstuk 6 en 7). Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:



Het onderzoek heeft als focus de betekenis van productnormen voor normstelling in het in Nederland geldende privaatrecht. De vraag in welke

gevallen Nederlands privaatrecht van toepassing is, zal niet worden behandeld.⁸¹

1.4 METHODE, PLAN VAN BEHANDELING EN VERDERE RELEVANTIE

9 Methode

In dit onderzoek zal gebruik worden gemaakt van juridisch-dogmatische onderzoeksmethoden, bestaande uit de bestudering van wet- en regelgeving, Europese en nationale beleidsstukken, rechtspraak en literatuur. Het onderzoek inventariseert de factoren die de betekenis van Europese productnormen voor privaatrechtelijke normstelling beïnvloeden vanuit een Europeesrechtelijk, een institutioneel en een privaatrechtelijk perspectief. Daartoe zal in hoofdstuk 3 als bronnenmateriaal met name gebruik worden gemaakt van Europese rechtspraak en literatuur over de betekenis van Europees recht voor privaatrechtelijke normstelling in de zin van horizontale werking van EU-recht en in hoofdstuk 4 van literatuur en rechtspraak die ziet op de betekenis van alternatieve regelgeving voor privaatrechtelijke normstelling en andere literatuur over de legitimatie van geharmoniseerde normen.

Daar waar de daadwerkelijke invloed op de privaatrechtelijke normstelling, met name op het niveau van de vereisten in het privaatrecht, wordt bestudeerd (hoofdstukken 5 t/m 7) zal gebruik worden gemaakt van rechtsvergelijking met buitenlandse rechtssystemen van privaatrecht ter beantwoording van de vraag welke mechanismen en vereisten in andere landen relevant zijn voor de betekenis van Europese producteisen en geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling. Gekozen is voor Duits en Engels recht, omdat binnen deze rechtssystemen, net als in het onze en anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk,⁸² publiekrechtelijke normen slechts ten dele van invloed zijn op de privaatrechtelijke normstelling. Daarnaast zal in deze hoofdstukken de nationale doctrine en de rechtspraak van Hoge Raad over de invloed van andere wettelijke en alternatieve (veiligheids)normen dan Europese productnormen op privaatrechtelijke normstelling in andere rechtsverhoudingen dan de rechtsverhoudingen die in dit onderzoek centraal staan, worden bestudeerd. Aan de hand van deze bronnen zullen de theoretische kaders voor de toepassing van producteisen en geharmoniseerde normen worden geschetst.

Vervolgens zal in deze hoofdstukken lagere civielrechtelijke rechtspraak worden bestudeerd waarin andere *normalisatienormen* door partijen en rechters worden toegepast, ter beantwoording van de vraag hoe in de praktijk in procedures met andere *normalisatienormen* wordt omgegaan. Aldus kan worden gezien of de eerder afgeleide kaders terugkeren bij de toepassing van

⁸¹ Ook andere IPR-gerelateerde kwesties als voorrangregels en openbare orde excepties worden niet behandeld.

⁸² Zo kent Frankrijk o.a. in het aansprakelijkheidsrecht geen *protective scope*-doctrine waardoor ex art. 1382 CC iedere schending van een rechtsplicht (*devoir legal*) de basis kan vormen voor een *faute*, Van Dam 2013, p. 286-287.

normalisatienormen in Nederlandse feitenrechtspraak of dat er in de praktijk nog andere factoren zijn die de betekenis van normalisatienormen op privaatrechtelijke normstelling beïnvloeden.

De reden dat ook lagere civielrechtelijke rechtspraak over andere normalisatienormen dan geharmoniseerde normen wordt bestudeerd, is dat de privaatrechtelijke rechtspraak waarin gebruik wordt gemaakt van producteisen en geharmoniseerde normen binnen de hiervoor geschetste rechtsverhoudingen beperkt is. De exacte reden hiervoor is onbekend. Verschillende verklaringen zijn mogelijk, doch zekerheid hierover ontbreekt. Een mogelijke verklaring voor de weinige nationale, privaatrechtelijke zaken waarin geharmoniseerde normen worden gebruikt, is het mogelijke gebrek aan legitimiteit van deze normen (zie hierover nader hoofdstuk 4).⁸³ In de literatuur over *transnational private regulation* (zie nader nr. 28) wordt erop gewezen dat grote ondernemingen eigen private normen hanteren (vaak betrekking hebbend op CSR) die mede met behulp van inkoopmacht worden afgedwongen. Het gebrek aan rechtspraak over de niet-naleving van doorbedongen geharmoniseerde normen of andere private normen zou kunnen worden verklaard doordat commerciële contractuele geschillen vaak buiten de rechtszaal worden afgedaan (mede om reputatieschade te voorkomen), machtige kopers vaak tevens private *audit* en *compliance* systemen contractueel afdwingen of contracten simpelweg niet worden aangegaan of worden beëindigd indien regelgeving niet wordt nageleefd.⁸⁴ Het is onbekend of dit soort mechanismes ook een grote rol spelen op het gebied van non-food productveiligheid en geharmoniseerde normen in dat verband.⁸⁵ Wel is aannemelijk dat dit effect met name optreedt bij inkoop door grote multinationals en niet bij kleinere partijen.⁸⁶ In de literatuur en het Europese wetgevingsbeleid is de grote inkoopmacht van multinationals als supermarkten met name bij de inkoop van voedsel erkend,⁸⁷ maar de handel in non-food producten is meer divers.

Betrekken we niet alleen geharmoniseerde normen (een specifiek deel van de NEN-EN-normen), maar ook andere Europese (overige EN-normen) en nationale normalisatienormen (NEN-normen) in ons onderzoek, dan is meer civiele rechtspraak beschikbaar ter beantwoording van de vraag welke

⁸³ Van Leeuwen 2015, p. 18 en 19 en op p. 21: *'The legitimacy deficit of the European standardisation process has an important impact on the application of European standards in private law.'*

⁸⁴ Verbruggen 2017a, p. 301 onder verwijzing naar diverse CSR-auteurs, maar met name zwaar leunend op het artikel van McBarnet & Kurkchyan 2007, p. 59 e.v. Vgl. Faure 2014, p. 695, die wijst op de zogeheten *Harrington paradox*, waarmee de naleving van publiekrechtelijke veiligheidsnormen wordt bedoeld zelfs wanneer de sanctionering laag is of soms uitblijft: *'The reason is that many industrial operators will comply for other reasons than the (low) expected sanctions. Risk aversion may play a role, or lacking information (on low expected sanctions), but also additional sanctioning mechanisms, such as reputation or social norms.'*

⁸⁵ Het beperkte empirische onderzoek focust met name op CSR-standaarden. Zie voor een samenvatting Verbruggen 2017a, p. paragraaf 3 en 4.

⁸⁶ Zoals ook door Verbruggen wordt erkend. Hij spreekt van *'buyer-driven commodity chains'*, in navolging van Gereffi in 1994, Verbruggen 2017a, p. 290.

⁸⁷ Richtlijn (EU) 2019/633 (Oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen). Zie eerder ook De Hoon & Van Doorn 2013, alsmede Havinga 2006, p. 525.

factoren relevant zijn ter bepaling van de betekenis van Europese productnormen voor privaatrechtelijke normstelling. Vertrekpunt van dit onderzoek is de hypothese dat de civielrechtelijke rechtspraak over andere normalisatienormen die al dan niet onder een wettelijk kader hangen, desalniettemin bruikbaar zou kunnen zijn voor beantwoording van de vraag hoe geharmoniseerde normen doorwerken. Bovendien bleek uit een eerste steekproef dat in nationale civiele rechtspraak waarin normalisatienormen worden toegepast, voornoemd onderscheid tussen geharmoniseerde normen die dienen ter invulling van Europese essentiële eisen (een deel van de NEN-EN-normen), andere Europese normalisatienormen (overige NEN-EN-normen), nationale NEN-normen ter invulling van nationale wettelijke eisen en overige NEN-normen lang niet altijd expliciet terugkomt. Rechters (en misschien ook partijen) zijn zich van dit onderscheid wellicht niet bewust⁸⁸ of achten dit misschien niet relevant, hetgeen mede een argument vormt om meer rechtspraak in het onderzoek te betrekken dan alleen rechtspraak die ziet op geharmoniseerde normen. Bovendien wordt niet altijd het exacte nummer van de norm genoemd, waardoor niet valt te herleiden wat voor soort norm het is en of er in Europees of Nederlands recht naar wordt verwezen.

De analyse van feitenrechtspraak betreft uitspraken die tot en met 1 september 2019 binnen de categorie ‘civiel recht’ zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl. Rechtspraak uit andere bronnen is waar mogelijk incidenteel verwerkt. Op rechtspraak.nl is gezocht op rechtspraak met de term ‘NEN-norm’⁸⁹ alsmede met de termen ‘NEN-EN’⁹⁰ en ‘EN-norm’.⁹¹ Volledigheidshalve is ook nog gezocht op ‘NEN-EN-ISO’ en ‘NEN-ISO’ voor wat betreft de normen die ook internationaal gelden.⁹² Ik heb getracht te zoeken op ‘nen’ of ‘en’, maar dat is onvoldoende specifiek.⁹³

Door middel van deze zoektermen worden niet alleen de uitspraken over Europese normen gevonden, maar ook over nationale NEN-normen. Deze uitspraken zijn ook bekeken, nu ik mede wilde onderzoeken of er verschil zit in de toepassing van verschillende soorten normalisatienormen in de diverse verhoudingen.⁹⁴

Voor hoofdstuk 6 over contractuele normstelling is gezocht op het woord ‘overeenkomst’. Voor hoofdstuk 7 over buitencontractuele normstelling zijn vervolgens de uitspraken bekeken waar het woord ‘overeenkomst’ niet in voorkwam, de restanten dus. De uitspraken zijn vervolgens gelezen om ‘fout-

⁸⁸ Vgl. Drion 2016a, die wijst op de informatieachterstand t.a.v. productveiligheidsrecht.

⁸⁹ 253 hits in totaal. Binnen de categorie ‘civiel recht’ zijn dat 119 hits (laatste check vond plaats op 23 januari 2020).

⁹⁰ 66 hits binnen de categorie ‘civiel recht’. Zekerheidshalve is ook gezocht op ‘DIN-EN’ en ‘BS-EN’ en dat leverde één extra hit op die is verwerkt.

⁹¹ 7 hits in totaal.

⁹² 35 hits repectievelijk 19 hits in totaal.

⁹³ ‘Nen’ heeft als zoekterm onvoldoende onderscheidend vermogen, omdat daarmee ook alle woorden met de lettercombinatie ‘nen’ worden gevonden. Voor ‘en’ geldt dit al helemaal.

⁹⁴ Cafaggi 2009a, p. 221 en Lee 2011, p. 578 en 580, die menen dat het gewicht dat aan de norm zou moeten toekomen afhankelijk is van de aanwezigheid van waarborgen in het totstandkomingsproces.

positieven' uit de resultaten te filteren. Zo kan het voorkomen dat in een uitspraak wel het woord 'overeenkomst' voorkomt, maar de uitspraak niet ziet op een contractueel geschil. Dergelijke uitspraken zijn niet meegenomen of onder het buitencontractuele deel behandeld. Wij kennen in Nederland bij samenloop de hoofdregel van cumulatie van rechtsgronden, hetgeen impliceert dat een partij haar vordering zowel op contractuele grondslag als op buitencontractuele grondslag mag stelen. In een enkel geval waarin dit speelde, is gekeken naar de rol van de normalisatienorm in relatie tot de contractuele grondslag. Voor zover de relatie tot het contract duidelijk was, is de uitspraak meegenomen in het deel over contractuele normstelling. Uitspraken over bijvoorbeeld de invulling van algemene zorgplichten die niet per definitie verband houden met aanwezigheid van een contract, zijn meegenomen in het buitencontractuele deel. Verder wordt in een groot aantal zaken een normalisatienorm terloops door een deskundige of partij genoemd. Voor zover de normalisatienorm geen substantiële rol speelt in het deskundigenbericht of niet in de stellingen van partijen terugkomt, zijn deze uitspraken wel bekeken, maar worden ze niet expliciet behandeld c.q. aangehaald. Uiteindelijk zijn voor het contractuele deel 145 uitspraken gebruikt. Voor het buitencontractuele deel zijn 66 uitspraken gebruikt. Zie de Annex I bij dit onderzoek voor de volledige lijst. De rechtspraak is verder niet kwantitatief onderzocht, maar kwalitatief geanalyseerd.

Deze methode kent uiteraard ook beperkingen. Ten eerste worden door de rechterlijke macht – zoals bekend – niet alle uitspraken op rechtspraak.nl gepubliceerd. De selectie van rechtspraak is mede afhankelijk van de instanties zelf, onder andere welke uitspraken zij 'richtinggevend' vinden.⁹⁵ Ten tweede is de analyse per definitie beperkt tot wat in de uitspraken is weergegeven. Men mag verwachten dat indien een beroep op normalisatie een van de kernargumenten van partijen is, dit terugkomt in de uitspraak, maar juist nu de rol en positie van normalisatienormen onduidelijk is, is de verwachting dat een beroep op normalisatienormen als steunargument wordt gebruikt en daardoor misschien niet altijd expliciet terugkomt in het eindoordeel van de rechter. De gevallen waarin rechters normalisatienormen bewust onbesproken laten in hun eindoordeel kunnen we via rechtspraakonderzoek derhalve niet nader onderzoeken.

Het onderzoek is beperkt tot rechterlijke uitspraken. Eventuele arbitrale vonnissen of andere producten van ADR zijn niet op dezelfde systematische wijze onderzocht ter beperking van dit reeds omvangrijke onderzoek. Bovendien zijn veel arbitrale vonnissen niet gepubliceerd nu arbitrages veelal

⁹⁵ Meerdere auteurs hebben hier al kritiek op geuit, zie o.a. Barkhuysen 2017, die pleit voor een wettelijke regeling voor publicatie van uitspraken. Thans worden online onder iedere zoekactie de algemene selectiecriteria voor uitspraken vermeld: 'uitspraken zaken meervoudige kamers, uitspraken Hoge Raad en appelcolleges, uitspraken met media-aandacht, uitspraken in strafzaken, Europees recht, richtinggevende uitspraken en wraking'. Deze algemene criteria komen uit het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012. In januari 2017 heb ik telefonisch navraag gedaan bij de afdeling communicatie van de Raad voor de Rechtspraak of een bijzonder intern publicatiebeleid bestaat per rechtbank. Mij werd medegedeeld dat dat ontbreekt.

vertrouwelijk zijn. Incidenteel is een arbitrale uitspraak verwerkt. Feitenrechtspraak over andere private, alternatieve normen die niet via normalisatie tot stand komen – zoals over gedragscodes of branchenormen – is evenmin systematisch onderzocht.

Het onderzoek is afgesloten op 1 september 2019. Met ontwikkelingen nadien is slechts indicenteel rekening gehouden.⁹⁶

10 Plan van behandeling

In hoofdstuk 2 zullen Europese productnormen worden besproken en zal worden toegelicht hoe zij in het systeem van het productveiligheidsrecht zijn ingebed. Een actueel Nederlands handboek productveiligheidsrecht ontbreekt, reden waarom dit onderzoek een algemene inleiding in het systeem van het Europese productveiligheidsrecht geeft. Deze inleiding is noodzakelijk om op terug te kunnen grijpen in de latere hoofdstukken, waarin de daadwerkelijke interactie tussen Europese productnormen, de daarmee samenhangende verplichtingen en privaatrechtelijke normen wordt besproken. Daarbij zal worden ingegaan op de instrumenten waarin Europese productnormen kunnen worden gevonden, de wijze waarop hun toepassingsbereik moet worden bepaald, de keuzes die de Europese wetgever maakt voor de ene dan wel andere soort productnorm en de informatie waarop deze zich baseert. Daarnaast zullen de verplichtingen van marktdeelnemers worden besproken. Deze verplichtingen grijpen terug op Europese productnormen. Zij vormen de gedragsnormen voor marktdeelnemers en geven hun respectieve verantwoordelijkheid voor de conformiteit van producten met Europese productnormen vorm. Via deze verplichtingen krijgen Europese productnormen als het ware hun normadressaat. Bovendien zullen het toezicht, de handhaving en de implementatie van deze normen in Nederland worden besproken. In hoofdstuk 3 zal het beschermingsbereik van Europese producteisen als bindende normen van EU-recht onder invloed van onder meer het doeltreffendheidsbeginsel worden onderzocht en de wijze waarop deze beginselen de betekenis van deze normen voor privaatrechtelijke normstelling beïnvloeden. In hoofdstuk 4 zal worden besproken in hoeverre geharmoniseerde normen als niet-bindende alternatieve normen privaatrechtelijke normstelling beïnvloeden. Hoofdstuk 5 vormt een proloog op de hoofdstukken 6 en 7. Hoofdstuk 6 behandelt de invloed van Europese productnormen op contractuele normstelling en hoofdstuk 7 behandelt de invloed van Europese productnormen op buitencontractuele normstelling. In hoofdstuk 8 worden de conclusies van dit onderzoek gepresenteerd.

11 Verdere relevantie

Dit onderzoek zou kunnen worden beschouwd als een deelvraag of bouwsteen in de beantwoording van een aantal andere, meeromvattende vragen. Deze

⁹⁶ Voor alle websites geldt dat deze op de datum van het sluiten van het onderzoek nog beschikbaar en toegankelijk waren. Indien dit niet het geval is, is aangegeven wanneer de website voor het laatst is geraadpleegd.

vragen zullen hier kort worden aangestipt, doch in dit onderzoek niet zelfstandig worden beantwoord.

Zo kan men zich vanuit een instrumentele visie op privaatrecht de vraag stellen of de doorwerking van productnormen uit het Europese productveiligheidsrecht in het privaatrecht kan bijdragen aan de *private handhaving* ervan en daarmee kan bijdragen aan de realisering van de doelstellingen van productveiligheidsrecht, namelijk het waarborgen van veiligheid, bescherming van de volksgezondheid en consumentenbescherming, alsmede – een doel dat in de nieuwe secundaire instrumenten nu expliciet wordt genoemd – eerlijke mededinging (waarover nader nr. 86). Dit onderzoek draagt bij aan de beantwoording van de vraag of er iets zou kunnen bestaan als privaatrechtelijke handhaving van producteisen en brengt een aantal juridische factoren in kaart die deze handhaving zouden kunnen beïnvloeden.⁹⁷

Voorts kan dit onderzoek een bijdrage leveren in de zoektocht naar een eenduidige toepassing en sanctionering van Europese productnormen in zowel het administratieve recht als in het civiele recht in de verschillende lidstaten (nr. 72). Het bestaan van verschillen in de sanctionering van schending van productveiligheidsrecht in de verschillende lidstaten heeft de aandacht van de Europese Commissie. In de visie voor de interne markt voor industriële producten uit 2014 staat vermeld:

‘Om de gelijke behandeling van alle ondernemingen op de hele interne markt voor industriële producten te waarborgen, zal de Commissie daarom overwegen een wetgevingsvoorstel in te dienen voor de stroomlijning en harmonisatie van economische sancties van administratieve of civielrechtelijke aard op niet-naleving van harmonisatiewetgeving van de Unie.’⁹⁸

Momenteel focust de Europese Commissie ten aanzien van productveiligheid op het harmoniseren en versterken van de publiekrechtelijke handhaving en het verbeteren van de samenwerking tussen toezichthouders (zie nader nr. 71). Mocht op Europees niveau worden overwogen om wetgeving ter harmonisatie van de sanctionering op schendingen van productveiligheidsrecht te ontwikkelen dan is van belang dat mede in kaart wordt gebracht hoe ver de invloed van productveiligheidsrecht in privaatrechtelijke verhoudingen strekt, te beginnen met de invloed van Europese productnormen op de privaatrechtelijke normstelling in Nederland. Dit vormt een noodzakelijke stap in de beantwoording van de vraag of eventuele verschillen in (civielrechtelijke) sanctionering van schendingen van productveiligheidsrecht de interne markt überhaupt zouden kunnen frustreren. Alleen dan is de Europese wetgever immers bevoegd tot optreden (art. 26 en art. 114 VWEU, nr. 37).

Dit onderzoek kan ook voor de ontwikkeling van de Richtlijn Productaansprakelijkheid van belang zijn. Uit de recente evaluatie van deze richtlijn blijkt dat belangenorganisaties er bij herhaling op blijven wijzen dat

⁹⁷ Voor het bepalen van de daadwerkelijke effecten zal nader empirisch onderzoek moeten worden verricht.

⁹⁸ COM(2014) 25 final - Een visie voor de interne markt voor industriële producten, p. 13.

benadeelden moeite hebben met het onderbouwen en bewijzen van hun vordering, waardoor de richtlijn in de praktijk niet aan haar doel zou beantwoorden (zie nr. 177 en 189). Dit onderzoek kan enig licht werpen op de vraag of productnormen (en aanvullende plichten van marktdeelnemers) uit het Europese productveiligheidsrecht wellicht benadeelden kunnen helpen bij het onderbouwen van hun productaansprakelijkheidsvordering.⁹⁹

Doel van dit onderzoek is niet de zelfstandige beantwoording van voornoemde vragen, doch hieraan een bijdrage te leveren door een eerste bouwsteen te zijn.

1.5 BEGRIPPEN EN DEFINITIES IN RELATIE TOT NORMEN

12 Introductie

Zoals reeds aangegeven in de inleiding stuit een jurist bij de bestudering van dit onderwerp op allerlei nieuwe termen, begrippen en concepten, waarbij Babylonische spraakverwarringen op de loer liggen. Om die reden is ervoor gekozen de lezer van een uitgebreide lijst begrippen en definities te voorzien, opgedeeld in algemene terminologie (§ 1.5.1), terminologie die samenhangt met overheidsregulering (§ 1.5.2) en terminologie die samenhangt met alternatieve regulering (§ 1.5.3).

1.5.1 Algemene terminologie

13 Normen (*standards*) en standaarden (*standards*)

'Standards of one kind or another are central to all regulatory regimes. Conceived in more general terms, standards are the norms, goals and objectives, or rules around which a regulatory regime is organised.', aldus Scott in 2010.¹⁰⁰ De Engelse term '*standard*' in voornoemde zin wordt in het Nederlands veelal vertaald met 'norm'. Normen kunnen afkomstig zijn van de overheid (wet- en regelgeving, '*public standards*'), maar ook van andere, niet-staatelijke organisaties ('*private standards*') in welk geval zij een vorm van alternatieve regelgeving zijn. Volgens de Van Dale is een norm een 'maatstaf' of 'regel'.¹⁰¹ Deze ruime betekenis van 'norm' zal in dit onderzoek worden gehanteerd.

Het Nederlandse woord 'standaard' heeft volgens de Van Dale meerdere betekenissen, onder meer een 'tot model dienend wettig exemplaar van een eenheid van maat of gewicht', maar ook een 'bepaalde norm waarnaar ieder zich richt'.¹⁰² In deze beide betekenissen wordt 'standaard' in het Engels eveneens vertaald met het woord '*standard*'. Gezien de diverse betekenissen van het Nederlandse woord 'standaard' zal deze term in dit onderzoek zo min

⁹⁹ Zo speelt men in de *expert group on product liability* met de gedachte om ook software onder het productbegrip te scharen en bediscussieert men de optie om het beperkte schadebegrip onder de richtlijn productaansprakelijkheid los te laten,

<https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=35965>.

¹⁰⁰ Scott 2010, p. 104.

¹⁰¹ www.vandale.nl onder de Dikke Van Dale.

¹⁰² www.vandale.nl onder de Dikke Van Dale.

mogelijk worden gehanteerd. Indien de term ‘standaard’ echter onderdeel vormt van een ingeburgerde term, zoals de term ‘kwaliteitsmanagementstandaard’ (nr. 25), dan wordt deze term niet gewijzigd. Ook ingeburgerde Engelse termen met als onderdeel ‘*standard*’ zullen niet worden gewijzigd (bijvoorbeeld nr. 15).

Het Engelse woord ‘*standard*’, vertaald met het Nederlandse woord ‘norm’ of vaker nog aangeduid met het Anglicisme ‘standaard’, wordt in de academische juridische literatuur en het internationale¹⁰³ en Europese recht echter ook in beperktere zin gebruikt, namelijk voor normen afkomstig van normalisatie-instituten, ook wel normalisatie of standaardisatie genoemd (zie mede nr. 22). De Normalisatieverordening hanteert in de Engelse versie het begrip ‘*standard*’, hetgeen in de Nederlandse versie wordt weergegeven met ‘norm’ en wordt gedefinieerd als:

‘een door een erkende normalisatie-instelling vastgestelde technische specificatie voor herhaalde of voortdurende toepassing, waarvan de naleving niet verplicht is en die tot een van de volgende categorieën behoort (...).’¹⁰⁴

Nu de term ‘norm’ naar Nederlands spraakgebruik en in de Nederlandse juridische literatuur een ruimere betekenis heeft en dit onderzoek mede ziet op interactie tussen verschillende normen, onder andere tussen Europese nationale normen en tussen (meer) publiekrechtelijke, alternatieve en privaatrechtelijke normen, is de term ‘norm’ in deze zin te weinig onderscheidend. Daarom gebruik ik voor normen afkomstig van normalisatie-instellingen de term ‘normalisatienormen’ (nr. 22).

14 Open (*standards*) en gesloten normen (*rules*)

De Engelse term ‘*standard*’ wordt in de rechtseconomie echter ook gebruikt om de inhoudelijke, open wijze van formulering aan te duiden, als het tegenovergestelde van ‘*rules*’ zijnde gesloten normen.¹⁰⁵ De termen ‘regel’ en ‘standaard’ of ‘norm’ zullen in dit onderzoek niet in deze zin worden gebezigd. Ik spreek dan liever van (meer) open versus (meer) gesloten normen.¹⁰⁶ Waar het gaat om bindende open en gesloten normen uit het Europese

¹⁰³ Annex 1.2 bij de WTO TBT Agreement.

¹⁰⁴ Zie de officiële Engelse en Nederlandse vertaling van art. 2 lid 1 aanhef Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹⁰⁵ De ‘*rules vs. standards*’-theorie van Kaplow (Kaplow 1992) is primair een rechtseconomische theorie die ziet op *cost/benefit*-analyses van verschillende typen normen. Aangenomen wordt dat door het gebruik van open normen de primaire kosten van het maken van wetgeving dalen, doch dat na invoering de onzekerheid over de uitleg ervan gedragseffecten teweeg kan brengen die nadelig zijn voor de markt. Deze theorie is vervolgens door andere auteurs opgepakt en toegepast binnen nieuwe verhoudingen, zoals Weber 2014, die de theorie gebruikt om de verhouding tussen nationale en Europese wetgever te duiden en vorm te geven. Hoewel de effectiviteit van de normen in dit onderzoek niet centraal zal staan, vormt deze discussie wel de achtergrond van de normen die worden onderzocht.

¹⁰⁶ Vgl. Barendrecht 1992, p. 3 die spreekt over vage en scherpe normen, Memelink 2009, p. 35 e.v. en Pavillon 2011, p. 2.

productveiligheidsrecht die zien op producten, hanteer ik de bijzondere termen ‘essentiële eisen’ (nr. 40) en ‘gesloten eisen’ (nr. 39).

15 Soorten normen naar inhoud en/of reguleringsstechniek

Normen neergelegd in wet- en regelgeving of normalisatienormen kunnen naar inhoud en/of reguleringsstechniek verschillen. De kwalificaties en indelingen zijn legio. Een aantal zal worden uitgelicht.

Een belangrijke onderverdeling is die in *product standards*, *process standards* en *performance of output standards*.¹⁰⁷ Deze indeling ziet op de wijze waarop de norm inhoudelijk is geformuleerd – wat hij regelt en op welke manier – zonder daarbij aandacht te besteden aan de herkomst van de norm (wet-, regelgeving of normalisatie). Te onderscheiden zijn *performance standards*, die focussen op het te behalen resultaat of doel, en *design standards* die echt details geven qua eigenschappen waar het product aan dient te voldoen.¹⁰⁸ Cafaggi merkt het volgende op:

*‘In product safety, Europe has moved from input or design standard to performance or output standard. (...) This change has contributed to partial convergence between regulation and liability.’*¹⁰⁹

De gesloten eisen zijn inderdaad *design standards* en essentiële eisen kunnen inderdaad als *performance standards* worden gezien.

Hoewel voor het bestek van dit onderzoek de term Europese productnormen is gekozen als overkoepelende term, betekent dat niet dat dit onderzoek tot *product standards* in voornoemde zin is beperkt. Onder de Richtlijn Medische Hulpmiddelen¹¹⁰ hangen bijvoorbeeld meer dan 350 geharmoniseerde normen die variëren van *product standards* tot testmethoden en kwaliteitsmanagementstandaarden.¹¹¹

Onder de Machinerichtlijn deelt de Europese wetgever geharmoniseerde normen nader in, in *A*-, *B*- en *C*-standards.¹¹² *A*-standards zien op ‘*concepts, terminology and design principles applicable to all categories of machinery*’. Hoewel het naleven ervan soms is voorgeschreven in een *B*- of *C*-standard, levert de enkele naleving ervan geen vermoeden van conformiteit met de essentiële eisen op. Het volgen van *B*-standards daarentegen, die zien op specifieke eisen aan machines, levert wel voornoemd vermoeden, mits uit de

¹⁰⁷ Schepel 2005, p. 3 en 4; Mattli & Büthe 2003, p. 3 onder verwijzing naar Abbott & Snidal 2001; Scott 2010, p. 109 onder verwijzing naar Baldwin & Cave 1999, p. 119 en 120; Brunsson & Jacobsson 2001, p. 4 en 5, zoals ook aangehaald door Verbruggen 2017a, p. 228. In het nationale recht staat in het Bouwbesluit 2012 een andere indeling, namelijk in algemene functionele eisen, die nader zijn uitgewerkt in prestatie-eisen die naar NEN-normen verwijzen, Neerhof 2013a, p. 154-155.

¹⁰⁸ Lundqvist 2014, p. 36.

¹⁰⁹ Cafaggi 2009a, p. 215 onder verwijzing naar Ogus 1994, p. 168.

¹¹⁰ Richtlijn 93/42/EEG (Medische hulpmiddelen (oud)).

¹¹¹ Commission communication in the framework of the implementation of Council Directive 93/42/EEC concerning medical devices (Publication of titles and references of harmonised standards under Union harmonisation legislation) (2016/C 173/03), alsmede https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards/medical-devices_nl#Note 2.1.

¹¹² Richtlijn 2006/42/EG (Machines).

C-standards of de *risk assessment* van de fabrikant volgt dat de technische oplossing uit de *B-standard* geschikt is voor de machine in kwestie.¹¹³

Binnen de sfeer van normalisatienormen komen nog andere indelingen qua inhoud of reguleringstechniek voor. Zo worden op de website van CEN/CENELEC de volgende categorieën genoemd:¹¹⁴

1. *Fundamental standards – which concern terminology, conventions, signs and symbols, etc.;*
2. *Test methods and analysis standards – which measure characteristics such as temperature and chemical composition;*
3. *Specification standards – which define characteristics of a product (product standards), or a service (service activities standards) and their performance thresholds such as fitness for use, interface and interoperability, health and safety, environmental protection, etc.;*
4. *Organization standards – which describe the functions and relationships of a company, as well as elements such as quality management and assurance, maintenance, value analysis, logistics, project or system management, production management, etc.*

Een indeling die Lundqvist hanteert op grond van de ISO-kwalificaties is: *infrastructure standards, terminology standards, testing standards, process standards, service standards, interface/interoperability standards en standards on data*.¹¹⁵

16 Soorten normen naar doel

Daarnaast kan nog onderscheid worden gemaakt in het doel van de norm. Zo worden wel *coordinative* en *regulative standards* onderscheiden. Zoals Falke opmerkt:

*'coordinative standards serve the purpose of ensuring the compatibility and interoperability of individual technical units in the context of larger systems and of lowering of transaction costs. They standardize interfaces and ensure that even products of different manufacturers fit together in vertically interwoven markets. Regulative standards are to prevent danger to safety health and environment (in short, negative externalities) arising from the production, distribution and use of technical products or plants.'*¹¹⁶

Bij een schending van een *coordinative standard* ontstaat wellicht non-compatibiliteit van een product, hetgeen indirect een veiligheidsrisico met zich mee kan brengen, maar dit hoeft niet altijd gevaarlijk te zijn. Schending van een *regulative standard* resulteert wellicht wél direct in een veiligheidsrisico, in welk geval de norm wordt gekwalificeerd als veiligheidsnorm. Soms wordt als

¹¹³ https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards/machinery_nl.

¹¹⁴ <http://www.cenelec.eu/research/innovation/standardtypes/Pages/default.aspx>.

¹¹⁵ Lundqvist 2014, p. 35 en 36 onder verwijzing naar Zhang 2012, p. 26 en verwijzingen aldaar. Deze indeling keert ook terug in EN 45020:2006 als aangehaald door Bühler & Tobler 2011, p. 80.

¹¹⁶ Falke 1997, p. 215.

doel van normalisatie het bevorderen van de uitwisselbaarheid van producten genoemd,¹¹⁷ soms veiligheid, veelal is het een combinatie van diverse doelen.¹¹⁸

Een term die ook wel valt, is ‘*regulatory standard*’. Deze term wordt door verschillende auteurs op verschillende manieren gebruikt en zal daarom niet worden gebruikt.¹¹⁹

17 Technische specificatie (*technical specification*)

Een hyponiem van norm in de zin van de Normalisatieverordening (nr. 2) is *technische specificatie*. De term *technische specificatie*, en de onderverdeling van *technische specificaties* in *technische voorschriften* en (*technische*) *normen*, komt oorspronkelijk uit de Notificatierichtlijn,¹²⁰ die thans is vervangen door de Normalisatieverordening 2012 en de Notificatierichtlijn 2015.¹²¹ *Technische specificatie* is een term die niet ziet op de herkomst van de norm (althans daar niets over prijsgeeft), maar slechts iets zegt over de inhoud ervan: deze is technisch van aard.¹²²

1.5.2 Terminologie die samenhangt met overheidsregulering

18 Wettelijke eisen en technische voorschriften (*technical regulations*)

In dit onderzoek wordt de term ‘wettelijke eisen’ als containerbegrip gebruikt voor bindende eisen uit wetten in materiële zin (denk aan eisen aan bouwwerken als genoemd in het Bouwbesluit 2012 of werkplekken zoals vastgelegd in arbonormen). Wettelijke eisen zijn onderdeel van algemeen verbindende voorschriften in de zin van art. 89 lid 4 Gw (nr. 96). Alleen de term ‘algemeen verbindend voorschrift’ gebruiken volstaat voor dit onderzoek niet, omdat een wettelijke eis sec niet altijd voldoet aan de eis van ‘zelfstandige normstelling’. Daarmee wordt bedoeld dat een algemeen verbindend voorschrift naar zijn aard alle relevante elementen van een volwaardige rechtsregel omvat op basis waarvan het rechtsgevolg van een bepaald rechtsfeit intreedt.¹²³ Een bepaling inhoudende dat een product, bouwwerk of

¹¹⁷ Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005, nr. 86.

¹¹⁸ Falke noemt als doelen van normalisatie in het productveiligheidsrecht, Falke 1997, p. 215: ‘*The goals of technical rule-making are, besides providing uniformity for goods and services (rationalization and rendering compatible function) and the industry-wide assurance of quality (quality assurance function), technical safety for the protection of life, health and property (protection function) and environmental protection (environmental protection function).*’

¹¹⁹ Schepel 2005, p. 4 onder verwijzing naar Werle 1995 (niet kunnen raadplegen); Scott 2010, p. 105 onder verwijzing naar Hood e.a. 2001, p. 1 e.v., Black 2001 en Scott 2001.

¹²⁰ Art. 1 lid 1, 2 en 5 Richtlijn 83/189/EEG (Notificatierichtlijn (oud)).

¹²¹ Art. 2 lid 4 Normalisatieverordening Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Art. 1 lid 1 sub c Richtlijn (EU) 2015/1535 (Notificatierichtlijn 2015).

¹²² Art. 1 lid 1 sub c Richtlijn (EU) 2015/1535 (Notificatierichtlijn 2015): ‘*een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product, zoals kwaliteitsniveau, prestaties, veiligheid of afmetingen, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake verkoopbenaming, terminologie, symbolen, beproeving en beproevingsmethoden, verpakking, het merken of etiketteren, en de overeenstemmingsbeoordelingsprocedures.*’

¹²³ Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 1* (HSB) 2017/193.

werkplek aan bepaalde eisen moet voldoen, zegt nog niet *wie* die eisen in acht moet nemen: dat kan iedere burger zijn of een bepaalde bijzondere abstracte groep van personen (zoals de personen als genoemd in art. 1 a Woningwet waar het gaat om de eisen uit het Bouwbesluit of werkgevers als genoemd in de Arbeidsomstandighedenwet).

In Europese en internationale context wordt ook wel het begrip ‘technische voorschriften’ gebruikt, zoals in de eerdergenoemde Notificatierichtlijn.¹²⁴ Technische voorschriften zijn meestal dwingende overheidsvoorschriften vervat in wet- of regelgeving. Onder technische voorschriften vallen ook *de facto* technische voorschriften, zijnde wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen die naar andere technische specificaties of codes verwijzen, eisen die staan vervat in overheidscontracten of andere technische specificaties waaraan fiscale of financiële maatregelen zijn verbonden.¹²⁵ Het is daardoor niet zeker of dat wat op Europees niveau als technisch voorschrift wordt aangeduid, op nationaal niveau als algemeen verbindend voorschrift in de zin van art. 89 lid 4 Gw wordt geduid, doch aannemelijk is dat de begrippen elkaar wel grotendeels overlappen. Zoals in de inleiding uiteen werd gezet, kunnen verschillen in technische voorschriften de totstandkoming van de interne markt hinderen. Zij dienen alvorens ze worden ingevoerd door de lidstaten te worden gemeld bij de Europese Commissie. De Commissie kan ertoe besluiten de nationale technische voorschriften op Europees niveau te harmoniseren door middel van secundaire EU-wetgeving – een richtlijn of verordening – waardoor een *level playing field* kan worden gecreëerd. In internationaal verband bestaat uit hoofde van de onder de Wereldhandelsorganisatie (WTO) gesloten *Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT agreement)*¹²⁶ een vergelijkbare meldplicht voor technische voorschriften en een vergelijkbaar beginsel voor wederzijdse erkenning met uitzonderingen daarop.¹²⁷ Nu de EU sinds 1995 lid is van de WTO, is Europese harmonisatie van *technische voorschriften* deels gebonden aan het binnen de WTO tot stand gekomen

¹²⁴ Art. 1 lid 5 Richtlijn 83/189/EEG (Notificatierichtlijn (oud)), thans art. 1 lid 1 sub f, aanhef Richtlijn (EU) 2015/1535 (Notificatierichtlijn 2015): ‘*technisch voorschrift*’: een *technische specificatie of andere eis of een regel betreffende diensten, met inbegrip van de erop toepasselijke bestuursrechtelijke bepalingen die de jure of de facto moeten worden nageleefd voor de verhandeling, de dienstverrichting, de vestiging van een verrichter van diensten of het gebruik in een lidstaat of in een groot deel van een lidstaat, alsmede de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, behoudens die bedoeld in artikel 7, van de lidstaten waarbij de vervaardiging, de invoer, de verhandeling of het gebruik van een product dan wel de verrichting of het gebruik van een dienst of de vestiging als dienstverlener wordt verboden. (...)*’. Vgl. art. 1 van Annex 1 bij de WTO TBT-Agreement.

¹²⁵ Vgl. art. 1 van Annex 1 bij de WTO TBT-Agreement. Zie art. 1 lid 1 sub f Richtlijn (EU) 2015/1535 (Notificatierichtlijn 2015) vervolg.

¹²⁶ Europa is sinds 1995 partij bij de WTO en dus ook aan de TBT gebonden. Besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (*PbEG* 1994, L 336).

¹²⁷ Zie voor een uitvoerige bespreking van internationale harmonisatie: Struck 2014, p. 1 e.v.; Mattli & Bütte 2011, p. 67-78; Schepel 2005, p. 177 e.v. (hoofdstuk 6). Zie voorts de website van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/enterprise/tbt/index.cfm?dspLang=en>.

internationale handelsrecht.¹²⁸ Deze internationale dimensie zal niet verder worden behandeld.

19 Producteisen

Onder producteis wordt in dit proefschrift verstaan een eis in een Europees secundair instrument, namelijk een verordening of richtlijn, die – in het laatste geval via implementatie in het nationale recht – in samenhang met pre- en post-marketingverplichtingen (nr. 21 en hoofdstuk 2), algemeen verbindend is en die direct ziet op de veiligheidseigenschappen van het product.

Producteisen zijn geformuleerd in afzonderlijke bepalingen waarin de specifieke marktdeelnemers (lees: normadressaten) voor wie zij zijn bestemd, (nog) niet worden genoemd. Via afzonderlijke pre- en post-marketingverplichtingen krijgen zij een normadressaat en ontstaat een rechtsnorm.¹²⁹ De soorten producteisen die in dit onderzoek centraal zullen staan, namelijk gesloten eisen, essentiële eisen en het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV, zullen uitgebreid worden behandeld in hoofdstuk 2.

20 Productformaliteiten en *formal non-compliance*

Naast de producteisen die direct zien op de eigenschappen van het product, dient de producent op grond van het Europese productveiligheidsrecht een CE-markering aan te brengen, en een conformiteitsverklaring en technische documentatie op te stellen (hoofdstuk 2). Deze eisen noem ik voor het bestek van dit onderzoek ‘productformaliteiten’. Het niet voldoen aan bepaalde productformaliteiten zonder dat daar direct veiligheidsrisico’s aan verbonden zijn (bijvoorbeeld geen CE-markering aanbrengen), wordt in Europese termen ook wel *formal non-compliance* genoemd.¹³⁰ Deze formaliteiten vervullen in de praktijk wel belangrijke bewijsfuncties in relatie tot de toepasselijkheid en de naleving van Europese productnormen, waardoor ze betekenis krijgen voor privaatrechtelijke normstelling en zullen in dat verband zijdelings aan de orde komen (hoofdstukken 6 en 7).

21 Pre- en post-marketingverplichtingen (*pre- and post-marketing obligations*)

De pre- en post-marketingverplichtingen zijn verplichtingen die rusten op specifieke marktdeelnemers in de handelsketen, zoals de producent/fabrikant, importeur of distributeur, die gelden vóór (lees: pre) of na (post) het in de handel of op de markt brengen van een product; denk aan het laten testen van het product door een conformiteitsbeoordelingsinstantie of het controleren

¹²⁸ Mattli & Büthe 2011, p. 1 e.v.

¹²⁹ In alle herziene richtlijnen en verordeningen die zijn gebaseerd op Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit) zijn de essentiële eisen zo geformuleerd dat ze alleen zien op het product. In oudere richtlijnen, zoals Richtlijn 2006/42/EG (Machines), zijn deze gekoppeld aan de persoon van fabrikant (zie bijlage I daarvan). Onder essentiële eisen in het bestek van dit onderzoek worden ook die eisen verstaan.

¹³⁰ Art. R34 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

van de aanwezigheid van een CE-markering. De inhoud van deze verplichtingen zal uitgebreid aan de orde komen in hoofdstuk 2.

1.5.3 Terminologie die samenhangt met alternatieve regulering

22 Normalisatie of standaardisatie (*standardisation*)

Het proces van het maken c.q. de totstandkoming van normen binnen zogeheten normalisatie-instituten,¹³¹ -organisaties¹³² of -instellingen¹³³ wordt normalisatie of standaardisatie (*standardisation*) genoemd.¹³⁴ Ik hanteer in dit onderzoek de termen 'normalisatie' en 'normalisatie-instituten'.

23 Normalisatienormen, technische normen en technische standaarden (*technical standards*)

Zoals onder nr. 13 is aangegeven, wordt de Engelse term '*standard*' binnen Europese wetgeving gebruikt voor normalisatienormen en in de Nederlandse taalversies weergegeven als 'norm'.¹³⁵ Ik heb onder nr. 13 aangegeven waarom ik in dit onderzoek een bredere betekenis van 'norm' hanteer. In dit onderzoek zal de term 'normalisatienorm' worden gebruikt als overkoepelende term voor alle normen afkomstig van normalisatie-instituten.¹³⁶ Normalisatienormen zijn niet afkomstig van de overheid, maar zijn ontwikkeld door private partijen onder auspiciën van veelal private rechtspersonen.¹³⁷ Zij zijn een vorm van alternatieve regelgeving, waarop auteursrecht rust en waarvoor dient te worden betaald.¹³⁸ Normalisatienormen zijn geen algemeen verbindende voorschriften in de zin van art. 89 lid 4 Grondwet, omdat zij niet binden c.q. 'vrijwillig' zijn (zie voor de uitwerking en nadere nuanceringen hoofdstuk 4). Uiteraard kan de publiekrechtelijke invloed op de totstandkoming van een normalisatienorm of de inbedding van de normalisatienorm in wet- en regelgeving per geval verschillen (hoofdstuk 4), maar ik gebruik de term normalisatienormen als overkoepelende term voor alle varianten en soorten normalisatienormen.

Voor de term 'normalisatienorm' worden ook wel de termen 'technische norm' en 'technische standaard' gebruikt. Dit zijn in de praktijk inwisselbare begrippen, maar alleen de term 'normalisatienorm' zal in dit onderzoek worden gebruikt.

¹³¹ De oorspronkelijke naam van NEN was het Nederlands Normalisatie-instituut.

¹³² Art. 2 lid 8 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹³³ Art. 2 lid 9 en 10 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹³⁴ Zie ook de definitie van norm in art. 1 lid 1 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹³⁵ Zie de officiële Engelse en Nederlandse versies van deze termen in art. 2 lid 1 aanhef Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹³⁶ Zie eerder ook Stuurman 1995, p. 131, die de begrippen technische normen en normalisatienormen door elkaar gebruikt.

¹³⁷ Scott 2010, p. 105.

¹³⁸ Zie voor NEN-normen waarnaar in nationaal recht wordt verwezen, HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *NJ* 2012/397 (*Knooble/Staat*) en ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, *JB* 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, *TBR* 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*).

24 Europese normen (EN-normen), nationale normen (NEN-normen) en internationale normen (ISO-normen)

Normalisatienormen kunnen worden vastgesteld op drie niveaus namelijk internationaal, Europees en nationaal. Er bestaan namelijk nationale (o.a. NEN, DIN, AFNOR, BSI),¹³⁹ Europese (CEN, CENELC, ETSI)¹⁴⁰ en internationale (ISO, IEC, ITU)¹⁴¹ normalisatie-instituten. De Europese normalisatie-instituten (*European Standardisation Organisations*, in het Engels afgekort als ESO's) zijn voor dit onderzoek met name van belang. Nationale normalisatie-instituten zijn lid van Europese en internationale normalisatie-instituten en zijn daarbinnen vertegenwoordigd. Europese normen in de zin van de Normalisatieverordening zijn EN-normen die binnen de Europese normalisatie-instellingen zijn ontwikkeld.¹⁴² De Europese normen worden in Europa door nationale normalisatie-Instituten op de markt gebracht.

De Nederlandse nationale normalisatie-instituten zijn de Stichting Nederlands Normalisatie-instituut (voorheen NNI) en het Nederlands Elektronisch Comité (NEC), eveneens een stichting¹⁴³. Zij werken samen onder de naam NEN. Nederlandse nationale normalisatienormen zijn onder NEN uitgebrachte normen, beter bekend als NEN-normen, hetgeen staat voor Nederlandse Norm.¹⁴⁴ NEN publiceert eigen nationale normen (NEN-normen), alsook vertaalde EN-normen en ISO-normen (zijnde NEN-EN, NEN-ISO of NEN-EN-ISO-normen).

Internationale normen zijn normen die door de Internationale normalisatie-instituten zijn vastgesteld, zoals ISO-normen of IEC-normen.¹⁴⁵

Uit het NEN-jaarverslag van 2016 blijkt dat NEN 2644 nieuwe en herziene normen heeft uitgebracht, waarvan er 1590 internationaal, 974 Europees en 80 nationaal zijn.¹⁴⁶ Europese normen die door NEN worden gepubliceerd zijn NEN-EN-normen (op vergelijkbare wijze worden deze in Duitsland gepubliceerd als DIN-EN normen en in het VK als BS-EN-normen). Gaat het om internationale normen die zowel door Europa als op nationaal niveau zijn erkend, dan worden de Nederlandse vertalingen ervan aangeduid met NEN-EN-ISO. Zoals blijkt uit het jaarverslag 2016 neemt het aantal specifiek voor Nederland geldende normen gestaag af en groeit het aantal Europese en

¹³⁹ Art. 2 lid 10 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). NEN is het Nederlandse instituut, DIN het Duitse, AFNOR het Franse en BSI het Engelse.

¹⁴⁰ Art. 2 lid 9 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹⁴¹ De International Standards Organisation (ISO) is de belangrijkste. De International Electrotechnical Commission (IEC) maakt elektrotechnische normen. The International Telecommunication Union (ITU) telecommunicatienormen.

¹⁴² Art. 2 lid 1 sub b Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹⁴³ NEN. Statuten & Huishoudelijk reglement Mei 2005.

¹⁴⁴ <http://www.nen.nl/Normontwikkeling/Wat-is-normalisatie/Nederlandse-normen.htm> en Neerhof 2013a, p. 153.

¹⁴⁵ <https://www.iso.org/home.html>. <http://www.iec.ch/>. Zie uitgebreid over de historie van ISO en IEC, Mattli & Bütte 2011, p. 67 e.v. IEC is opgericht in 1906, ISO in 1947.

¹⁴⁶ <http://nen.instantmagazine.com/nen-jaarverslag-2016/nen-jaarverslag-2016#!nieuwe-normen> (laatst geraadpleegd op 17 juli 2017, thans niet meer beschikbaar).

internationale normen.¹⁴⁷ Dit komt door de toename van harmonisatie op Europees niveau en doordat internationale afspraken gelden tussen Europese en internationale normalisatie-instituten, waardoor de ontwikkeling van normen op de verschillende niveaus op elkaar wordt afgestemd en dubbel werk wordt voorkomen.¹⁴⁸

De nadruk in dit onderzoek zal liggen op geharmoniseerde normen als bijzondere categorie van EN-normen (hoofdstuk 4).

25 Geharmoniseerde normen (*harmonised standards*)

Geharmoniseerde normen (harmonised standards) zijn EN-normen die veelal in opdracht van de Europese Commissie zijn ontwikkeld (nr. 105) en die dienen ter invulling van de *essentiële eisen* in Europese productveiligheidswetgeving. Bij de Nieuwe Aanpak stelt de Europese wetgever de geharmoniseerde norm niet verplicht.¹⁴⁹ Hij verbindt aan het volgen van deze normen wel rechtsgevolgen, namelijk een bewijsvermoeden ten gunste van de fabrikant c.q. producent dat het product met de essentiële eisen overeenstemt. Door deze rechtsgevolgen, die de keuzemogelijkheden van marktpartijen ten aanzien van het wel of niet volgen van de geharmoniseerde normen beïnvloeden, beschouwt 'de markt' de norm als uitgangspunt voor conformiteit aan de essentiële eisen als genoemd in productveiligheidsregelgeving. In de doctrine wordt daarom wel gezegd dat geharmoniseerde normen de jure niet, maar de facto wel bindend zijn (hoofdstuk 4). Er bestaat discussie of geharmoniseerde normen een vorm van delegatie zijn en zijn vastgesteld op basis van wet- of regelgevingsbevoegdheid (hoofdstuk 4).

Naast geharmoniseerde normen bestaan ook EN-normen die *niet* dienen ter invulling van essentiële eisen. Slechts indien een verwijzing naar de EN-norm daadwerkelijk als uitwerking van de essentiële eisen van secundaire wetgeving door de Europese Commissie in het Publicatieblad is gepubliceerd, is de EN-norm in Europeesrechtelijke zin een *geharmoniseerde norm*. Geharmoniseerde normen in Europeesrechtelijke zin vormen een bijzondere categorie van NEN-EN-normen. Van alle EN-normen in 2015 kwam volgens de Europese Commissie 1/5 op grond van een 'mandaat' tot stand (nr. 106).¹⁵⁰ Geharmoniseerde normen bevatten soms *product standards* (nr. 15), doch zijn daar niet toe beperkt.

¹⁴⁷ <http://nen.instantmagazine.com/nen-jaarverslag-2016/nen-jaarverslag-2016#!/nieuwe-normen> (laatst geraadpleegd op 17 juli 2017, thans niet meer beschikbaar).

¹⁴⁸ *Agreement on technical co-operation between ISO and CEN (Vienna Agreement) of June 1991* tussen CEN en ISO en de daarmee vergelijkbare *Dresden-Agreement* tussen CENELEC en IEC. Zie nader Schepel 2005, p. 191. 'Approximately 31% of CEN standards are developed under the Vienna agreement', <http://www.sesec.eu/vienna-dresden-agreements/>.

¹⁴⁹ Dit blijkt ook expliciet uit de Nieuwe Aanpak-richtlijnen en -verordeningen, de aangehaalde WTO-*principles* en uit diverse overwegingen uit Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

¹⁵⁰ http://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/requests/index_en.htm (laatst geraadpleegd op 20 oktober 2015, thans niet meer beschikbaar).

De Nieuwe Aanpak smelt Europese wetgeving *en normalisatienormen* als het ware samen. Het reguleringssysteem is hybride en vertoont daarmee kenmerken van *co-regulation*.¹⁵¹ Op Europees beleidsniveau maakt men echter onderscheid tussen *co-regulation* (de situatie waarin binnen regulering ruimte wordt gelaten voor zelfregulering) en *standardisation*.¹⁵² *Standardisation* vormt in het Europese wetgevingsbeleid een zelfstandige categorie naast *co-regulation*. Beide zijn vormen van *soft-regulation*.

Op nationaal niveau is door Eijlander en Voermans getracht de manieren van gebruik door de wetgever van zelfregulering te inventariseren. Zij onderscheiden vijf manieren van gebruik van zelfregulering door de wetgever: a. ruimte laten voor zelfregulering, b. vervangende zelfregulering, c. via de wet rechtsgevolgen verbinden aan vormen van zelfregulering, d. via de wet procedureren van zelfregulering en het verbinden van rechtsgevolgen aan aldus tot stand gekomen zelfregulering en e. wetgeving als stok achter de deur bij uitgebleven zelfregulering.¹⁵³ We zouden de Nieuwe Aanpak op Europees niveau kunnen vergelijken met type d., waarmee volgens Eijlander en Voermans wordt bedoeld dat de wetgever actief ruimte laat om via een bepaalde procedure tot zelfregulering te komen. Aan de schending of de naleving van de zelfregulering die binnen die procedure tot stand is gekomen, worden dan door de wet rechtsgevolgen verbonden.¹⁵⁴ Het rechtsgevolg van het naleven van de *geharmoniseerde normen* is het aannemen van een vermoeden van overeenstemming. Het proces van totstandkoming van geharmoniseerde normen is bovendien deels gereguleerd middels Verordening (EU) 1025/2012.¹⁵⁵ Het gebruik van nationale NEN-normen door de nationale wetgever in bijvoorbeeld het Bouwbesluit 2012, voldoet meer aan de omschrijving van type c., omdat de nationale wetgever wel rechtsgevolgen verbindt aan zelfregulering doch de totstandkoming niet nader heeft geprocedureerd (nr. 124).

26 Bijzondere categorie normalisatienormen: kwaliteitsmanagementstandaarden

De belangrijkste kwaliteitsmanagementstandaarden behoren tot de ISO-9000 serie (ISO 9000 en 9001 zijn de bekendste). Deze normalisatienormen zijn het vermelden waard, nu de kwaliteitsborgingssystemen uit de modules bij het Modelbesluit (nr. 47) erop zijn gebaseerd en voor marktdeelnemers een

¹⁵¹ Cafaggi 2006a, p. 21 en 27 e.v.; Verbruggen 2009, p. 425 en 429; Hofmann e.a. 2011d, p. 589.

¹⁵² Senden 2005, p. 1 e.v.; Micklitz 2009, p. 11. Zie ook de bekende *Better Regulation Guidelines* en *Toolbox*, onder *policy instrument*, tool 15: http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/tool_15_en.htm.

¹⁵³ Eijlander & Voermans 2000, p. 71 e.v. Zelfregulering binnen een wettelijk kader – c. t/m e. - wordt door hen ook wel geconditioneerde zelfregulering genoemd, Eijlander & Voermans 2000, p. 72. Zie ook Neerhof 2016, p. 200 onder verwijzing naar Van Gestel 2008, p. 103 en Van Ommeren 2012, p. 213-216.

¹⁵⁴ Eijlander & Voermans 2000, p. 72 en 73.

¹⁵⁵ De Nieuwe Aanpak-wetgeving kan worden gezien als een vorm van inhoudelijke kaderwetgeving – zij het dat de wet wel een open norm bevat – waarbij de uitwerking van de norm (deels) wordt overgelaten aan zelfregulering door private partijen. Van Gestel 2012b, p. 160-161 onder verwijzing naar P. Eijlander, 'Wetgeven in de moderne rechtstaat. Naar aanleiding van het rapport van de WRR en de reactie van het kabinet', *RegelMaat* 2004/afl. 1, p. 3.

vermoeden van overeenstemming met die modules geldt bij het volgen van deze normalisatienormen. Voorts adverteren bedrijven in de praktijk met dergelijke ISO-certificering.

Strikt genomen zien kwaliteitsmanagementstandaarden als ISO-9001 niet op de eigenschappen van het product, maar op de bedrijfsvoering als geheel. Mattli & Buthe:

*'Unlike the vast majority of ISO standards, which are highly specific to a particular product, material or process, ISO 9001 and ISO 14001 are 'generic management standards', meaning that they can be applied to any organization, whatever its product or service, in any sector of activity, and from the private sector to public administration.'*¹⁵⁶

Schending van een kwaliteitsmanagementstandaard kan risico's voor het te vervaardigen product opleveren, maar het verband tussen deze norm en het product is indirect. Binnen een kwaliteitsmanagementsysteem zou moet worden geïnventariseerd welke regelgeving van toepassing is ten aanzien van de te produceren producten en zou moeten worden vastgelegd hoe naleving zal worden bewerkstelligd. Aldus zou de kwaliteit van het eindproduct moeten worden vergroot. Naleving van een ISO-9000 norm geeft echter nog geen garantie voor conformiteit van het eindproduct met alle toepasselijke regelgeving.¹⁵⁷ Een kwaliteitsmanagementsysteem geeft er evenwel inzicht in hoe een onderneming informatie over de door haar geproduceerde of verhandelde producten verzamelt en verwerkt. Documenten die worden gecirculeerd binnen de onderneming als gevolg van het hanteren van een kwaliteitsmanagementsysteem geven wel informatie over het product; denk aan documenteren en verwerken van klachten en rapportages aan het management, nr. 47).¹⁵⁸

27 Branchenormen en andere private normen

Naast *normalisatienormen* bestaan er allerlei andere *branchenormen* en andere private normen, die afkomstig zijn van private partijen die niet als normalisatie-instituten kunnen worden gekwalificeerd. Sommige van die private partijen (denk aan CROW, KOMO, KIWA, ENEC en TÜV)¹⁵⁹ bieden (ook)

¹⁵⁶ Mattli & Bütte 2011, p. 68 en noot 33. De ISO 14001-serie zijn milieustandaarden die hier niet nader aan de orde zullen komen.

¹⁵⁷ Vgl. Verbruggen 2013, paragraaf 3, die het voorbeeld noemt van het salmonellaschandaal. De aanwezigheid van een kwaliteitsmanagementsysteem kon niet voorkomen dat er toch zalmproducten besmet raakten met salmonella.

¹⁵⁸ Ten aanzien van de publiekrechtelijke handhaving op voedselveiligheid vindt een verschuiving plaats van toezicht op producten naar toezicht op kwaliteitssystemen. Daar waar bedrijven een gecertificeerd kwaliteitssysteem hanteren, worden zij zelfs onderworpen aan minder intensief toezicht door de NVWA, Verbruggen & Havinga 2014. Deze tendens ontbreekt nog in het non-food productveiligheidsrecht, maar de pilots worden binnen de Europese Commissie met veel interesse gevolgd.

¹⁵⁹ CROW is een kennisplatform voor decentrale overheden dat normen ontwikkelt. KIWA en TÜV certificeren mede op basis van eigen of andere private normen, terwijl zij daarnaast voor bepaalde richtlijnen als *notified body* zijn aangewezen. ENEC is een organisatie waarbinnen een aantal *notified bodies* (nr. 47), private

eigen keurmerken,¹⁶⁰ labels en/of certificering aan. Verder bestaan tal van andere private normen en daaraan gekoppelde keurmerken voor producten die niet primair zien op veiligheid, maar op de bescherming van andere belangen, zoals eerlijke handel, dierenwelzijn en duurzaamheid (zoals MSC,¹⁶¹ FSC,¹⁶² Fair Trade), al dan niet ontwikkeld in samenspraak met overheden en NGO's en al dan niet gekoppeld aan private certificering.¹⁶³ Zulke normen zijn in de non-food productensector minder gebruikelijk dan in de food sector, doch non-food producten kunnen daar ook onder vallen.¹⁶⁴ Het proces van totstandkoming van dergelijke normen is in veel mindere mate gereguleerd dan de totstandkoming van *geharmoniseerde normen*. Ook de koppeling van dergelijke normen aan wettelijke voorschriften, zoals bij de Nieuwe Aanpak, ontbreekt.¹⁶⁵ Branchennormen en andere private normen zullen in dit onderzoek niet nader aan de orde komen,¹⁶⁶ doch de bevindingen van dit onderzoek kunnen mede relevant zijn voor de invloed van dit soort normen op private normstelling.

28 Transnational private regulation

Zelfregulering en private regulering staan de laatste jaren erg in de academische belangstelling. In de literatuur wordt de term *transnational private regulation* wel gebruik als overkoepelende term voor allerlei vormen en varianten van alternatieve regulering, ook wel *private governance* genoemd.¹⁶⁷ *Geharmoniseerde normen* zijn een bijzondere categorie binnen *transnational private regulation*. Omdat *transnational private regulation* zo'n brede term is, vallen daar ook volledig private regelgevings- en certificeringsinitiatieven onder die door marktdeelnemers worden ontwikkeld om hun eigen handelsketens of netwerken vorm te geven (zoals branchennormen en andere private normen).¹⁶⁸ Men spreekt ook wel van '*the sustained efforts of non-state, private actors to steer and influence business*

certificeerders en normalisatie-instituten die zich bezighouden met elektrische producten zijn verenigd. ENEC voert een eigen label (www.enec.com/members).

¹⁶⁰ Het Duitse *Gepüfte Sicherheits*-keurmerk (GS) is een bekend keurmerk voor elektriciteitsproducten dat onder Duits regeringstoezicht staat. KEMA-keur, een label dat thans door Dekra wordt uitgegeven, en het keurmerk Keymark van CEN en CELENEC zijn voorbeelden van private keurmerken.

¹⁶¹ Dat staat voor Marine Stewardship Council dat een keurmerk voert voor duurzame visserij, www.msc.org/nl.

¹⁶² Dat staat voor Forest Stewardship Council dat een keurmerk voert voor duurzaam hout, www.fsc.org/nl.

¹⁶³ Cafaggi & Iamiceli 2014, p. 133 en 134, en zeer uitgebreid Van der Meulen 2011, p. 1 e.v.

¹⁶⁴ Het FSC-keurmerk is een voorbeeld van een dergelijk keurmerk voor non-food producten, namelijk voor hout.

¹⁶⁵ Zie over deze normen o.a. Cafaggi & Iamiceli 2014, Scheltema 2013a en Verbruggen 2014b, p. 155 e.v.

¹⁶⁶ Zie over de doorwerking van CSR-codes o.a. Castermans 2008, p. 1 e.v., Beckers 2015, p. 1 e.v. en Vytöpil 2015, p. 1 e.v.

¹⁶⁷ Zie over *private governance* o.a. Abbott & Snidal 2009, p. 44-88 met daarin een beschrijving van de ontwikkeling van *private governance* en later ook Abbott & Snidal 2010, p. 318 met de door hen ontwikkelde '*governance triangle*' als schematisch overzicht van diverse norm-initiatieven gerangschikt naar invloed van Statelijke actoren, NGO's of voornamelijk private actoren. Zie voorts het themanummer over *transnational private regulation* uit 2011 van *Journal of Law and Society*, Scott e.a. 2011, met daarin de bijdragen van Senden & Curtin 2011, Cafaggi 2011b, p. 22, Scott e.a. 2011 en Senden & Curtin 2011. Zie later ook Verbruggen 2014b, p. 12-15.

¹⁶⁸ Verbruggen 2014b, p. 15.

*activities across territorial borders.*¹⁶⁹ De eerdergenoemde private normen vervullen tot op zekere hoogte vergelijkbare functies als het publieke regelgevingskader: het bevorderen van *ex ante compliance*, voordat het product de markt betreedt, en van correctieve actie daar waar het systeem faalt,¹⁷⁰ zij het dat deze normen soms verder lijken te gaan dan het publiekrechtelijke kader. Voorts wijzen Cafaggi en Iamiceli erop dat dergelijke normen veelal op processen zien met als doel proactief *compliance* van producten te verzekeren.¹⁷¹ In de privaatrechtelijke literatuur over *transnational private regulation* gaat steeds meer aandacht uit naar actief gebruik van contracten en het contractenrecht om bepaalde verplichtingen langs de keten door te bedingen en gehele kwaliteitsmanagementsystemen op te zetten of vorm te geven.¹⁷² Of geharmoniseerde normen in de praktijk op dezelfde manier actief worden doorbedongen in de keten kan alleen empirisch worden onderzocht, hetgeen niet heeft plaatsgevonden in dit onderzoek. Gefocust is op de betekenis van geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling zoals deze blijkt uit de literatuur en de rechtspraak.

¹⁶⁹ Scott, Cafaggi & Senden 2011, p. 3, zoals ook aangehaald door Verbruggen 2014, p. 12. Fagotto 2015, p. 70 onder verwijzing naar Cafaggi 2011b: *'the set of rules that private actors design to alter not only their behaviour (hence not only the rules that a firm imposes on itself), but also the behaviour of other actors who may or may not have had a say in designing and amending such rules.'*

¹⁷⁰ Cafaggi & Iamiceli 2014, p. 155. Zij merken over deze private standaarden in verhouding tot contractenrecht op: *'Reporting duties, periodic auditing, corrective measures are widely prioritised to ex post sanctions like rights cancellation and contract termination.'*

¹⁷¹ Cafaggi & Iamiceli 2014, p. 152. Zij plaatsen dit tegenover het contractenrecht dat reactief is en *compliance by deterrence* tot doel lijkt te hebben.

¹⁷² Vytöpil 2015, p. 1 e.v.

2 Europese productnormen en het systeem waarin zij zijn ingebed

2.1 INLEIDING

29 Algemeen

In dit hoofdstuk komen de volgende deelvragen aan de orde. Eerst wordt onderzocht wat de belangrijkste bronnen van Europese productnormen zijn en hoe hun toepassingsbereik wordt bepaald (§ 2.2). In de praktijk is vaak onduidelijk welke Europese productnormen precies op een product van toepassing zijn. Dit is een belangrijke bron voor privaatrechtelijke geschillen. Vervolgens wordt de totstandkoming van Europese productnormen, hun inhoud en harmonisatieniveau besproken (§ 2.3). Hierna wordt toegelicht welke marktdeelnemers in de handelsketen verantwoordelijk zijn voor de naleving van Europese productnormen en welke verplichtingen voor hen gelden (§ 2.4). Deze verplichtingen vormen in samenhang met productnormen gedragsnormen. Zij geven de publiekrechtelijke zorgplichten van deze actoren ter waarborging van de conformiteit van producten met productnormen op de Europese markt vorm. Ten slotte wordt besproken op welke manier het toezicht en de handhaving op Europees niveau worden ingekaderd en hoe de implementatie, het toezicht en de handhaving ervan in Nederland eruitzien (§ 2.5).

De bronnen die in dit hoofdstuk centraal staan, zijn de Richtlijn Algemene productveiligheid (RAPV)¹⁷³ en het Modelbesluit.¹⁷⁴ De bespreking van de RAPV is noodzakelijk, omdat deze als vangnetrichtlijn fungeert voor consumentenproducten daar waar sectorspecifieke instrumenten ontbreken of leemtes bevatten. Het niet-bindende Modelbesluit (nr. 30 en § 2.4) wordt besproken, omdat dit besluit het model vormt voor reeds herziene en nieuwe sectorspecifieke richtlijnen en verordeningen (hierna samen ook: ‘sectorspecifieke instrumenten’).

Incidenteel verwijs ik naar de nieuwe Verordening Medische hulpmiddelen die in mei 2020 in werking zal treden, aangezien deze verordening een aantal revolutionaire nieuwe bepalingen bevat met privaatrechtelijke implicaties, waarvan ik verwacht dat deze de Europese wetgever zullen inspireren bij herziening van andere instrumenten in de toekomst.¹⁷⁵ Voor de uitleg van de verplichtingen uit sectorspecifieke instrumenten is tot op zekere hoogte gebruikgemaakt van de Blue Guide: een van de belangrijkste richtsnoeren c.q. gidsdocumenten van de Commissie, geschreven voor de lidstaten en de praktijk (nr. 32 over de betekenis van richtsnoeren).¹⁷⁶

¹⁷³ Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

¹⁷⁴ Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit). Howells 1998, p. 83-84 over het oude modelbesluit.

¹⁷⁵ Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen). Het “broertje” voor invitrodiagnostica die hier zeer mee vergelijkbaar is, zal niet separaat worden behandeld, Verordening (EU) 2017/746 (IVDR, herschikking).

¹⁷⁶ De eerste versie dateert van 2000, Guide to the implementation of directives based on the New Approach and the Global Approach (Blue guide 2000). De recentste versie is die uit 2016, Blue Guide 2016. Verder is gebruikgemaakt van het onderzoek van Hodges uit 2005, dat behulpzaam is bij het identificeren van de soorten

2.2 BRONNEN VAN EUROPESE PRODUCTNORMEN EN HUN TOEPASSINGSBEREIK

30 Sectorspecifieke richtlijnen en verordeningen – *lex specialis*

Europese producteisen kunnen onder andere worden gevonden in sectorspecifieke richtlijnen en verordeningen (hierna: ‘instrumenten’). Zie de lijst met instrumenten als opgenomen onder (nr. 6).

In het merendeel van deze instrumenten wordt gebruikgemaakt van de systematiek van de Nieuwe Aanpak en incidenteel nog van gesloten producteisen.¹⁷⁷ In 2011 is een groot aantal instrumenten gemodelleerd naar het Modelbesluit als onderdeel van het zogeheten *alignment package*; de rest zal bij herziening volgen.¹⁷⁸ Het Modelbesluit is gericht aan de Europese wetgever en niet bindend voor burgers.¹⁷⁹ Omdat de verplichtingen in richtlijnen en verordeningen soms nader worden geconcretiseerd en vormgegeven, afhankelijk van het type product en het daarmee gepaard gaande risico, kunnen deze in de praktijk van het Modelbesluit verschillen.¹⁸⁰ In de praktijk zal altijd het concrete secundaire instrument moeten worden geraadpleegd om te weten welke plicht nu daadwerkelijk rust op een marktdeelnemer.

Het grote voordeel van sectorspecifieke regelgeving is dat maatwerk kan worden geleverd. Het nadeel is dat hierdoor een woud aan regelgeving is ontstaan dat zeer ontoegankelijk is (zie nrs. 73 en 281).

Anders dan onder de RAPV is de gebruiker van het product in de sectorspecifieke instrumenten niet gedefinieerd.¹⁸¹ Volgens de Blue Guide is de

verplichtingen die we in Europees productveiligheidsrecht aan kunnen treffen. Hodges analyseerde in zijn werk uit 2005 de New Approach-regelgeving, de RAPV, de Geneesmiddelenrichtlijn, de Biocidenrichtlijn (oud) en de Cosmetica-richtlijn (oud) op de *Procedural Mechanisms for Safety*. Zoals uit de inleiding blijkt, is sinds 2005 echter veel veranderd. De Commissie spant zich in secundair EU-recht te stroomlijnen, waardoor een deel van de door hem geuite kritiek thans is achterhaald. Deze kritiek zal daarom niet meer worden besproken.

¹⁷⁷ Voor cosmetica gelden alleen gesloten producteisen, zie de bijlagen bij Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica). Voor speelgoed gelden zowel essentiële eisen als gesloten eisen, zie de bijlagen bij Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed).

¹⁷⁸ COM(2011) 763 final - New Legislative Framework (NLF) Alignment Package (Implementation of the Goods Package). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Alignment of ten technical harmonisation directives to Decision No 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products. Uitzonderingen vormen de Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) en Verordening (EU) 2017/746 (IVDR, herschikking) die n.a.v. het PIP-schandaal zijn herzien en veel uitgebreider zijn geworden dan voorheen.

¹⁷⁹ Considerans sub 2 en 7, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit) jo. art. 288 onder 3 laatste zinsnede VWEU.

¹⁸⁰ De Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica) is het meest sprekende voorbeeld van een van het Modelbesluit afwijkende regeling. De belangrijkste verplichtingen onder die verordening rusten namelijk bij één persoon: de verantwoordelijke persoon (nr. 59).

¹⁸¹ Hodges wijst erop dat veel ongevallen, in ieder geval in het Verenigd Koninkrijk, het gevolg zijn van onjuist of oneigenlijk gebruik van producten. In dat opzicht bevreemdt het wellicht dat de regelgeving hier – afgezien van de verplichting voor producenten om gebruiksaanwijzingen e.d. te verstrekken – niets over de eigen verantwoordelijkheid van de gebruiker zegt (bijvoorbeeld om de gebruiksaanwijzing op te volgen). Een dergelijke plicht bestaat natuurlijk wel, alleen niet op grond van het productveiligheidsrecht maar het privaatrecht. Hij komt bij schade terug in de beoordeling van ‘eigen schuld’ van de gelaedeerde. In Europese arbeidsomstandighedenwetgeving komt overigens wél een plicht terug tot het opvolgen van instructies m.b.t. producten.

reden hiervoor dat geen verplichtingen worden opgelegd aan gebruikers.¹⁸² Wie met het instrument moet worden beschermd is echter van belang voor de bepaling van de hoogte van het beschermingsniveau van Europese productnormen (en derhalve voor de inhoud en uitleg ervan).¹⁸³ Volgens Hodges is in sectorspecifieke instrumenten niet altijd duidelijk welke gebruiker als uitgangspunt wordt genomen. Veelal zal dit de meest kwetsbare gebruiker zijn, maar dit blijkt niet altijd expliciet uit het secundaire instrument.¹⁸⁴ De vraag wie met het Europese productnormen worden beschermd is voorts relevant ter bepaling welke personen, rechten kunnen ontleen aan deze normen (lees: het beschermingsbereik van de norm), hetgeen vanuit Europeesrechtelijk perspectief (hoofdstuk 3) en privaatrechtelijk perspectief (o.a. relativiteit, hoofdstuk 7) relevant is.

31 RAPV als horizontale richtlijn – *lex generalis*

De Richtlijn Algemene Productveiligheid (RAPV) is een horizontaal vangnetinstrument. De verplichtingen erin zijn enerzijds bestemd ter opvulling van leemten in geharmoniseerd secundair productveiligheidsrecht en anderzijds ter regulering van producten waarvoor de voorschriften op Europees niveau nog niet zijn geharmoniseerd.

De RAPV heeft als richtlijn geen directe horizontale werking (zie nr. 78). Dit zal veranderen indien deze verplichtingen worden overgeheveld naar een verordening. De Commissie deed in 2013 een voorstel om de RAPV te herzien en om te vormen tot een Verordening inzake de veiligheid van consumentenproducten (hierna: het Voorstel Verordening Consumentenproducten).¹⁸⁵ In het Voorstel Verordening Consumentenproducten werden een aantal belangrijke onduidelijkheden in de RAPV weggenomen, de verplichtingen voor marktdeelnemers aangescherpt, deels door ze gelijk te trekken met het Modelbesluit, en de bepalingen over markttoezicht geschrapt en overgeheveld naar een aparte verordening.¹⁸⁶ Sinds 2016 zit het voorstel echter muurvast in het Europese wetgevingsproces vanwege het voorstel om een *origin marking* voor consumentenproducten op

¹⁸² Blue Guide 2016, p. 38 (NL). Uitzondering vormt de cosmetica-verordening, zij het dat die een zeer algemene definitie bevat: art. 2 lid 1 sub f: *'eindgebruiker: een consument of beroepsbeoefenaar die het cosmetische product gebruikt.'*

¹⁸³ Vgl. Beumers & Van Boom 2016, p. 3 en 6 over de ratio achter de maatmens bij oneerlijke handelspraktijken in het licht van maximumharmonisatie.

¹⁸⁴ Vgl. Schlacke 1997, p. 177, die voor het voedselveiligheidsrecht ouderen, zwangeren, babies en kinderen noemt, onder verwijzing naar HvJ EG 6 juni 1984, 97/83 (*Melkunie*) over de verenigbaarheid van het nationale Melkbesluit onder de Warenwet in het kader van art. 34 en 36 VWEU (destijds nog 30 en 36 EEG-Verdrag).

¹⁸⁵ COM(2013) 78 final - Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on consumer product safety and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC, als onderdeel van het zogeheten *product safety and market surveillance package*, COM(2013) 74 final - Communication "More Product Safety and better Market Surveillance in the Single Market for Products".

¹⁸⁶ Tussen de RAPV en Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht) zit enige overlap. Onderdeel van het pakket uit 2013 was mede een voorstel tot herziening van de Verordening Accreditatie en Markttoezicht. Dit voorstel is vervangen door een nieuw voorstel, dat heeft geresulteerd in Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

te nemen.¹⁸⁷ Op 29 januari 2020 kondigde de Europese Commissie aan dat in het vierde kwartaal van 2020 een voorstel voor een herziene versie van de RAPV zal worden gelanceerd.¹⁸⁸ Het oorspronkelijke Voorstel Verordening Consumentenproducten uit 2013 zal in dit hoofdstuk incidenteel worden aangehaald.

De RAPV is van toepassing op consumentenproducten. De definitie van een product is volgens art. 2 sub a RAPV:

‘een product dat — ook in het kader van een dienstverrichting — bestemd is voor de consument of waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat het door de consument kan worden gebruikt, ook al is het niet voor hem bestemd, en dat in het kader van een handelsactiviteit tegen betaling of gratis wordt geleverd of beschikbaar gesteld, ongeacht of het nieuw, tweedehands of opnieuw in goede staat gebracht is.(...)’¹⁸⁹

Wie ‘de consument’ in voornoemde zin is, is niet nader uitgewerkt. De vraag is hoe bezwaarlijk dat is. Anders dan EU-consumentenrecht dat ziet op de economische belangen van consumenten en door hen aangegane transacties, ziet het productveiligheidsrecht op de bescherming van de fysieke veiligheid van personen en hun zaken (nr. 85), wat pleit voor een ruime uitleg van ‘consument’ in de RAPV. Een uitleg naar analogie met ‘consument-maatmensen’ uit andere secundaire instrumenten van EU-consumentenrecht is mijns inziens niet passend en nuttig.¹⁹⁰ Gezien de productdefinitie worden

¹⁸⁷ Art. 7 van het voorstel. De laatste officiële stand van zaken is dat de Raad heeft gevraagd artikel 7 helemaal te schrappen dan wel aan te passen, 8985/16 Request for the inclusion of an aob item on “information by the presidency and the commission on the next steps regarding the consumer safety/market surveillance package negotiations” Brussels, 19 May 2016. Van deze *origin marking* kan sterk worden betwijfeld of het substantieel bijdraagt aan het verbeteren van de veiligheid van producten. Zie ook Howells 2014a, p. 531. In 2003 heeft de Commissie al een uitgebreide consultatie gehouden over origin marking, omdat het onderwerp door specifieke lidstaten en bepaalde industrie via het parlement telkens ter tafel wordt gebracht (denk aan Italiaanse schoenen en kleding, Engels procelein etc.), zie onder meer 133 Committee Document 581/03 en het document CONSIDERATION OF AN EU ORIGIN MARKING SCHEME Consultation Process, Analysis and Next Steps (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/may/tradoc_118123.pdf). Voor het invoeren van een ‘made in’-markering voor alle consumentenproducten bestaat onvoldoende draagvlak, laat staan dat enige consensus bestaat over de voorwaarden waaronder een ‘made in...’-label zou mogen worden aangebracht.

¹⁸⁸ Annex II onder 44 bij COM(2020) 37 final - Commission Work Programme 2020. A Union that strives for more.

¹⁸⁹ Art. 2 sub a RAPV: product, vervolg: ‘Deze definitie is echter niet van toepassing op tweedehands producten die als antiek geleverd worden of als producten die vóór het gebruik gerepareerd moeten worden of opnieuw in goede staat moeten worden gebracht, mits de leverancier de persoon aan wie hij het product levert hiervan duidelijk op de hoogte stelt;’

¹⁹⁰ Deze term stamt van Beumers & Van Boom 2016, p. 6. De diverse consumenten hebben aardig wat academische aandacht genoten. Vb. Stuyck 2015, p. 115: ‘the vulnerable consumer (in the UCPD), the hasty consumer (in the case law on the Trade mark Directive), children (in the Audiovisual Media Directive), the consumer with a lower level of knowledge than the business (unfair contract terms directive), the ignorant consumer (in the MIFID Directive), the buyer of certain specific services irrespective of whether he acts for professional purposes or not (travel directive; passenger regulations), the negligent consumer in the payment Services Directive, etc.’ Hij is tegen een homogeen consumentenbegrip, Stuyck 2015, p. 115-135. Zie ook uitgebreid de congresbundel Leczykiewicz & Weatherill 2016, p. 1 e.v. en voor het aansprakelijkheidsrecht het preadvies van Beumers & Van Boom 2016, p. 3 e.v. Met name de invulling van de ‘gemiddelde consument’ is

ook de belangen van private personen beschermd die op andere wijze met het product in contact komen, zonder dat daar een transactie met hen aan vooraf gegaan is.¹⁹¹ Uit de considerans van de richtlijn sub 9 en 10¹⁹² en art. 2 sub a van de RAPV zou a contrario kunnen worden afgeleid dat producten die zijn bestemd voor uitsluitend *beroepsmatig gebruik* en waarvan geen risico bestaat dat deze aan een consument beschikbaar worden gesteld, niet onder het bestek van de richtlijn vallen. Zo'n uitleg impliceert dat de vangnetfunctie van de RAPV ten opzichte van sommige sectorspecifieke instrumenten beperkt is. Sectorspecifieke instrumenten als de Machinerichtlijn¹⁹³ en de Verordening Persoonlijke Beschermingsmiddelen¹⁹⁴ zien namelijk ook op producten voor niet-consumenten, namelijk voor personen in het algemeen.¹⁹⁵ Indien deze sectorspecifieke instrumenten op zekere punten lacunes bevatten, kan niet altijd worden teruggegrepen op de RAPV. Aldus ontstaan twee afzonderlijke categorieën van bescherming, namelijk voor producten voor beroepsmatige gebruikers (RAPV niet van toepassing) en voor consumenten (RAPV wel van toepassing), hetgeen niet wenselijk is. De Richtlijn Productaansprakelijkheid is overigens niet tot consumenten beperkt (nr. 176).

In de considerans van de richtlijn staat sub 9 dat hoewel diensten niet onder de RAPV vallen, de producten die in het kader van dienstverlening aan de consument worden verstrekt of aan hem ter beschikking worden gesteld om door hem te worden gebruikt wel onder de RAPV vallen.¹⁹⁶ Producten die door de dienstverlener ter uitvoering van een dienst worden gebruikt en apparatuur waarmee consumenten zich voortbewegen of reizen en die door de dienstverlener bediend wordt, zijn volgens de considerans echter van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten.¹⁹⁷ Overigens heeft de Warenwet als

vanuit gedragswetenschappelijke hoek sterk bekritiseerd. Zie anders DG SANCO, Guidance document on the relationship between the General Product Safety Directive (GPSD) and certain sector directives with provisions on product safety (Directives on Medical Devices, Construction Products, Machinery, Medicinal Products and Motor Vehicles), Second Chapter, November 2005, p. 6.

¹⁹¹ Vgl. ook Howells 1998, p. 121.

¹⁹² Considerans sub 9: *'Diensten vallen niet onder deze richtlijn maar teneinde de beschermingsdoelstellingen te verwezenlijken moeten de bepalingen ervan tevens van toepassing zijn op producten die in het kader van dienstverlening aan consumenten worden verstrekt of ter beschikking gesteld om door hen te worden gebruikt. De veiligheid van de apparatuur die door de dienstverleners zelf wordt gebruikt om een dienst aan de consument te verlenen, valt niet onder deze richtlijn, aangezien deze immers in samenhang met de veiligheid van de verleende dienst moet worden beschouwd. In het bijzonder wordt apparatuur waarmee de consumenten zich voortbewegen of reizen en die door een dienstverlener bediend wordt, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten.'*

Considerans sub 10: *'Producten die uitsluitend voor beroepsmatig gebruik zijn ontworpen, maar later naar de consumentenmarkt zijn overgegaan, moeten aan de eisen van deze richtlijn voldoen, omdat zij wanneer zij onder redelijkerwijs te verwachten omstandigheden worden gebruikt, risico's voor de gezondheid en veiligheid van de consument kunnen opleveren.'*

¹⁹³ Richtlijn 2006/42/EG (Machines).

¹⁹⁴ Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen).

¹⁹⁵ Vb. art. 4 lid 1 Richtlijn 2006/42/EG (Machines).

¹⁹⁶ COM(2008) 905 final - Verslag over de uitvoering van Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 december 2001 inzake algemene productveiligheid, paragraaf 1.2.1 noemt als voorbeelden van deze laatste categorie bijvoorbeeld haardrogers voor gasten in hotelkamers of zonnebanken in solaria.

¹⁹⁷ Voor nadere voorbeelden; Verhoeven 2017, p. 24, mede in relatie tot de Belgische implementatie.

ationale kaderwet een zeer ruim toepassingsbereik door art. 18 Warenwet (zie hierna), zodat daar waar Europese wetgeving ontbreekt bij niet-geharmoniseerde niet-consumentenproducten deels kan worden teruggevallen op deze nationale wet. Het Voorstel Verordening Consumentenproducten (hiervoor) gaat uit van producten waaraan consumenten in het kader van dienstverlening worden blootgesteld, hetgeen ruimer en passender is.¹⁹⁸ Na het PIP-schandaal (nr. 47) is de Richtlijn Medische hulpmiddelen¹⁹⁹ herzien en omgezet in een verordening²⁰⁰ die volgens de Commissie, anders dan voorheen, niet wordt aangevuld door de RAPV.²⁰¹

Het materiële toepassingsbereik van de RAPV en de inhoud van sommige begrippen wijken af van de Richtlijn Productaansprakelijkheid (vgl. nr. 176). Uit de RAPV-productdefinitie volgt dat onroerende zaken niet zijn uitgesloten.²⁰² De Richtlijn Productaansprakelijkheid is echter beperkt tot roerende zaken.²⁰³ Verder wijkt de periode waarin de veiligheid van het product moet worden gewaarborgd onder de RAPV af van de vervalt termijn in de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Onder de RAPV is voornoemde termijn volgens de definitie ‘veilig product’ afhankelijk van de te verwachten gebruiksduur van het product. De vervalt termijn bij productaansprakelijkheid is tien jaar na het in het verkeer brengen van het product.²⁰⁴ Fairgrieve e.a. hebben weleens de suggestie gedaan om het toepassingsbereik van beide instrumenten gelijk te trekken.²⁰⁵ In hoofdstuk 7 adresseer ik waarom beide richtlijnen uitdrukkelijk andere functies vervullen en waarom sommige verschillen in mijn ogen niet bezwaarlijk zijn.

32 Richtsnoeren als middel bij uitleg (*guidance documents*)

Bij de interpretatie van voornoemde instrumenten kunnen zogeheten richtsnoeren (*guidance documents*) van de Commissie worden gebruikt. Opvallend genoeg lijken de verplichtingen als omschreven in het belangrijkste richtsnoer – de Blue Guide – voor marktdeelnemers soms verder te reiken dan zoals ze in het Modelbesluit of de richtlijnen en verordeningen zijn geformuleerd. Richtsnoeren worden niet in art. 288 VWEU genoemd, hebben

¹⁹⁸ Zie ook Howells 2014a, p. 528, onder verwijzing naar COM(2013) 78 final - Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on consumer product safety and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC, onder 6.

¹⁹⁹ Richtlijn 93/42/EEG (Medische hulpmiddelen (oud)).

²⁰⁰ Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen). Zie ook Verordening (EU) 2017/746 (IVDR, herschikking).

²⁰¹ https://ec.europa.eu/info/general-product-safety-directive_en.

²⁰² Fairgrieve e.a. 2016, p. 102 onder verwijzing naar D. van de Gehuchte 2000 (niet kunnen raadplegen).

²⁰³ Weliswaar ook nadat die onderdeel zijn gaan vormen van een onroerende zaak (zie art. 2), doch het gebrek moet terug te voeren zijn op een oorspronkelijk roerende zaak.

²⁰⁴ COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 23. Zoals ook aangehaald door Fairgrieve e.a. 2016, p. 102.

²⁰⁵ Fairgrieve e.a. 2016, p. 108.

geen verbindende kracht²⁰⁶ en kunnen niet aan justitiabelen worden tegengeworpen.²⁰⁷ Op grond van richtsnoeren kan dus niet ten nadele van de burger worden afgeweken van de inhoud van richtlijnen en/of verordeningen. Desalniettemin kan het Hof van Justitie aan de inhoud ervan bij uitleg van het secundair productveiligheidsrecht wel betekenis hechten, aangezien dit bijdraagt aan een eenvormige uitleg van EU-recht.²⁰⁸ Bovendien valt niet uit te sluiten dat burgers positieve rechten aan richtsnoeren zouden kunnen ontlelen in de zin dat lidstaten bij de implementatie en handhaving van EU-recht eraan zijn gebonden op grond van onder meer het rechtszekerheidsbeginsel.²⁰⁹ De Commissie plaatst in richtsnoeren vaak een disclaimer die erop neerkomt dat er geen rechten aan kunnen worden ontleend en dat de tekst van de wetgeving leidend blijft.²¹⁰ De vraag is dus of dat enig effect sorteert.

33 Kwalificatieperikelen en samenloop van verschillende richtlijnen en verordeningen

De toepasselijkheid van een richtlijn of verordening hangt ten eerste af van de daarin gehanteerde definitie van de term product. Wordt een haargroeimiddel

²⁰⁶ Vgl. de aanbevelingen van de Commissie, die weliswaar wel genoemd worden in art. 288 lid 1 VWEU, doch i.c. blijkens het doel, de inhoud en de bewoordingen *‘niet tot doel hebben bindende rechtsgevolgen tot stand te brengen’* en daarom geen *‘voor beroep vatbare handeling’* vormen in de zin van art. 263 VWEU (r.o. 37), maar wel voor uitleg vatbaar zijn (r.o. 41), HvJ EU 20 februari 2018, C-16/16 P, SEW 2018, 7-8 (Koninkrijk België/Europese Commissie).

²⁰⁷ Vgl. HvJ EU 10 september 2015, C-106/14, ECLI:EU:C:2015:576 (*Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), Fédération des magasins de bricolage et de l'aménagement de la maison (FMB)/Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*), r.o. 28 over uitleg van de REACH-verordening, mede onder verwijzing naar HvJ EU 6 september 2012, C-308/11, ECLI:EU:C:2012:548 (*Chemische Fabrik Kreussler & Co. GmbH/Sunstar Deutschland GmbH*), r.o. 23. Vgl. ook Krans 2015, over guidance bij andere consumentenrechtelijke instrumenten.

²⁰⁸ HvJ EU 6 september 2012, C-308/11, ECLI:EU:C:2012:548 (*Chemische Fabrik Kreussler & Co. GmbH/Sunstar Deutschland GmbH*), r.o. 25 en 26 over guidance met betrekking tot het onderscheid cosmeticum of geneesmiddel. Zie voor een beroep op guidance documenten door de Commissie voor de invulling van het begrip *‘elektrisch materiaal’* als gedefinieerd in de laagspanningsrichtlijn dat niet expliciet wordt gevolgd, HvJ EU 13 maart 2014, C-132/13 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV/ILME*), r.o.21 t/m 29.

²⁰⁹ Vgl. de naar ons nationale recht geldende lijn als het gaat om beleidsregels (hoofdstuk 4). Vgl. Van Dam 2017 over een aanbeveling van de Commissie onder de toegangsrichtlijn Richtlijn 2002/19/EG waarover het Hof van Justitie EU aangaf dat hoewel bindende werking in de zin van art. 288 VWEU ontbrak, de aanbeveling in beginsel moest worden gevolgd, en dat een bijzondere motiveringsplicht geldt wanneer van een aanbeveling wordt afgeweken.

²¹⁰ Blue Guide 2016, p. 5: *‘Dit document is uitsluitend bedoeld als leidraad — alleen de tekst van het harmonisatiebesluit van de Unie zelf is rechtsgeldig. In bepaalde gevallen kunnen er verschillen bestaan tussen de bepalingen van een harmonisatiebesluit van de Unie en de inhoud van deze gids. Deze verschillen komen met name voort uit verschillen tussen de bepalingen in de individuele harmonisatiebesluiten van de Unie die in deze gids niet volledig kunnen worden beschreven. De bindende interpretatie van EU-wetgeving is de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie van de Europese Unie. De zienswijzen in deze gids kunnen niet vooruitlopen op de standpunten die de Commissie bij het Hof van Justitie zou kunnen nemen. Noch de Commissie, noch enige persoon die optreedt namens de Commissie is verantwoordelijk voor het eventuele gebruik van de volgende informatie.’*

als cosmeticum of als geneesmiddel gekwalificeerd?²¹¹ Is een tandenbleekmiddel een geneesmiddel of een medisch hulpmiddel?²¹² Is een machinistenlift bij een torenkraan onderworpen aan de Machinerichtlijn, de Liftenrichtlijn of allebei?²¹³ Onduidelijkheid over de kwalificatie en onjuiste kwalificatie van producten zijn belangrijke bronnen van private geschillen, onder andere tussen concurrenten, omdat bij toepassing van een lichter productregime een concurrentievoordeel kan worden behaald.²¹⁴ Voor cosmetica gelden bijvoorbeeld qua ingrediënten strengere eisen dan voor medische hulpmiddelen,²¹⁵ maar voor cosmetica gelden onder omstandigheden minder vergaande certificerings- en documentatieverplichtingen²¹⁶ dan voor sommige medische hulpmiddelen. Voor geneesmiddelen dient een vergunning te worden aangevraagd, voor medische hulpmiddelen niet.

Valt het product onder de productdefinities van meerdere instrumenten, dan bevatten de meeste richtlijnen en verordeningen expliciete samenloopregels, die zien op de meest gebruikelijke samenloopprikelen.²¹⁷ De verhouding tussen sectorspecifieke EU-instrumenten en de RAPV is het meest helder, omdat deze is gebaseerd op het lex specialis-beginsel.²¹⁸ Bevat een specifieke EU-richtlijn bijvoorbeeld geen regeling over *product recall*, dan geldt de lex generalis uit de RAPV. Bevat de specifieke EU-richtlijn een afwijkende regeling van de RAPV, dan gaat de specifieke EU-richtlijn voor.²¹⁹

²¹¹ Een vraag die speelde in de civiele zaken HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706 (*Pharmacia/Cosmétique*) en HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*).

²¹² Een vraag die speelde in de civiele procedure, HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2013:AX1576, *NJ* 2006, 522, *RvdW* 2006, 879, *JOL* 2006, 540, *JGR* 2006, 54, m.nt. Vollebregt (*GSK/Sara Lee*).

²¹³ De liftenrichtlijn is niet van toepassing op liften die zijn verbonden met een machine en die bedoeld zijn voor exclusieve toegang tot de werkplek, art. 1 lid 2 onder i Richtlijn 2014/33/EU (Liften). Blue Guide 2016, p. 23.

²¹⁴ Een bekend voorbeeld is de procedure HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706 (*Pharmacia/Cosmétique*) en HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*) over de kwalificatie van een haargroeimiddel als cosmeticum of geneesmiddel.

²¹⁵ Bijlage 1 bij Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica). Een probleem dat speelde in de zaak HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2013:AX1576, *NJ* 2006, 522, *RvdW* 2006, 879, *JOL* 2006, 540, *JGR* 2006, 54, m.nt. Vollebregt (*GSK/Sara Lee*) over de voorloper van de cosmeticaverordening.

²¹⁶ Bijlage 1, Deel 1 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica) beschrijft wat een productveiligheidsdossier moet bevatten. Deel 2 beschrijft waaruit een productveiligheidsbeoordeling moet bestaan. Deze beoordeling kan volgens art. 10 lid 2 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica) echter plaatsvinden door eenieder met een universitaire opleiding in de farmacie, toxicologie, geneeskunde of soortgelijke studierichting, terwijl voor bepaalde klassen medische hulpmiddelen zwaardere conformiteitbeoordelingsprocedures gelden door aangewezen aangemelde instanties.

²¹⁷ Zie bijvoorbeeld Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica), sub 6 t/m 8.

²¹⁸ Art. 1 lid 2 Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw). Voor de verhouding tussen de RAPV en sectorspecifieke instrumenten bestaat een aparte – verouderde – gids: DG SANCO, Guidance document on the relationship between the General Product Safety Directive (GPSD) and certain sector directives with provisions on product safety (Directives on Medical Devices, Construction Products, Machinery, Medicinal Products and Motor Vehicles), Second Chapter, November 2005.

²¹⁹ Volgens Hodges 2005, p. 255, als overgenomen door Reich 2008, p.86, zou de EC ooit in het eerste guidance document over de verhouding RAPV en andere instrumenten iets anders hebben beweerd (COM(2003) 240

Bij samenloop van verschillende sectorspecifieke instrumenten geldt volgens de Blue Guide²²⁰ als hoofdregel in de meeste sectorspecifieke instrumenten een cumulatie van verplichtingen,²²¹ hetgeen wenselijk is om de hoogst mogelijke veiligheid van producten te kunnen garanderen. Soms is cumulatie echter niet mogelijk omdat de instrumenten inhoudelijk te veel van elkaar verschillen, bijvoorbeeld op het punt van de pre-marketingprocedures, of bij regelgeving uit verschillende pijlers, zoals food, geneesmiddelen, cosmetica en medische hulpmiddelen. In die gevallen heeft de EU-wetgever in de instrumenten regels opgenomen die werken op basis van exclusiviteit. Zo kan een medisch hulpmiddel niet tevens een geneesmiddel, een voedingsmiddel of een cosmeticum zijn, waardoor er een harde grens bestaat tussen de instrumenten.²²² In de praktijk hoeft de grens echter niet zo helder te zijn. Is een tandwitmiddel bijvoorbeeld een cosmeticum of een medisch hulpmiddel?²²³ Aangezien alleen de Geneesmiddelenrichtlijn expliciete voorrangregels kent, dient in alle andere gevallen een keuze te worden gemaakt. Wordt het product gekwalificeerd als medisch hulpmiddel, dan zijn de gesloten producteisen uit de Cosmeticaverordening, die soms strenger zijn, in beginsel niet van toepassing. Een fijnmaziger systeem, waarbij op onderdelen van instrumenten verschillende samenloopregels gelden, bijvoorbeeld cumulatie op het punt van de producteisen en exclusiviteit voor wat betreft de markttoegangsprocedure, zou dit probleem kunnen wegnemen. Dat brengt uiteraard wel het risico met zich dat de wetgeving nog ondoorzichtiger wordt.

Veruit de meeste kwalificatiegeschillen die het Hof van Justitie EU hebben gehaald, zien op al dan niet toepasselijkheid van de Richtlijn Geneesmiddelen in verhouding tot andere instrumenten.²²⁴ Uit de *Lyocenter*-zaak over de

def., paragraaf 2.5.5), doch dit lijkt een onjuiste lezing van dat document. Zie later voornoemde aanvullende gids uit 2005, onder paragraaf 4.1.2.

²²⁰ Blue Guide 2016, paragraaf 2.6.

²²¹ Soms worden vereisten uit een andere richtlijn integraal in een instrument overgenomen. Zie bijvoorbeeld considerans sub 16 van Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen), waaruit volgt dat Richtlijn Elektromagnetische compatibiliteit (Richtlijn 2014/30/EU) erin is geïncorporeerd.

²²² Zie o.a. considerans sub 7 en art. 1 lid 6 a t/m i van de Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen). Vandaar dat ook wel wordt gesproken van verschillende pijlers van productveiligheidsrecht.

²²³ Een probleem dat o.a. speelde in de zaak HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2013:AX1576, *NJ* 2006, 522, *RvdW* 2006, 879, *JOL* 2006, 540, *JGR* 2006, 54, m.nt. Vollebregt (*GSK/Sara Lee*). Dit probleem lijkt niet te zijn verholpen met art. 1 van de nieuwe Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen).

²²⁴ Zie de definitie van geneesmiddel, art. 1 lid 2 Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek), met sub a het aandieningscriterium en sub b het toedieningscriterium. Het bestempelen als geneesmiddel prevaleert in beginsel ex artikel 2 lid 2 Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek), als ook aangehaald door Lisman & Vollebregt 2013, hetgeen ook volgt uit de oudere zaken: HvJ EG 30 november 1983, 227/82 (*Leendert van Bennekom*), r.o. 18 en 19 over de kwalificatie als geneesmiddel of levensmiddel; HvJ EG 16 april 1991, 112/89, ECLI:NL:XX:1991:AD1379, *NJ* 1992/674 (*Upjohn/Farzo*), r.o. 30 over de kwalificatie als cosmeticum of geneesmiddel; HvJ EG 20 mei 1992, C-290/90 (*Commissie/Duitsland, ooglotion*), r.o. 18 over een Franse ooglotion die door Duitsland werd beschouwd als geneesmiddel. Joerges 1997, p. 310 en 311; Hodges 2005, p. 30. De regel kent nuances nu kwalificatie dient te worden gebaseerd op een individuele wetenschappelijke beoordeling van ieder product waarbij onder het aandieningscriterium de farmacologische, immunologische of metabolische werking van het geneesmiddel moet worden aangetoond, HvJ EG 15 januari 2009, C-140/07 *JGR* 2009, 1 (*Hecht-Pharma GmbH/Staatliches Gewerbaufsichtsamt Lüneburg*), r.o. 26. Het enkele feit dat een

verhouding tussen geneesmiddelen en medische hulpmiddelen volgt dat verschillen in de kwalificatie door nationale autoriteiten niet kunnen worden uitgesloten, aangezien de risico-evaluatie niet altijd op dezelfde informatie hoeft te berusten.²²⁵ Beslissingen van vergunningverlenende of handhavingsautoriteiten over kwalificatie of handhaving worden dus niet automatisch in andere landen erkend en/of gevolgd.²²⁶ Het is de rechter die in laatste instantie over de toepasselijkheid van regelgeving en kwalificatie van een product beslist.²²⁷

Rijst de kwalificatievraag in een bestuursrechtelijke procedure naar aanleiding van een besluit van een toezichthouder, dan dient de rechter tot op zekere hoogte rekening te houden met de beoordelings- en beleidsruimte van het bestuursorgaan.²²⁸ Rijst een vraag over kwalificatie in een civielrechtelijke procedure, dan zal een rechter de feitelijke eigenschappen van het product aan het toepasselijke productcriterium moeten toetsen, waartoe hij vaak (mede) een deskundigenbericht zal moeten gelasten.²²⁹ Over de uitleg van de richtlijn (en dus niet de feitelijke toepassing ervan(!)) kan de nationale rechter de hulp inroepen van het Hof van Justitie met behulp van art. 267 VWEU. Gaat het om de rechter in laatste instantie, dan is hij daar in beginsel toe gehouden (nr. 92).²³⁰ De uiteindelijke beslissing over kwalificatie door de nationale civiele rechter is slechts bindend tussen partijen.²³¹ Aldus circuleren producten binnen Europa onder verschillende noemers.²³²

Met de nieuwe Verordening Medische hulpmiddelen is de mogelijkheid voor de Commissie ingevoerd om op eigen initiatief, dan wel op verzoek van de

product gezondheidsrisico's met zich brengt is geen gegeven dat erop kan wijzen dat het product farmacologische werking bezit, HvJ EG 30 april 2009, C-27/08 ECLI:EU:C:2009:278 (*BIOS Naturprodukte/Saarland*), r.o. 25 t/m 27 en HvJ EG 15 november 2007, C-319/05 (*Commissie/Duitsland, Knoflookcapsules*), r.o. 69. Zie voor een nadere uitwerking van farmacologische effect ook HvJ EU 6 september 2012, C-308/11, ECLI:EU:C:2012:548 (*Chemische Fabrik Kreussler & Co. GmbH/Sunstar Deutschland GmbH*), r.o. 36.

²²⁵ HvJ EU 3 oktober 2013, C-109/12 (*Laboratoires Lyocentre*), r.o. 46 en 47, zie ook Concl. A-G. Asymmetrieën in wetenschappelijke informatie, nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen en uiteenlopende beoordelingen van risico's voor de menselijke gezondheid en het gewenste beschermingsniveau, verklaren volgens het hof en de A-G waarom beslissingen van autoriteiten in verschillende landen uiteen kunnen lopen. Lisman & Vollebregt 2013, p. 60 merken terecht kritisch op dat het Hof voor dit punt wel erg oude rechtspraak aanhaalt en de harmonisatie inmiddels zich verder heeft voltrokken

²²⁶ Zie voor een ander voorbeeld ook Hof Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1520, r.o. 3.11 over de kwalificatie van een koortslipcrème.

²²⁷ Eerder was dat al op nationaal niveau uitgemaakt in de zaak, HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2013:AX1576, *NJ* 2006, 522, *RvdW* 2006, 879, *JOL* 2006, 540, *JGR* 2006, 54, m.nt. Vollebregt (*GSK/Sara Lee*), r.o. 3.4.2, zoals ook aangehaald door Lisman & Vollebregt 2013, p. 60.

²²⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1175, *JGR* 2018/2, m.nt. Later-Nijland, r.o. 5.2 inzake een beroep tegen een boetebesluit voor het zonder vergunning in de handel brengen van een tandpasta die IGZ als geneesmiddel kwalificeerde.

²²⁹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1286 en Hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3060.

²³⁰ Behoudens een *acte claire* of *acte éclairé*. HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT e.a.*).

²³¹ Met toepassing van het reguliere IPR, nl. de Europese litispendingie-, erkennings- en tenuitvoerleggingsregels uit de Brussel Ibis-vo. Autoriteiten en andere derden die geen partij zijn bij de procedure zijn niet aan het vonnis gebonden.

²³² Lisman & Vollebregt 2013, p. 61, alsmede op basis van kennis uit eigen praktijkervaring.

lidstaat, kwalificatiebeslissingen te nemen over producten of categorieën van producten ter bepaling of deze al dan niet onder die verordening vallen.²³³ Met deze verordening is ook in aanpassing van de Cosmeticaverordening voorzien.²³⁴ Nu cosmetica²³⁵ en medische hulpmiddelen²³⁶ thans actief moeten worden geregistreerd (ook hulpmiddelen van de lichtste risicocategorie, zogeheten klasse 1-hulpmiddelen), zullen verschillen in kwalificatie sneller aan het licht komen. Bij kwalificatiegeschillen die niet zien op deze instrumenten blijft voornoemd probleem bestaan.

34 Toepassingseis: in de handel brengen (*placing on the market*) en op de markt brengen (*making available on the market*)

Volgens artikel 3 lid 1 RAPV zijn producenten ‘gehouden alleen veilige producten op de markt te brengen’. ‘Op de markt brengen’ is daar niet nader gedefinieerd.²³⁷ In richtlijnen en verordeningen die zijn herzien overeenkomstig het Modelbesluit is het aangrijppunt voor de toepasselijkheid van sectorspecifieke producteisen het ‘in de handel brengen’ van een product.²³⁸ Het in de handel brengen is – aldus het Modelbesluit – het ‘voor het eerst op de markt aanbieden van een product’.²³⁹ In de handel brengen kunnen derhalve alleen producenten c.q. fabrikanten en importeurs.²⁴⁰ Het ‘op de markt aanbieden’ is vervolgens het in het kader van een handelsactiviteit, al dan niet tegen betaling, verstrekken van een product met het oog op distributie, consumptie of gebruik op de communautaire markt.²⁴¹ Op de markt aanbieden (na de eerste keer, want anders is het immers in de handel brengen) vindt ook door distributeurs plaats.

In de Blue Guide 2016 licht de Commissie toe wat onder in de handel brengen wordt verstaan:

‘Van het in de handel brengen van een product is alleen dan sprake als er na afloop van het fabricagestadium een aanbod of een (schriftelijke of mondelinge) overeenkomst is tussen twee of meer natuurlijke of rechtspersonen voor de overdracht van eigendom, bezit of enig ander

²³³ Considerans sub 8 en art. 4 van Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen).

²³⁴ Art. 119 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) ter toevoeging van art. 2 lid 4 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica). De te volgen procedure de comitologieprocedure als genoemd in art. 32 van de Cosmeticaverordening.

²³⁵ Art. 13 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica).

²³⁶ Art. 27 e.v. Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen).

²³⁷ Overweging 9 van de considerans van de RAPV vermeldt wel: ‘Diensten vallen niet onder deze richtlijn maar teneinde de beschermingsdoelstellingen te verwezenlijken moeten de bepalingen ervan tevens van toepassing zijn op producten die in het kader van dienstverlening aan consumenten worden verstrekt of ter beschikking gesteld om door hen te worden gebruikt. De veiligheid van de apparatuur die door de dienstverleners zelf wordt gebruikt om een dienst aan de consument te verlenen, valt niet onder deze richtlijn, aangezien deze immers in samenhang met de veiligheid van de verleende dienst moet worden beschouwd. In het bijzonder wordt apparatuur waarmee de consumenten zich voortbewegen of reizen en die door een dienstverlener bediend wordt, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten.’

²³⁸ Art. R1 lid 2 jo. art. R2 lid 1 van Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

²³⁹ Art. R1 lid 2 Modelbesluit.

²⁴⁰ Blue Guide 2016, paragraaf 2.3.

²⁴¹ Art. R1 lid 1 Modelbesluit.

eigendomsrecht met betrekking tot dat product. Deze overdracht kan tegen betaling zijn of gratis. Er hoeft geen fysieke overdracht van het product te zijn.²⁴²

Het is ongelukkig dat de Commissie hier goederenrechtelijke begrippen als eigendom en bezit gebruikt. Voor de hand ligt dat een product dat wordt verhuurd of op andere wijze feitelijk aan het publiek ter beschikking wordt gesteld, ook in de handel wordt gebracht (zie hierna). Het enkele fabriceren in strijd met EU-productveiligheidsnormen acht de Commissie niet verboden, noch de enkele invoer van producten die niet aan de normen voldoen.²⁴³ Verderop in de Blue guide staat dat het enkel aanbieden van producten via *online sales* 'gericht op' de Europese markt reeds in de handel brengen is, hetgeen is overgenomen in de nieuwe Markttoezichtverordening.²⁴⁴ De Verordening sluit voor het 'richten op' aan bij de rechtspraak van het Hof onder het IPR, het Europese merkenrecht en de E-commercerichtlijn.²⁴⁵ Art. 6 van de nieuwe Verordening Medische hulpmiddelen bepaalt dat een hulpmiddel dat door middel van diensten van de informatiemaatschappij²⁴⁶ aan een in de Unie gevestigde natuurlijke of rechtspersoon wordt aangeboden, moet voldoen aan die verordening.²⁴⁷ Uit het oogpunt van consumentenbescherming en markttoezicht is dit wenselijk, omdat dan al eerder tegen onveilige producten van buiten de EU kan worden opgetreden.

²⁴² Blue guide 2016, paragraaf 2.6.

²⁴³ Blue guide 2016, paragraaf 2.1, noot 39: *'De fabricage van producten die voldoen aan de eisen van een land buiten de EU is krachtens de harmonisatiewetgeving van de Unie niet verboden, op voorwaarde dat deze producten niet in de handel worden gebracht of in gebruik worden genomen in de interne markt. De invoer van producten die niet voldoen aan de eisen van de desbetreffende harmonisatiewetgeving is krachtens de harmonisatiewetgeving van de Unie niet verboden op voorwaarde dat deze producten niet bestemd zijn om in de handel te worden gebracht of in gebruik te worden genomen in de interne markt (maar bijvoorbeeld in de interne markt worden geraffineerd/verwerkt/ingebouwd) maar bestemd zijn om naar landen buiten de EER te worden uitgevoerd.'*

²⁴⁴ Art. 6 Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

²⁴⁵ Zie voor het merkenrecht en e-commerce, HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474

(*L'Oreal/Ebay*), zie Blue Guide 2016, paragraaf 2.3 onder noot 61. Zie later ook Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017,C 250/01), paragraaf 1.2 onder b: *'Deze beoordeling [of sprake is van 'in de handel brengen'] moet per geval gebeuren door na te gaan of uit de website van de verkoper en zijn totale online activiteit op te maken valt of hij van plan is producten aan consumenten of andere eindgebruikers in de lidstaten te slijten. Hierbij kunnen de volgende aspecten worden overwogen: het internationale karakter van de activiteit, het gebruik van een taal en valuta (bijvoorbeeld de euro) van de lidstaten, een in één van de lidstaten geregistreerde domeinnaam, geografische gebieden waar aflevering mogelijk is (34). Indien een onlinemarktdeelnemer levert op adressen binnen de EU, in de EU gebruikte valuta's van consumenten of andere eindgebruikers binnen de EU aanvaardt als betaling voor het product en een EU-taal gebruikt, richt de marktdeelnemer zijn activiteiten op consumenten of andere eindgebruikers binnen de EU.'* Zie ook de considerans onder 15, Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten). Deze gezichtspunten stammen uit voornoemd arrest, alsmede HvJ EU 7 december 2010, C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08), Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller (C-144/09)*) over de bijzondere bevoegdheidsregels onder de oude EEX-verordening, thans vervangen door de Brussel Ibis Vo. Zie later ook: HvJ EU 6 september 2012, C-190/11, *TvC* 2013, afl. 3, p. 145-148, m.nt. R.R.M. de Moor (*Mühlleitner*) en HvJ EU 17 oktober 2013, C-218/12, *TvC* 2015, afl. 1, p. 37-39 en 41-43, m.nt. R.R.M. de Moor (*Emrek/Sabranovic*).

²⁴⁶ Zoals omschreven in artikel 1 lid 1, sub b van Richtlijn (EU) 2015/1535.

²⁴⁷ Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen).

Te denken valt aan het uit de lucht halen van websites zonder dat het product fysiek de markt reeds heeft bereikt of het tegenhouden van goederen door de douane aan de buitengrenzen van het EU-grondgebied.²⁴⁸ Bij bepaalde ernstige risico's kan door de douane geheel aan het 'in de handel brengen' worden voorbijgegaan op grond van vergaande bevoegdheden van nationale douaneautoriteiten uit het Europese douanewetboek.²⁴⁹

'In het verkeer brengen' onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid (nr. 176) is anders dan 'in de handel brengen' onder het productveiligheidsrecht. De rol van beide criteria en het doel en beschermingsbereik van beide regelingen verschilt. 'In verkeer brengen' is als criterium relevant voor de bevrijdende verweren voor de producent onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid (art. 7 aanhef en sub a, b en e) en als startpunt voor de daaronder geldende vervaltermijn, alsmede een gezichtspunt voor gebrekkigheid (art. 6 onder c en in relatie tot art. 6 lid 2). Het 'in de handel brengen' vormt onder het productveiligheidsrecht het criterium voor de toepasselijkheid ervan als grond voor publiekrechtelijke handhaving alsmede voor de start van de bewaartermijn van de onder het productveiligheidsrecht geldende documentatieverplichtingen (nr. 46). Gezien de door de Commissie gehanteerde uitleg kan het product al 'in de handel zijn gebracht' (bijvoorbeeld omdat er gericht op de Europese markt over wordt geadverteerd; denk aan nieuwe modellen van telefoons) voordat het 'in het verkeer' is gebracht in de zin van de vervaltermijn onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid. De

²⁴⁸ Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017/C 250/01), p. 15. Of een bevoegdheid tot het uit de lucht halen van websites bestaat, hangt nu nog af van het nationale recht. In de toekomst schept art. 14 lid 4 onder k Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten) bevoegdheid hiertoe. Voor wat betreft het fysiek tegenhouden van goederen merkte het Hof van Justitie EU in het kader van de Anti-Piraterijverordening ten overvloede over goederen in transit op: *'Met betrekking tot – ten tweede – het gevaar voor de gezondheid en de veiligheid van de consumenten dat imitaties en kopieën soms kunnen inhouden, blijkt uit het dossier en uit punt 2 van de considerans van verordening nr. 1383/2003 [lees: De Anti-piraterijverordening] dat heel wat documentatie over dit gevaar bestaat en de Uniewetgever het bestaan van dit gevaar heeft erkend. Zoals met name Nokia en de Portugese regering hebben opgemerkt, kan overigens uit voorzorg worden gepleit voor onmiddellijke inbeslagname van goederen die een dergelijk gevaar inhouden, ongeacht de douaneregeling waaronder zij zijn geplaatst. De vraag of de voor productie en distributie van deze goederen verantwoordelijke ondernemingen deze goederen voor consumenten in de Unie dan wel voor consumenten in derde landen bestemmen, is in deze context irrelevant.'* HvJ EU 1 december 2011, gevoegde zaken C-446/09 (*Koninklijke Philips Electronics N.V./Lucheng Meijing Industrial Company c.s.*) en C-495/09 (*Nokia Corporations/Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*), ECLI:EU:C:2011:796, r.o. 76. Zie ook art. 29 Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht) en art. 25 t/m 28 Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten)

²⁴⁹ Zie onder meer art. 5 lid 7 sub c, art. 46 en 50 Regulation (EU) No 952/2013 (Union Customs Code). Zie voorts COM(2017) 795 final - Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules and procedures for compliance with and enforcement of Union harmonisation legislation on products and amending Regulations (EU) No 305/2011, (EU) No 528/2012, (EU) 2016/424, (EU) 2016/425, (EU) 2016/426 and (EU) 2017/1369 of the European Parliament and of the Council, and Directives 2004/42/EC, 2009/48/EC, 2010/35/EU, 2013/29/EU, 2013/53/EU, 2014/28/EU, 2014/29/EU, 2014/30/EU, 2014/31/EU, 2014/32/EU, 2014/33/EU, 2014/34/EU, 2014/35/EU, 2014/53/EU, 2014/68/EU and 2014/90/EU of the European Parliament and of the Council, hoofdstuk VII, waarin maatregelen zijn vervat om de coördinatie tussen nationale toezichthouders en de douanetoezichthouders te verbeteren, zodat meer producten aan de grens kunnen worden tegengehouden.

documentatieverplichtingen onder het productveiligheidsrecht gelden tot tien jaar na het ‘in de handel brengen’ van het laatste product.²⁵⁰ Voor de producent kan het dus van belang zijn de documentatie langer dan deze termijn beschikbaar te houden voor het verweer tegen eventueel nog niet vervallen productaansprakelijkheidsclaims.

In de handel brengen moet eveneens worden onderscheiden van ‘in het vrije verkeer brengen’ conform het Europese douanewetboek.²⁵¹ Het moment van ‘in de handel brengen’ kan eerder dan wel later dan het ‘in het vrije verkeer brengen’ liggen.²⁵² Het moment van ‘in de handel brengen’ (eerste keer op de markt aanbieden) bepaalt volgens de Commissie welke productveiligheidswetgeving op het product van toepassing is. Wordt het product daarna verder verhandeld, dan blijft het moment van in de handel brengen het ijkpunt en mogen in beginsel geen additionele eisen worden gesteld.²⁵³

Sommige instrumenten, zoals de Machinerichtlijn, gebruiken niet alleen in de handel brengen, maar ook de ingebruikneming c.q. inbedrijfstelling als aangrijpmoment voor toepasselijkheid van de richtlijn, om ervoor te zorgen dat machines die zijn ontwikkeld voor eigen gebruik toch onder de richtlijn vallen.²⁵⁴

35 Territoriaal toepassingsbereik

In de Blue Guide bevestigt de Commissie dat onder het sectorspecifieke productveiligheidsrecht geen onderscheid wordt gemaakt tussen fabrikanten buiten en binnen de EU,²⁵⁵ hetgeen impliceert dat indien een product van buiten de EU ‘in de handel’ wordt gebracht op de communautaire markt de

²⁵⁰ Dit is de hoofdregel, behoudens uitzonderingen in de specifieke instrumenten, Blue Guide 2016, p. 30 en noot 101.

²⁵¹ ‘In het vrije verkeer brengen’ is gedefinieerd in art. 201 van Regulation (EU) No 952/2013 (Union Customs Code).

²⁵² Blue Guide 2016, paragraaf 2.6. In de Blue Guide 2016 staat in paragraaf 2.3 echter – samengevat – dat goederen *in transit* niet aan het Europese productveiligheidsrecht hoeven te voldoen, hetgeen zich slecht verhoudt tot eerdere opmerking dat het ‘in de handel brengen’ moet worden onderscheiden van het ‘in het vrije verkeer brengen’. De opmerking over transit-goederen stemt bovendien niet geheel overeen met de hiervoor weergegeven overweging ten overvloede van het Hof van Justitie EU in de gevoegde zaken *Philips c.s.* en *Nokia c.s.*, HvJ EU 1 december 2011, gevoegde zaken C-446/09 (*Koninklijke Philips Electronics N.V./Lucheng Meijing Industrial Company c.s.*) en C-495/09 (*Nokia Corporations/Her Majesty’s Commissioners of Revenue and Customs*), ECLI:EU:C:2011:796, r.o. 76 en 77. De toezichthouder kan bij het niet-naleven van productveiligheidsrecht het in het verkeer brengen weigeren o.g.v. o.a. art. 29 lid 2, tweede alinea, Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht). Bij zeer gevaarlijke producten kunnen op grond van het douanewetboek zelfs transit-goederen worden tegengehouden. Het productveiligheidsrecht en douanerecht loopt hier dus uiteen met het IE-recht en dat lijkt mij in het licht van het veiligheidsdoel (t.o.v. slechts economische belangen die in bijv. het octrooi- en merkenrecht centraal staan) terecht.

²⁵³ Blue Guide 2016, paragraaf 2.3.

²⁵⁴ Zie uitgebreid paragraaf 2.5 voor een overzicht van de instrumenten. Vb. ‘In de handel brengen’, art. 2 aanhef en onder h, ‘inbedrijfstelling’, art. 2 aanhef en onder k Richtlijn 2006/42/EG (Machines). In dezelfde paragraaf in de Blue Guide 2016 staat opgemerkt dat de werkgever, indien hij een machine in gebruik neemt voor gebruik door zijn werknemer, eindgebruiker is. Dit geldt mijns inziens alleen indien hij niet (tevens) fabrikant is.

²⁵⁵ Blue Guide 2016, p. 28 (NL).

niet-EU-fabrikant aan dezelfde eisen dient te voldoen. In de praktijk zullen de mogelijkheden voor publiekrechtelijke toezichthouders tot toezicht en handhaving jegens niet-EU-fabrikanten echter beperkt zijn in het licht van het territorialiteitsbeginsel (zie nader 2.5).²⁵⁶ Vandaar dat – vgl. het productaansprakelijkheidsrecht – de importeur eveneens met stevige verplichtingen is belast.

EU-productveiligheidsrecht is vanzelfsprekend van toepassing op het grondgebied van de EU, maar kan ook van toepassing zijn in landen buiten de EU via de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER/EVA),²⁵⁷ douaneunieovereenkomsten²⁵⁸ en associatieverdragen.²⁵⁹ Daarnaast bestaan een groot aantal *Mutual Recognition Agreements (MRA's)*, vaak mede gesloten in het kader van handelsverdragen, die maken dat producten uit die landen gemakkelijker reeds in het buitenland kunnen worden gecertificeerd en op de communautaire markt kunnen worden toegelaten.²⁶⁰ Het voert te ver om deze verdragen hier te bespreken, maar het feit dat een dergelijk verdrag is gesloten en dat door private partijen van de daarin getroffen voorzieningen gebruik kan worden gemaakt, kan een relevante omstandigheid zijn ter beantwoording van de vraag of partijen bij een internationale overeenkomst erop mochten vertrouwen dat een product voldoet aan Europese productnormen (zie nr. 159 voor een voorbeeld onder het Weens koopverdrag).

2.3 TOTSTANDKOMING VAN EUROPESE PRODUCTNORMEN, HUN INHOUD EN HET HARMONISATIENIVEAU

36 Algemeen

In deze paragraaf zullen de totstandkoming van Europese productnormen, hun inhoud en het harmonisatieniveau worden behandeld. Zoals in de inleiding is opgemerkt (nr. 3) en in hoofdstuk 5 en verder zal worden uitgewerkt, is de heersende leer in de doctrine dat publiekrechtelijke veiligheidsnormen in bepaalde privaatrechtelijke verhoudingen als minimumnormen fungeren, omdat publiekrechtelijke regelgeving soms kan uitblijven, kan achterlopen of onvolledig kan zijn, wat ook bekendstaat als *regulatory failure*. Regelgeving kan onjuist of onvolledig zijn, bijvoorbeeld vanwege een informatieachterstand van de wetgever, de lange doorlooptijd van het wetgevingsproces, door lobby –

²⁵⁶ Territorialiteit is een grote uitdaging in de strijd voor productveiligheid gezien de internationale internethandel en globalisering, vgl. Arts e.a. 2019, p. 3 e.v.

²⁵⁷ IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

²⁵⁸ Monaco, San Marino en Andorra.

²⁵⁹ Turkije is vooralsnog geen officieel lid van de Unie, maar daarmee gelden vergaande wederzijdse afspraken m.b.t. de interne markt. Blue Guide 2016, p. 24-27.

²⁶⁰ Zoals met Australië, Zwitserland, Israël, Japan, Canada, Nieuw-Zeeland en de VS; https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/international-aspects/mutual-recognition-agreements_nl. Zwitserland heeft met nationale wetgeving zowel de Richtlijn Productaansprakelijkheid als Europese productveiligheidsregelgeving overgenomen zonder dat zij zijn onderworpen aan de jurisdictie van het Hof van Justitie EU. Producten met CE-markering worden in Zwitserland toegelaten en producten binnen Zwitserland dienen aan de Europese productveiligheidsregelgeving voldoen. Zwitserse ingezetenen kunnen Zwitserse producenten dus onder vergelijkbare voorwaarden aansprakelijk stellen.

indien te veel tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de industrie (*capture*) – en door het al dan niet bestaan van politieke interesse, hetgeen normstelling kan vertragen of juist versnellen.²⁶¹ Vanuit privaatrechtelijk perspectief mag op grond van het ongeschreven recht van producenten over het algemeen meer kennis over risico's worden verwacht, waardoor het enkel in acht nemen van de Europese productnormen niet altijd volstaat (hoofdstuk 5 en verder). Het privaatrechtelijke kader dwingt partijen en de rechter dus soms verder te kijken dan deze productnormen en de daarmee samenhangende geschreven plichten. Om deze reden zal kort iets worden gezegd over de totstandkoming van Europese productnormen (hier met name de producteisen). Daarbij zal worden ingegaan op de bevoegdheid tot harmonisatie, alsmede de beginselen die de harmonisatie beheersen en die de keuze van de Europese wetgever voor gesloten producteisen dan wel voor essentiële eisen met geharmoniseerde normen beïnvloeden. Ook wordt inzicht gegeven in de informatie op basis waarvan de Europese wetgever al dan niet tot normstelling overgaat, die mede relevant is om te bepalen hoeveel gewicht aan een Europese productnorm moet toekomen bij privaatrechtelijke normstelling.

37 Harmonisatiegrondslag, subsidiariteit, evenredigheid, risicoanalyse en -management

De Unie kan slechts optreden voor zover daartoe een specifiek in het verdrag aan haar toegekende bevoegdheid bestaat (art. 5 lid 2 Verdrag EU, het beginsel van bevoegdheidstoedeling, *the principle of conferral*, ook wel *the principle of attributed competence* genoemd).²⁶² De instelling en werking van de interne markt vormt de belangrijkste grondslag voor de Europese wetgever ter harmonisering van het productveiligheidsrecht (art. 26 jo. art. 114 VWEU).²⁶³ De interne markt is een gedeelde bevoegdheid op grond van art. 4

²⁶¹ Zie bijv. Faure 2014, p. 692, onder verwijzing naar Maloney & McCormick, p. 198 en Ogus 1994, p. 57, en op p. 693 onder verwijzing naar Burrows 1999 en Kolstad e.a. 1990. Zie ook Cane 2002, p. 305, 312, en 320-322, zoals ook aangehaald door Jong 2018, p. 6, alsmede Ogus 2007, p. 380. Als belangrijkste voorbeeld van uitblijven van regelgeving wordt vaak de asbestjurisprudentie genoemd. Zie in Nederland bijvoorbeeld HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, *NJ* 1999/638, (*Cijsouw II*), r.o. 3.3.2 en 3.3.3 en HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, *RvdW* 2005/4, (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.7 en 3.8.

²⁶² Craig & De Búrca 2015, p. 73 e.v.

²⁶³ Voorheen art. 14 jo. 95 EG-verdrag, Weatherill 2006, p. 137. Dat deze bevoegdheid strikt moet worden uitgelegd en niet mag worden gebruikt om harmonisatie buiten interne marktdoeleinden te bewerkstelligen, volgt uit de bekende *Tobacco Advertising*-uitspraak, HvJ EG 5 oktober 2000, C-376/98 (*Tobacco Advertising I*). Zie ook HvJ EG 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449 (*Alliance for Natural Health*). Zie ook Purnhagen 2014, p. 194 en 202, die ingaat op art. 5 lid 1 en 2 VWEU in relatie tot verdere systematisering van het productveiligheidsrecht. Hodges wijst erop dat van met name de post-marketingverplichtingen betwijfeld kan worden of deze de legitimiteitstoets onder art. 95 EG Verdrag (oud), (thans art. 114 VWEU) als noodzakelijke maatregelen voor de totstandbrenging van de interne markt zouden kunnen doorstaan, zie Hodges 2005, p. 30. Afgezien van *de Tobacco Advertising* heeft het productveiligheidsrecht deze toets vooralsnog altijd doorstaan, aldus Hodges (p. 29 en 37). Voor de privaatrechtelijke component van het productenrecht – de Richtlijn Productaansprakelijkheid – werd de legitimiteit op vergelijkbare wijze in twijfel getrokken. Deze Richtlijn is op grond van art. 115 VWEU met eenparigheid van stemmen vastgesteld. Hodges pleit voor het productveiligheidsrecht voor een betere grondslag op grond waarvan tot eenduidiger wetgeving kan worden overgegaan, Hodges 2005, p. 37.

lid 2 sub a) VWEU, hetgeen inhoudt dat de lidstaten hun bevoegdheid kunnen uitoefenen voor zover de Unie haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend (art. 2 lid 2 VWEU).²⁶⁴ De EU-wetgever mag bij niet-exclusieve bevoegdheden slechts tot harmonisatie overgaan voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt (het subsidiariteitsbeginsel, *subsidiarity*, art. 5 lid 1 en 3 VEU). De EU-wetgever mag voorts niet verder optreden dan noodzakelijk om de in het verdrag bepaalde doelstellingen te verwezenlijken (het evenredigheidsbeginsel, *proportionality*, art. 5 lid 1 en 4 VEU).²⁶⁵ De doelstellingen van Europees productveiligheidsrecht – o.a. veiligheid, volksgezondheid, consumentenbescherming en eerlijke mededinging – komen in hoofdstuk 3 nader aan de orde.

Op grond van art. 5 van het tweede protocol bij het EU-verdrag dient de Commissie in nieuwe wetgevingsvoorstellen te verantwoorden op welke wijze de maatregelen gerechtvaardigd zijn gelet op de daarmee na te streven doelen in het licht van de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit. Mede onder invloed van nationale druk van de lidstaten en de groeiende kritiek op de Unie ontstond de laatste jaren steeds meer aandacht voor deze beginselen en betere regulering in de Unie,²⁶⁶ met als hoogtepunt de door eurocommissaris Frans Timmermans geïntroduceerde *Better regulation package* in 2015. Onderdeel van dit pakket waren onder andere een inter-institutioneel akkoord voor betere regulering, een programma voor gezonde en resultaatgerichte regelgeving (REFIT), *better regulation guidelines*²⁶⁷ alsmede een *better regulation toolbox*.²⁶⁸ Een van de onderdelen van deze toolbox is een *risk-assessment* en *-management tool* (TOOL #15) om te benadrukken dat risicoanalyse- en -managementtechnieken moeten worden gebruikt bij het

²⁶⁴ De toegekende bevoegdheden kunnen exclusief (art. 3 VWEU), gedeeld (art. 4 VWEU) of ondersteunend zijn (art. 6 VWEU). Hoewel consumentenbescherming mede een doel is van productveiligheidsrecht vormt art. 169 lid 2 sub b VWEU, zijnde een ondersteunende bevoegdheid, niet de grondslag voor harmonisatie, Vgl. Hodges 2005, p. 33 en 34. De nieuwe Verordening Medische hulpmiddelen is, ondanks een andere grondslag, toch gesteund op een gedeelde bevoegdheid namelijk art. 6 sub a VWEU in samenhang met art. 168 lid 4 sub c VWEU. Voor volksgezondheidsmaatregelen sec geldt een ondersteunende bevoegdheid; gezondheidsbeleid dat niet de interne markt betreft, valt primair onder de bevoegdheid van de lidstaten. Maatregelen van de Unie zijn slechts complementair. Anders dan voorheen ziet men echter in art. 168 lid 4 sub c VWEU dat ‘maatregelen waarbij hoge kwaliteits- en veiligheidseisen worden gesteld aan geneesmiddelen en medische hulpmiddelen’ gelden als gemeenschappelijke veiligheidskwesties ter zake waarvan de EU wel een gedeelde bevoegdheid heeft ex art. 4 lid 2 VWEU. Aldus is voor deze gezondheidsregulering in afwijking van de hoofdregel toch een gedeelde bevoegdheid gecreëerd. COM(2012) 542 final - Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende medische hulpmiddelen en tot wijziging van Richtlijn 2001/83/EG, Verordening (EG) nr. 178/2002 en Verordening (EG) nr. 1223/2009, p. 13.

²⁶⁵ Vgl. o.a. HvJ EG 14 december 2004, C-210/03 (*Swedish Match*).

²⁶⁶ Interinstitutioneel akkoord „Beter wetgeven” (2003/C 321/01). Zie voor academische kritiek op het gebrek aan gebruik van risicoanalyse- en -managementtechnieken bij het maken van productveiligheidsrecht, Hodges 2005, p. 224 en conclusies.

²⁶⁷ SWD(2015) 111 final - Better Regulation Guidelines

²⁶⁸ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_2.pdf.

maken van al het EU-beleid.²⁶⁹ Het beter gebruiken van wetenschappelijke kennis als basis bij het maken van EU-beleid was zeker niet nieuw en al ingezet in de jaren 90.²⁷⁰ In de jaren daarna werden bovendien allerlei Europese initiatieven ontplooid om risicoanalyse- en -managementtechnieken vergaand toe te passen bij het wetgevingsbeleid, doch de wijze waarop dat gebeurde, verschilde sterk per productgebied (food, non-food, geneesmiddelen, chemicaliën et cetera).²⁷¹ Met behulp van risicoanalyse- en -managementmethodes kan de fase van evaluatie van wetenschappelijke kennis (de risicoanalyse) worden gescheiden van de fase voor de keuze van voorzorgsmaatregelen (het risicomanagement).²⁷² Hierdoor vormt wetenschappelijke kennis over risico's de basis van het beleid (de risicoanalyse) doch wordt tegelijkertijd transparanter welke verdere overwegingen aan de genomen voorzorgsmaatregelen ten grondslag liggen (het risicomanagement). Onderdeel van de keuze voor risicomanagement is mede een algehele kosten-batenanalyse, waarbij ook andere algemene belangen en andere sociale effecten dienen te worden meegewogen.²⁷³ De uitkomsten van dit proces kunnen de verantwoording vormen voor nieuwe secundaire instrumenten of voor wijziging van bestaande normen in het kader van bestaand secundair EU-recht (zie hierna) in het licht van voornoemde

²⁶⁹ De inbedding van deze beginselen en de uitwerking ervan verschilt evenwel groot per reguleringsgebied, hetgeen een belangrijk punt van kritiek is, zie o.a. Alemanno e.a. 2013, p. 42 onder verwijzing naar o.a. Joerges 2001.

²⁷⁰ Zie eerder al uitgebreid het EUI-onderzoek uit 1996 en 1997 over het integreren van wetenschappelijke kennis in het reguleringsproces, Joerges e.a. 1997, p. 1 e.v. Voorts COM(97) 83 Communication on Consumer Health and Food Safety, p. 20. Risicoleer kan worden teruggeleid tot Knight 1921, p. 19 (ook aangehaald door Black 2010, p. 310 (in de herdruk uit 1948) en Klinke & Renn 2001, p. 160) waarbij traditioneel gezien *risk* (= probability x effect) moet worden onderscheiden van *uncertainty*, welk onderscheid de laatste jaren ter discussie is gesteld met de opkomst van het voorzorgsbeginsel, zie o.a. Van Asselt e.a. 2008, p. 361-362 en zie voor een privaatrechtelijke perspectief op aansprakelijkheid voor onzekere risico's o.a. De Jong 2016, p. 1 e.v. Het onderscheid tussen *risk assessment* en *risk management* is afkomstig uit de VS namelijk van Lowrance 1976, p. 1 e.v. zoals ook aangehaald door Joerges & Micklitz 1991/2010, p. 117 tevens onder verwijzing naar OECD, *Product Safety. Risk Management and Cost-Benefit-Analysis*, Paris 1983, 13; Alemanno e.a. 2013, p. 41, noot 6.

COM(2002) 713 final - Communication from the Commission on the Collection and Use of Expertise by the Commission: Principles and Guidelines "Improving the knowledge base for better policies".

²⁷¹ Het voert te ver deze verschillen hier uitgebreid te bespreken. Zie voor een overzicht Alemanno e.a. 2013, p. 43-49 en eerder ook Hodges 2005, p. 224 e.v. Dat maatregelen moeten zijn gebaseerd op een deugdelijke wetenschappelijke risicoanalyses is een eis die voortvloeit uit Europese jurisprudentie, GvEA (Derde kamer) 11 september 2002, T-70/99 (*Alpharma Inc/Raad c.s.*), onder 168-175. Zie voor nadere eisen aan die wetenschappelijke kennis, GvEA (Derde kamer) 11 september 2002, T-13/99 (*Pfizer Animal Health SA c.s./Raad*), r.o. 147-148. Wetenschappelijke kennis alleen vormt echter niet voldoende legitimatie voor een maatregel, GvEA (Derde kamer) 11 september 2002, T-13/99 (*Pfizer Animal Health SA c.s./Raad*), onder 201.

²⁷² Zie over de complexiteit van *risk governance* en factoren die bij risico-inventarisatie en -evaluatie een rol spelen, Renn & Klinke 2013, p. 17-37 en eerder ook Klinke & Renn 2002.

²⁷³ Hoofdstuk 8 van de Toolbox. De Sadeleer 2006, p. 147: '*Risk management, in contrast to risk assessment, is the public process of deciding how safe is safe. Indeed, 'societal, economic, traditional, ethical and environmental factors as well the feasibility of controls' might appear as factors legitimising the regulation of a specific risk.*'

beginselen. Het uiteindelijke vaststellen van normen is en blijft een politiek proces.²⁷⁴

Informatie over de uitgevoerde risicoanalyse en het gekozen risicomanagement op het niveau van het instrument zou onder andere terug moeten komen in de zogeheten *impact assessments* die door de Commissie voor nieuwe instrumenten of bij de evaluaties van bestaande instrumenten, moeten worden uitgevoerd (zie over risicoanalyse en risicomanagement op het niveau van concrete normen, nr. 39).²⁷⁵ De wetgever moet kunnen verantwoorden op welke informatie over risico's hij zich baseert en waarom hij voor een bepaalde vorm van risicomanagement kiest, bijvoorbeeld de invoering van een systeem van gesloten producteisen voor productcategorieën met een hoger risico, dan wel Nieuwe Aanpak-wetgeving voor productcategorieën met een lager risico, een combinatie van beide of de inzet van geheel andere beleidsinstrumenten (denk aan *soft law* of voorlichting).²⁷⁶

Uit hoofde van proportionaliteit zou de wetgever moeten kiezen voor de minst invasieve methode die geschikt is om zijn doel te bereiken. Voor de hand ligt dat de wetgever met name bij grote risico's eerder voor een verordening met directe werking zou kiezen dan voor een richtlijn die moet worden geïmplementeerd. De Commissie sprak zich in de visie voor de interne markt voor industriële producten van 2014 uit voor verordeningen in plaats van richtlijnen omdat dit zou leiden tot 'minder bureaucratie en meer zekerheid voor bedrijven'.²⁷⁷ Sindsdien zijn toch meerdere richtlijnen voor industriële producten ingevoerd, waarschijnlijk omdat het veelal herschikkingen van een oude richtlijnen betrof die al grotendeels in het nationale recht waren geïmplementeerd. Deze nationale bepalingen zouden bij omzetting in een direct werkende verordening deels moeten worden geschrapt.²⁷⁸ Desalniettemin is slecht te rechtvaardigen waarom voor bijvoorbeeld

²⁷⁴ Black 2010, p. 323. Black wijst erop dat risico als legitimatie voor overheidsoptreden een onstabiele basis kan zijn, p. 306. Vgl. ook Van Asselt e.a. 2008, p. 359 voor GMO-wetgeving, waarbinnen wetenschappelijke kennis via agentschappen in het proces wordt geïntegreerd. Deze agentschappen ontvangen de informatie over de risico's weer van de industrie hetgeen wordt bekritiseerd. Weatherill 2013a, p. 263; '*Risk assessment and risk management are politically charged activities.*', onder verwijzing naar Hood e.a. 2001, p. 109 en Peel 2011, p. 1 e.v. Zie ook Hodges 2005, p. 225 onder verwijzing naar McGee & Weatherill 1990.

²⁷⁵ Chapter 2 van de Toolbox, How to carry out an impact assessment?

²⁷⁶ Tool #18, the choice of policy instruments. Zo zijn kleine passagiersvoertuigen buiten Richtlijn 2014/90/EU (Uitrustingszeeschepen) gelaten en worden hiervoor niet-bindende richtsnoeren ontwikkeld, Nota I/A- punt d.d. 26 maart 2019 Ontwerpaanbeveling van de raad inzake veiligheidsdoelstellingen en niet-bindende functionele eisen voor passagiersschepen met een lengte van minder dan 24 meter (2018/0159(NLE)).

²⁷⁷ COM(2014) 25 final - Een visie voor de interne markt voor industriële producten, p. 9, 15 en 16. Vgl. A New Strategy for the Single Market. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso by Mario Monti, 9 May 2010, p. 93: '*Regulation brings the advantages of clarity, predictability and effectiveness. It establishes a level playing field for citizens and business and carries a greater potential for private enforcement. However, the use of regulation is not a panacea. Regulations are appropriate instruments only when determined legal and substantial preconditions are satisfied. (...)*'. Zie over verordeningen en de implicaties voor het Nederlandse vermogensrecht, De Graaff & Verheij 2017.

²⁷⁸ Zie de lijst onder nr. 6 in de inleiding. Vgl. A New Strategy for the Single Market. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso by Mario Monti, 9 May 2010, p. 93: '*Harmonisation through regulations can be most appropriate when regulating new sectors from scratch and easier when the areas concerned allow for limited interaction between EU rules and national systems. (...)*'

speelgoed werd gekozen voor een richtlijn in plaats van een verordening, terwijl deze dient tot bescherming van zeer kwetsbare gebruikers.²⁷⁹ Voor medische hulpmiddelen waren wel verordeningen mogelijk.²⁸⁰ Het opsteken van een sterke politieke wind onder invloed van een productschandaal (zoals PIP, nr. 47) schept blijkbaar draagvlak voor verdergaande wetgevingsinitiatieven van de EU-wetgever (zie voor uitzonderlijke nieuwe bepalingen uit de Verordeningen Medische Hulpmiddelen, nrs. 58 en 52).

38 Het voorzorgsbeginsel

Een Europees beginsel dat in het kader van *risk assessment* en -management van belang is en dat de discretionaire bevoegdheid van de Europese wetgever nader oprekt, zodat ook bij wetenschappelijke controverse of een gebrek aan kennis kan worden ingegrepen via de totstandbrenging van productveiligheidsrecht, is het voorzorgsbeginsel (*precautionary principle*).²⁸¹

In de Europese rechtspraak wordt het Europese voorzorgsbeginsel als volgt uitgelegd:²⁸²

²⁷⁹ De toelichting ontbreekt waarom weer voor een richtlijn wordt gekozen en niet voor een verordening, COM/2008/0009 final - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the safety of toys.

²⁸⁰ Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) en Verordening (EU) 2017/746 (IVDR,erschikking).

²⁸¹ Zander 2010, p. 77 en 78, onder verwijzing naar Scott & Vos 2002, p. 253-286. Zie tevens Sadeleer 2010, paragraaf 1.6. Dit is één functie van het voorzorgsbeginsel. Het beginsel kan ook een rechtvaardiging zijn voor temporeel of permanent ingrijpen door de Commissie of de Raad bij gedelegeerde c.q. lagere regelgeving (Zander 2010, p. 77 en HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:255, JGR 2014/32 (*Acino/Europese Commissie*)) of door lidstaten worden gebruikt wanneer nog geen harmonisatie heeft plaatsgevonden, als argument om een eventuele kwalitatieve beperking of maatregel van gelijke werking ex art. 36 VWEU te rechtvaardigen ter invulling van het vereiste van '*maatregel ter bescherming van de gezondheid of het leven van personen*' (Schlacke 1997, p. 172-182; Zander 2010, p. 78). Het kan ook door lidstaten worden gebruikt indien wél harmonisatie heeft plaatsgevonden om nationale wetgeving uit te vaardigen ex art. 114 lid 4 en 5 VWEU of om via handhaving individuele producten van de markt te kunnen halen op basis van een zogeheten 'vrijwaringsclausule' (*safeguard clause*) in secundaire wetgeving (nr. 71, alsmede Zander 2010, p. 78 en 103).

²⁸² Deze definitie werd als eerste gehanteerd in de zogeheten BSE-zaken, zonder dat het beginsel zelf werd genoemd. Zie Faure & Vos 2003, p. 165, onder verwijzing naar HvJ EG 5 mei 1998, C-157/96 (*National Farmers Union e.a.*), r.o. 63 en HvJ EG 5 mei 1998, C-180/96 (*BSE*), r.o. 99. Dit is daarna veelvuldig door het Gerecht van Eerste Aanleg herhaald; Sadeleer 2010, onder verwijzing naar GvEA (Derde kamer) 11 september 2002, T-13/99 (*Pfizer Animal Health SA c.s./Raad*), r.o. 139 en GvEA (Tweede kamer - uitgebreid) 26 november 2002, gevoegde zaken T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-132/00, T-137/00 en T-/141/00 (*Artegodan c.s./Commissie*), r.o. 185. Het Hof van Justitie EU bespreekt het voorzorgsbeginsel thans vaak ter parrering van klachten tegen maatregelen die in strijd zouden zijn met de proportionaliteit en rechtszekerheid; vb. HvJ EU 17 december 2015, C-157/14, EU:C:2015:823 (*Neptune distribution*), r.o. 81 en 82 over verboden gezondheidsclaims over natrium in water, en HvJ EU 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pilbox 38 UK/Secretary of State for Health*), r.o. 55 en 56 over maatregelen m.b.t. elektronische sigaretten. In dit laatste arrest werd overigens voor het eerst, zij het *obiter dictum*, over een plicht tot optreden gesproken door het HvJ EU, r.o. 116: '*De wetgever was juist, zodra hem serieuze wetenschappelijke informatie ter kennis kwam waarin het bestaan aan het licht werd gebracht van de potentiële risico's voor de menselijke gezondheid die een relatief nieuw product op de markt kon veroorzaken, verplicht tot optreden overeenkomstig het voorzorgsbeginsel uit artikel 35, tweede volzin, van het Handvest, artikel 9 VWEU en de artikelen 114, lid 3, VWEU en 168, lid 1, VWEU, die hem verplichten bij de bepaling en de uitvoering van alle beleid en optreden van de Unie een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid te waarborgen.*'

‘where there is uncertainty as to the existence or extent of risks to human health, protective measures may be taken without having to wait until the reality and seriousness of those risks become fully apparent.’

Het beginsel wordt sinds het Verdrag van Maastricht in art. 130R lid 2 EG, thans art. 191 lid 2 VWEU, voor het milieubeleid van de Unie expliciet genoemd. In het licht van een mededeling van de Commissie²⁸³ en op basis van latere Europese rechtspraak²⁸⁴ heeft het echter een ruimer toepassingsbereik en wordt het wel als algemeen beginsel van EU-recht gezien dat zou voortvloeien uit de verplichting een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te waarborgen ex artikel 35 Handvest, artikel 9 VWEU, artikel 114 lid 3 VWEU²⁸⁵ en art. 168 lid 1 VWEU. Het voorzorgsbeginsel kent voorstanders, omdat er een grotere bescherming van de veiligheid, consumenten en de volksgezondheid mee kan worden bereikt, doch ook tegenstanders, aangezien het zou uitgaan van irrationele angst en het een vergrote kans geeft op vals-positieven²⁸⁶ in de zin dat bijvoorbeeld stoffen worden verboden die uiteindelijk helemaal niet onveilig blijken te zijn, hetgeen onder meer een remmende werking op de innovatie zou hebben.²⁸⁷

Zowel de RAPV uit 2001 als de herziene Richtlijn Speelgoed en de nieuwe Cosmeticaverordening bevatten expliciete verwijzingen naar het voorzorgsbeginsel.²⁸⁸ Bij de herziening van de RAPV was het voorzorgsbeginsel een belangrijk punt van discussie. De rapporteur voor het Europese Parlement en de Raad was van mening dat opname ervan nodig was en stond een brede toepassing voor. Zo zou het beginsel ook moeten gelden voor producenten.²⁸⁹ De Commissie nam het hierop gebaseerde amendement 13, dat pleitte voor opname van het beginsel in art. 3, echter in gewijzigde versie over. Het beginsel zou zich volgens de Commissie richten tot de autoriteiten en een

²⁸³ COM(2000) 1 def - Communication from the Commission on the Precautionary Principle.

²⁸⁴ De kwalificatie als algemeen beginsel van EU-recht komt van het GvEA in GvEA (Tweede kamer - uitgebreid) 26 november 2002, gevoegde zaken T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-132/00, T-137/00 en T-/141/00 (*Artegodan c.s./Commissie*), r.o. 184.

²⁸⁵ In art. 114 lid 3 VWEU wordt opgemerkt dat de Commissie bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming zal uitgaan van een hoog beschermingsniveau; *‘daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd. Ook het Europees Parlement en de Raad zullen binnen hun respectieve bevoegdheden deze doelstelling trachten te verwezenlijken.’*

²⁸⁶ Foss Hansen & Thickner 2013, p. 12 e.v. die op basis van literatuuronderzoek menen dat het wel meevalt met het aantal vals-positieven. Zie voor kritiek op eerder onderzoek van voornoemde auteurs, Cox 2007 en de reactie daarop Foss Hansen e.a. 2007.

²⁸⁷ Sunstein 2005, p. 1 e.v.; Majone 2002, p. 89: *‘it lacks a sound logical foundation; it may distort regulatory priorities; it can be misused to justify protectionist measures; it undermines international regulatory co-operation; and it may have undesirable distributive consequences. What is perhaps an even greater cause for concern is that the principle, as interpreted by the Commission, tends to favour a double standard for what is permissible internationally and in intra-Community relations.’* Zie voor een overzicht van het debat, Craig 2012, p. 660 e.v.

²⁸⁸ Art. 8 lid 2 RAPV. Considerans sub 38 en artikel 8 lid 2 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed), Considerans sub 36 van Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica)

²⁸⁹ REPORT on the proposal for a European Parliament and Council directive on general product safety (COM (2000) 139 – C5-0224/2000 – 2000/0073(COD)), 20 October 2000, A5-0309/2000, p. 10.

directe verplichting voor marktdeelnemers tot toepassing ervan zou niet passend zijn.²⁹⁰

Het beginsel staat verder in art. 8 lid 2 RAPV opgenomen als handhavingsbeginsel.²⁹¹

Opvallend is dat het voorzorgsbeginsel uit de voorgestelde Verordening Consumentenproducten (nr. 31) werd verwijderd en werd overgeheveld naar de voorgestelde Verordening Markttoezicht.²⁹² In de uiteindelijke nieuwe Markttoezichtverordening uit 2019 komt het beginsel in het geheel niet terug.²⁹³

De oorsprong van opname van het voorzorgsbeginsel in de Richtlijn Speelgoed lag in een advies van een rapporteur van het Europees Economisch en Sociaal Comité²⁹⁴ en een daarop volgend Verslag van het Europees Parlement.²⁹⁵ De voorgestelde amendementen lieten het voorzorgsbeginsel op verschillende plekken in de richtlijn terugkomen, onder andere omdat het hier kwetsbare gebruikers betrof, er onvoldoende statistische gegevens over de gevaren van speelgoed beschikbaar waren en het voorzorgsbeginsel een uitvloeisel zou zijn van het algemene beleidsdoel van bescherming van de volksgezondheid.²⁹⁶ Ook hier werd een brede toepassing voorgesteld. Desalniettemin zijn in de uiteindelijke versie alleen verwijzingen ernaar in de considerans sub 28, sub 38 en artikel 39 van de richtlijn teruggekomen.²⁹⁷ Het voorzorgsbeginsel is daarin als grondslag benoemd voor het vaststellen van

²⁹⁰ COM(2001) 63 final - Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on general product safety (2000/0073 (COD)) - Explanatory Memorandum, p. 4: *'Amendment No 13. The precautionary principle is a general principle of risk management used by the competent authorities. A direct obligation to apply it on the part of the producers would not be appropriate. Reference to this principle in the first recital, as one of the reasons for amending the directive, is a more suitable approach.'*

²⁹¹ *'Wanneer de bevoegde autoriteiten van de lidstaten de in lid 1, met name onder d) en f), bedoelde maatregelen nemen [lees: opleggen van een verbod of laten terughalen, vernietigen of terugroepen], nemen zij daarbij het Verdrag in acht, met name de artikelen 28 en 30, zodat de maatregelen in verhouding staan tot de ernst van het risico, en handelen zij in overeenstemming met het voorzorgsbeginsel.'*

²⁹² Zie de vragen die hierover zijn gesteld door een EU-parlementslid in april 2013:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-004015+0+DOC+XML+V0//EN&language=bg> en het antwoord daarop van de Commissie:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2013-004015&language=EN>

²⁹³ Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

²⁹⁴ OPINION of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the safety of toys COM(2008) 9 final – 2008/0018 (COD). Brussel, 18 September 2008. INT/405 Toy safety, p. 4 en 11. Zie ook OPINION of the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety (15.10.2008).

²⁹⁵ REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the safety of toys (COM(2008)0009 – C6-0039/2008 – 2008/0018(COD)). Committee on the Internal Market and Consumer Protection. 12.11.2008.A6-0441/2008, p. 7, 11, 31, 84, 85, 86, 90, 94, 103.

²⁹⁶ Voornoemd Report, p. 86: *'Owing to the lack of statistics on the risks and hazards that toys can pose to the safety and health of children, and given that children are classified as a vulnerable or very vulnerable social group, depending on their age, the precautionary principle needs to be incorporated into legislation on toy safety in order to enable the competent authorities in the Member States and economic operators to take action to prevent certain toys from being placed on the market. The principle must apply across the board.'*

²⁹⁷ Position of the European Parliament adopted at first reading on 18 December 2008 with a view to the adoption of Directive 2009/.../EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys (EP-PE_TC1-COD(2008)0018) 18.12.2008.

gesloten producteisen in de richtlijn en als beginsel op basis waarvan lidstaten mogen ingrijpen.

Ook bij de totstandkoming van de Cosmeticaverordening was het parlement verantwoordelijk voor introductie van het beginsel.²⁹⁸ Het beginsel komt echter alleen terug in de considerans sub 36 als beginsel voor optreden door de Commissie en de lidstaten met betrekking tot de bescherming van de volksgezondheid.

Het beginsel komt dus niet in alle richtlijnen en verordeningen terug. De Europese gerechten hebben evenwel veel beoordelingsruimte om zelf beginselen van EU-recht te formuleren.²⁹⁹ Bovendien staan beginselen hoger in de hiërarchie dan secundair EU-recht,³⁰⁰ waardoor het voorzorgsbeginsel in potentie ook van toepassing zou kunnen zijn onder andere secundaire instrumenten, bijvoorbeeld als factor bij uitleg en rechtmatigheidstoetsing.³⁰¹ Rechtspraak in deze zin over de in dit onderzoek bekeken instrumenten ontbreekt vooralsnog.

39 Gesloten producteisen

Gesloten producteisen zijn gesloten veiligheidsnormen. Een voorbeeld was al opgenomen in de inleiding (nr. 1, voorbeeld 1), maar verdere voorbeelden kunnen worden gevonden in bijlage II, hoofdstuk III onder 11 respectievelijk 13, bij de Richtlijn Speelgoed, waarin verboden allergenen en migratielimieten zijn genoemd,³⁰² of in bijlage II bij de Cosmeticaverordening zijnde een lijst met verboden stoffen in cosmeticaproducten.³⁰³ De Cosmeticaverordening en de Richtlijn Speelgoed zijn twee van de weinige instrumenten waarin gesloten producteisen terugkomen (lees: de Oude Aanpak).³⁰⁴ In de Richtlijn Speelgoed maakt de wetgever gebruik van zowel gesloten producteisen als essentiële eisen onder verwijzing naar geharmoniseerde normen, dus een combinatie van Oude en Nieuwe Aanpak.

²⁹⁸ Position of the European Parliament adopted at first reading on 24 March 2009 with a view to the adoption of Regulation (EC) No .../2009 of the European Parliament and of the Council on cosmetic products (recast) (EP-PE_TC1-COD(2008)0035), p. 11.

²⁹⁹ Vgl. Craig & De Búrca 2015, p. 113 onder verwijzing naar HvJ EU 15 oktober 2009, C 101/08, ECLI:EU:C:2009:626 (*Audiolux/Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a., Bertelsmann AG e.a.*).

³⁰⁰ Craig & De Búrca 2015, p. 111. Voor beginselen die hun equivalent kennen in het handvest geldt dat op grond van art. 6 EU-verdrag. Het voorzorgsbeginsel lijkt slechts een afgeleid beginsel en zelf niet fundamenteel van aard.

³⁰¹ Vgl. Craig & De Búrca 2015, p. 113.

³⁰² Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed) als geïmplementeerd in het Warenwetbesluit speelgoed 2011 (*Stb.* 2011, 57).

³⁰³ Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica). Een ander voorbeeld zijn de Maximum Residue Level (MRL) voor pesticiden in levensmiddelen en diervoeders. Zit meer pesticide in een product dan de MRL, dan wordt het geacht onveilig te zijn, Art. 18 Verordening (EG) 396/2005 (Pesticiden). Zoals blijkt uit de afbakening van dit onderzoek zullen food en feed law waar de pesticiden verordening ook onder valt, niet nader aan de orde komen.

³⁰⁴ Considerans sub 26 van Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica), alsmede art. 14 t/m 17 en bijlagen II t/m 6 bij deze verordening. Considerans sub 21 t/m 26 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed), alsmede bijlage 1 en 2 bij deze richtlijn.

De keuze voor gesloten producteisen lijkt deels politiek ingegeven – veiligheid van cosmeticagebruikers en kinderen ligt gevoelig³⁰⁵ – en historisch gegroeid.³⁰⁶ Voorts wordt verdergaande regelgeving als gerechtvaardigd en proportioneel gezien vanwege het bijzondere intensieve contact van deze producten met mensen, hetgeen bijzondere risico's met zich brengt (denk aan risico op in de mond stoppen van speelgoed en het op huid en haar aanbrengen van cosmetica). Kinderen zijn in het bijzonder kwetsbare gebruikers.³⁰⁷ Daarnaast speelt het voorzorgsbeginsel bij de normstelling onder deze instrumenten expliciet een rol (zie nr. 38).³⁰⁸ Bovendien zijn de Richtlijn Speelgoed en de Cosmeticaverordening gerelateerd aan chemiewetgeving. Zij stellen strengere eisen stellen ten opzichte van de REACH-verordening,³⁰⁹ die ook gesloten producteisen voor stoffen kent.³¹⁰ Opvallend is dat de Cosmeticaverordening in de considerans expliciet vermeldt dat *risk/benefit*-overwegingen geen rol mogen spelen bij normstelling eronder.³¹¹

Gesloten producteisen, zoals migratielimieten of maximumresidulimieten, worden meestal opgenomen in de bijlagen bij de instrumenten. Wordt gekozen voor regulering via gesloten producteisen, dan zal de EU-wetgever in het secundaire instrument gedelegeerde bevoegdheden of uitvoeringsbevoegdheden moeten omschrijven, zodat de Commissie bevoegd wordt om gesloten producteisen in de toekomst te wijzigen om deze relatief snel te kunnen actualiseren.³¹²

Gesloten producteisen komen veelal tot stand na consultatie van door de Commissie opgerichte wetenschappelijke comités (SCCS, SCHER en SCENIHR).³¹³ Als zodanig functioneren de wetenschappelijke comités

³⁰⁵ Considerans sub 28 van de Cosmeticaverordening vermeldt bijvoorbeeld dat haarkleurstoffen moeten worden gereguleerd *'om aan de ongerustheid over de veiligheid tegemoet te komen'*.

³⁰⁶ De eerste Cosmeticarichtlijn stamt uit 1976, Richtlijn 76/768/EEG (Cosmeticarichtlijn, herzien).

³⁰⁷ Zie onder meer de considerans sub 21, 22, 24 en 25 van de Richtlijn Speelgoed.

³⁰⁸ De considerans sub 36 van Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica) en de considerans sub 38 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed).

³⁰⁹ Verordening Nr. (EG) 1907/2006 (REACH).

³¹⁰ De REACH-verordening gaat uit hoofde van het voorzorgsbeginsel uit van een omkering van de bewijslast: een stof is niet toegestaan, tenzij door marktdeelnemers kan worden aangetoond dat het gebruik ervan geen risico's oplevert. Een systeem dat sterk is bekritiseerd, omdat het tever zou gaan. Zie mede Van Gerven & Lierman 2010, p. 521-523 en aldaar genoemde literatuur.

³¹¹ Considerans sub 9: *'Cosmetische producten moeten onder normale of redelijkerwijs te verwachten gebruiksomstandigheden veilig zijn. Een afweging van de risico's en de voordelen mag in het bijzonder geen risico voor de volksgezondheid rechtvaardigen.'*

³¹² Tot aan het verdrag van Lissabon op 1 december 2009 werd nog gebruikgemaakt van 'delegatie oude stijl' (Craig & De Búrca 2015, p. 114 -116) namelijk uitvoeringsbevoegdheden in combinatie met comitologie, hetgeen nog terug te zien is in art. 31 en 32 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica) en art. 46 en 47 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed). Thans worden deze procedures beheerst door art. 290 VWEU voor gedelegeerde bevoegdheden en art. 291 VWEU voor uitvoeringsbevoegdheden in het laatste geval in combinatie met comitologie. Het onderscheid tussen beide soorten bevoegdheid is vrij arbitrair (in de woorden van Craig & De Búrca 2015, p. 141 'fortuitous'). Wijziging van normenbijlagen wordt thans meestal vormgegeven als delegatie, vgl. bijvoorbeeld art. 20 van Richtlijn 2011/65/EU (gevaarlijke stoffen in elektrische apparatuur).

³¹³ C(2015) 5383 final - Commission Decision of 7.8.2015 on establishing Scientific Committees in the field of public health, consumer safety and the environment. O.a. Wetenschappelijk Comité voor consumentenveiligheid, WCCV (*Scientific Committee on Consumer safety (SCCS)*), het Wetenschappelijk Comité

onafhankelijk. Zij vervullen tot op zekere hoogte vergelijkbare adviestaken als de Europese agentschappen onder andere productveiligheidsinstrumenten zoals voor geneesmiddelen, chemie- en voedselveiligheid (EMA, ECHA en EFSA). De wetenschappelijke comités voeren de wetenschappelijke risicoanalyse uit die wordt weergegeven in een opinie, waarna de Commissie beslist over de normstelling (het risicomanagement) met inachtneming van het evenredigheids- en het voorzorgsbeginsel (nr. 37 en 38). De opinies van deze wetenschappelijke comités worden in preliminaire vorm openbaar gemaakt voor commentaar door belanghebbenden, waarna de definitieve versie online wordt gepubliceerd.³¹⁴ De Commissie is niet gebonden aan de adviezen van de wetenschappelijke comités. Wetenschappelijke informatie over risico's kan de Europese wetgever ook verkrijgen via voornoemde Europese agentschappen als EFSA, ECHA, EMA, ECDC en externe bronnen als internationale organisaties, ad hoc ingestelde *expert groups*, externe consultants, conferenties, stakeholders, workshops en *focus groups*.³¹⁵

Het wijzigen van gesloten producteisen (het risicomanagement) voor speelgoed en cosmetica vindt veelal plaats door middel van een voorstel voor een richtlijn of verordening van de Commissie tot wijziging van de bijlage bij het desbetreffende instrument.³¹⁶ Het initiatief tot wijziging van een norm volgt veelal na raadpleging van een *expert group* die de Commissie bij het maken van beleid en wijzigen van wetgeving adviseert.³¹⁷ De leden van zo'n *expert group* zijn vertegenwoordigers van de lidstaten, veelal afkomstig van nationale handhavingsautoriteiten. Andere belanghebbenden (NGO's, normalisatie-instituten, *notified body groups* en lobbyorganisaties van de industrie) zijn geen lid, doch nemen deel als *observer*.³¹⁸ De Commissie dient bij een voornemen tot wijziging over te gaan tot het opstellen van een *draft text* die in beginsel op de website wordt gepubliceerd, waarna andere belanghebbenden gedurende vier weken commentaar kunnen leveren.³¹⁹ Het Verdrag van Lissabon maakt formeel onderscheid tussen gedelegeerde

voor Gezondheids- en Milieurisico's, WCGM (*Scientific Committee on Health and Environmental Risks* (SCHER)) en het Wetenschappelijk Comité voor nieuwe gezondheidsrisico's, WCNG (*Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks* (SCENIHR)).

³¹⁴ Zie bijvoorbeeld:

https://ec.europa.eu/health/scientific_committees/consumer_safety/opinions_nl#fragment2.

³¹⁵ Tool #12, Better Regulation Toolbox 2015.

³¹⁶ Zie bijvoorbeeld Richtlijn (EU) 2017/774 van de Commissie van 3 mei 2017 tot wijziging, met het oog op de vaststelling van specifieke grenswaarden voor chemische stoffen die worden gebruikt in speelgoed, van aanhangsel C van bijlage II bij Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de veiligheid van speelgoed, wat betreft fenol (*PbEU* 2017, L 115/47).

³¹⁷ Better Regulation Guidelines, p. 73.

³¹⁸ Expert groups zijn geregistreerd in het Register of Commission Expert Groups, met daarin informatie over de leden, de notulen van vergaderingen etc., toegankelijk via

<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm>. Zie bijvoorbeeld voor de *expert group on toy safety* : <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupId=1360>

³¹⁹ Better Regulation Guidelines, p. 66 e.v. De voorstellen en feedback zijn tegenwoordig in te zien via het *Better Regulation Portal* van de Commissie. Zie bijvoorbeeld: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-4303283_nl

handelingen en uitvoeringshandelingen.³²⁰ Bij een gedelegeerde handeling hebben na indiening van het voorstel de Raad en het Parlement onder het huidige art. 290 VWEU slechts een vetorecht dat binnen een in het instrument aangegeven termijn na kennisgeving moet worden gebruikt. In de praktijk volgt het Parlement, vanwege het hoge technische gehalte van de wijzigingen, het totstandkomings- en consultatieproces via zijn eigen comités, zodat deze termijn indien nodig kan worden gehaald.³²¹ Bij uitvoeringshandelingen is de procedure anders. In dat geval mag de Commissie na raadpleging van een comité van de lidstaten met daarin nationale overheidsexperts (comitologie) tot opname van een gesloten producteis overgaan.³²²

Het vaststellen van gesloten producteisen op basis van wetenschappelijke kennis kent uiteraard complicaties, aangezien wetenschappelijke kennis niet altijd eenduidig is en voortdurend in ontwikkeling is.³²³ Met de maatregelen uit hoofde van het *better regulation*-pakket uit 2015 is het proces van risicoanalyse en -management in ieder geval transparanter. Aldus kunnen private partijen wetenschappelijke opinies en commentaren daarop raadplegen en de keuzes in het risicomanagement (met name de motivering waarom al dan niet tot normstelling over is gegaan) achterhalen door te kijken naar de behandeling in de *expert group* (onder andere de notulen), de eventuele reacties van belanghebbenden (veelal kennisinstituten van lidstaten) op de conceptrichtlijn of -verordening en eventueel de behandeling in comitologie.³²⁴ De totstandkoming of wijziging van een gesloten producteis

³²⁰ Zie noot 312.

³²¹ Vgl. ook Report of the Committee on Legal Affairs 29 March 2010 on the power of legislative delegation A7-0110/2010 (2010/2021(INI)), p. 10, als aangehaald door Craig & De Búrca 2015, p. 141, noot 113.

³²² Zie voor comitologie oude stijl bijvoorbeeld art. 46 en 47 Richtlijn Speelgoed en art. 31 en 32 Cosmeticaverordening, onder verwijzing naar artikelen 5 bis, leden 1 tot en met 4, en artikel 7 van Besluit 1999/468/EG van toepassing, met inachtneming van artikel 8 van dat besluit. Comitologie geldt na Lissabon alleen voor wat betreft de uitvoeringsbevoegdheden ex art. 291 lid 3 VWEU (Craig & De Búrca 2015, p. 142). Het comitologiebesluit is vervangen door Verordening (EU) Nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (*PbEU* 2011, L 55/13). Gedelegeerde bevoegdheden worden geheel beheerst door art. 290 VWEU.

³²³ Een recent voorbeeld dat dit in negatieve zin illustreert, was de herziening van de Speelgoedrichtlijn in 2008, waarbij de Commissie de migratielimieten in speelgoed aanscherpte naar aanleiding van een RIVM-rapport. RIVM, *Report 320003001/2008. Chemicals in Toys. A general methodology for assessment of chemical safety of toys with a focus on elements*, Bilthoven: RIVM 2008. Deze aanscherping werd deels succesvol aangevochten door Duitsland, GvEA EU 14 mei 2014, T-198/12 (*Duitsland/Europese Commissie*). RIVM publiceerde vervolgens een erratum op het rapport, waarin werd erkend dat fouten waren gemaakt: het Erratum van 26 januari 2015 bij Report 320003001/2008. Chemicals in Toys. A general methodology for assessment of chemical safety of toys with a focus on elements. Hierop heeft de Commissie het *SCHER* geraadpleegd, dat vervolgens bevestigde dat het oorspronkelijke RIVM-rapport toch klopte. Als gevolg hiervan diende de limiet voor lood, die naar aanleiding van de beslissing van het Gerecht was vernietigd, toch weer door de Commissie te worden aangescherpt, COM(2016) 560 final - 2016/0267 (NLE) Proposal for a Council Directive amending, for the purpose of adapting to technical progress, Annex II to Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys, as regards lead, p. 2. Richtlijn (EU) 2017/738 van de Raad van 27 maart 2017 tot wijziging, met het oog op aanpassing aan de vooruitgang van de techniek, van bijlage II bij Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de veiligheid van speelgoed, wat lood betreft (*PbEU* 2017, L 110/6).

³²⁴ Zie voetnoten hiervoor voor de portals met toegang tot deze informatie.

neemt aardig wat tijd in beslag, maar vormt op EU-niveau thans een relatief transparant proces. Via de beschikbare *web portals* kan worden achterhaald welke wetenschappelijke informatie tot uitgangspunt is genomen voor de vaststelling van de norm, alsmede – tot op zekere hoogte³²⁵ – welke belangen zijn gewogen.³²⁶

Maakt de Europese wetgever gebruik van gesloten producteisen, dan kan hij daarmee veelal niet volstaan. Om discussies in de praktijk te voorkomen zal tevens moeten worden vastgelegd op welke manier een schending ervan dient te worden vastgesteld, bijvoorbeeld door vaststelling van een testmethode wat door verwijzing naar geharmoniseerde normen pleegt te gebeuren.³²⁷ Gesloten producteisen zijn – nog afgezien van het feit dat deze vorm van reguleren zeer kostbaar is – dus geen pasklare oplossing in de zin van een alternatief voor geharmoniseerde normen waar bezwaren aan kleven (zie nader hoofdstuk 4).

Een belangrijke vraag, die hier slechts zal worden aangestipt en niet zal worden beantwoord, is in hoeverre onjuiste gesloten producteisen door private partijen kunnen worden aangevochten³²⁸ en hoe groot de mate van rechterlijke controle op de inhoud ervan dan is (vgl. voor geharmoniseerde normen hoofdstuk 4). Van belang is dat door sommige auteurs kritiek wordt geuit op de rechtspraak van de Europese gerechten, aangezien zij zich zeer terughoudend opstellen bij de inhoudelijke beoordeling van de juistheid van producteisen. Over het algemeen neemt het Hof in technisch complexe zaken waarin EU-wetgevingshandelingen of rechtshandelingen van de Commissie worden aangevochten ex art. 263 VWEU, mede in het licht van het voorzorgsbeginsel, veel beoordelingsruimte van de EU-wetgever of Commissie als regelgever aan.³²⁹ Gaat het om de beoordeling van de legitimiteit van handelingen van nationale toezichthouders, dan houdt het hof vast aan het systeem van het productveiligheidsrecht en gaat het niet altijd inhoudelijk in

³²⁵ Het blijft een politiek proces, waarvan slechts een flinter op papier verschijnt. Inzage in wat in de wandelgangen wordt besproken en andere krachtvelden blijven natuurlijk onder water.

³²⁶ Bijvoorbeeld, in het kader van voornoemde herziening van de migratielimieten in de Richtlijn Speelgoed: SWD(2016) 290 final Part 1/2 - Impact assessment. Accompanying the document Council Directive amending, for the purpose of adapting to technical progress, Annex II to Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys, as regards lead.

³²⁷ Vgl. ook het voedselveiligheidsrecht, bijvoorbeeld voor het vaststellen van biologische limieten in levensmiddelen onder de Verordening (EG) 2073/2003 waarin naast gesloten normen voor de vaststelling van schendingen wordt verwezen naar EN/ISO-standaarden, zoals ook besproken door Van der Meulen 2017, p. 61.

³²⁸ Zie over de voorvraag, namelijk de formele vereisten ter bepaling wanneer private partijen een recht van beroep hebben (*standing*) ex art. 263 VWEU uitgebreid, Bergkamp 2016, p. 557.

³²⁹ Vgl. in het kader van food en feed: HvJ EG 6 december 2005, C-66/04, ECLI:EU:C:2005:743 (*VK/Europese Parlement en de Raad, Commissie*), r.o. 46 t/m 50; HvJ EG 13 november 1990, C-331/88 (*Fedesa c.s.*); GvEA (Derde kamer) 11 september 2002, T-13/99 (*Pfizer Animal Health SA c.s./Raad*); Zie o.a. Peel 2011, p. 148, en Vos & Van Asselt 2015, p. 123-129. De bekende maatstaf of sprake is van een '*manifest error, misuse of power or whether the institutions clearly exceeded the bounds of their discretion*', waar dus niet snel aan zal zijn voldaan, Craig 2012, p. 648. Zie in algemene zin Hofmann e.a. 2011b, p. 526 onder verwijzing naar HvJ EG 22 mei 2003, C-103/01, ECLI:EU:C:2003:301 (*Commissie/Duitsland*).

op het veiligheidsniveau van de producteis.³³⁰ Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld of het Hof van Justitie EU bij een meer proactieve benadering niet te veel op de stoel van de wetgever of nationale toezichthouder zou gaan zitten en of het wel over voldoende expertise bezit om in zo'n inhoudelijke beoordeling te treden.³³¹ Paul Craig vat deze discussie treffend samen: *'Whether one agrees with this criticism must ultimately depend on one's view about what courts can and should do when they adjudicate.'*³³²

40 Essentiële eisen in combinatie met geharmoniseerde normen

De meest voorkomende wetgevingssystematiek voor producten met minder risico is die conform de Nieuwe Aanpak, namelijk het gebruik van *essentiële eisen* in combinatie met verwijzingen in het publicatieblad naar geharmoniseerde normen. De secundaire instrumenten bevatten dan productgerichte ge- en verboden in algemene bewoordingen waarin nog geen concrete producteigenschappen of normadressaten wordt genoemd, bijvoorbeeld:

- 'hulpmiddelen moeten voldoen aan de in bijlage I neergelegde essentiële eisen die erop van toepassing zijn (...)'³³³
- 'De lidstaten nemen alle nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat speelgoed alleen in de handel kan worden gebracht als het voldoet aan de essentiële veiligheidseisen in lid 2 (voor wat betreft de algemene veiligheidseisen) en in bijlage II (voor wat betreft de bijzondere veiligheidseisen).'³³⁴

In de bijlagen bij het desbetreffende instrument worden vervolgens deze essentiële eisen opgesomd. Voorbeelden van essentiële eisen zijn:

- 'Liften moeten zijn uitgerust met een snelheidsbegrenzer.'³³⁵
- 'Speelgoed en onderdelen daarvan mogen geen enkel risico van verstikking opleveren door afsluiting van de luchtstroom als gevolg van externe obstructie van de mond en neus.'³³⁶
- '[toevoeging: Medische] Hulpmiddelen moeten zodanig zijn ontworpen en vervaardigd dat de risico's als gevolg van het onbedoelde binnendringen van stoffen in het hulpmiddel zo veel mogelijk worden beperkt, rekening houdend met het hulpmiddel en met de omgeving waarin het is bestemd te worden gebruikt.'³³⁷

³³⁰ Zoals in HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, *NJB* 2007, 1168, *NTER* 2008, nr.7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*)), r.o. 62, hetgeen door o.a. Reich 2008, p. 85 en 89, en in navolging van hem ook door Purnhagen 2014, p. 149, wordt bekritiseerd.

³³¹ Vos & Van Asselt 2015, p. 126 onder verwijzing naar Barbier de la Serre & Sibony 2008, p. 941. Die laatste merken overigens op dat het Hof van Justitie EU op grond van de procesreglementen wel de mogelijkheid heeft om deskundigen in te schakelen, doch dat van die mogelijkheid nauwelijks gebruik wordt gemaakt.

³³² Craig 2012, p. 666.

³³³ Art. 6 Richtlijn 93/42/EEG (Medische hulpmiddelen (oud)). Thans art. 5 lid 2 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen): *'Een hulpmiddel voldoet aan de algemene veiligheids- en prestatie-eisen van bijlage I die daarop van toepassing zijn, rekening houdend met het beoogde doel van het hulpmiddel.'*

³³⁴ Art. 10 lid 1 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed).

³³⁵ Bijlage I onder 1.4.2 Richtlijn 2014/33/EU (Liften).

³³⁶ Bijlage II onder 4 sub b Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed).

³³⁷ Bijlage I, hoofdstuk II onder 10.5 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen).

Uit deze voorbeelden blijkt dat essentiële eisen relatief open zijn in de zin dat ze veel minder sturing geven dan gesloten producteisen. De Europese wetgever maakt gebruik van verwijzing naar *geharmoniseerde normen* om deze essentiële eisen in te vullen en nader vorm te geven en daarmee een aantal nadelen van traditionele wetgeving te ondervangen (nr. 25 en hoofdstuk 4). Vanuit de rechtseconomie wordt aangenomen dat door het gebruik van open normen de primaire kosten van het maken van wetgeving dalen doch de kosten in de fase na invoering hoger zijn dan van gesloten normen, omdat de onzekerheid over de uitleg ervan gedragseffecten teweeg kunnen brengen die nadelig zijn voor de markt.³³⁸ Vanuit publiekrechtelijk perspectief is een bekend bezwaar op het gebruik van open normen dat het bestuursorgaan daardoor te veel discretionaire bevoegdheid krijgt, waardoor het overheidshandelen aan voorspelbaarheid inboet, en de rechtszekerheid en daarmee legaliteit (o.a. art. 7 EVRM, art. 5.4 Awb) onder spanning komen te staan.³³⁹ Essentiële eisen zijn vanuit privaatrechtelijk perspectief bezien, lang niet zo open als privaatrechtelijke open normen zoals de maatschappelijke betamelijkheid en de redelijkheid en billijkheid. In combinatie met de hierna te noemen verplichtingen (§ 2.4) kunnen deze normen in potentie privaatrechtelijke open normen in belangrijke mate concretiseren.

De Nieuwe Aanpak-systematiek is alleen geschikt indien het mogelijk is onderscheid te maken tussen essentiële eisen en geharmoniseerde normen.³⁴⁰ Daarnaast moet, aldus de Commissie, het bereik van iedere specifieke richtlijn of verordening zo zijn, dat een grote groep producten wordt beslagen die onderling wellicht in hoge mate verschillen, maar waarvoor het desalniettemin mogelijk is uniforme *essentiële eisen* te formuleren die de met dergelijke producten gepaard gaande risico's voldoende dekken.³⁴¹ De wetgevingssystematiek is derhalve niet geschikt voor elk type producten of type risico's.³⁴²

Zowel de totstandkoming als het gebruik van geharmoniseerde normen ter concretisering van essentiële eisen kent eigen nadelen, die separaat aan de orde zullen komen in hoofdstuk 4.

³³⁸ Kaplow 1992.

³³⁹ O.a. Hage 2017, p. 47 en aldaar genoemde literatuur.

³⁴⁰ Previdi 1997, p. 239, onder verwijzing naar Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie (*PbEU* 1985, C 136/01), punt 2 (a) over de vraag op welke gebieden de nieuwe aanpak kon worden toegepast. Blue Guide 2016, p. 8. Zie voor kritiek, met name t.a.v. het algemene veiligheidsvereiste in de RAPV dat niet aan dit criterium zou voldoen; Schepel 2013b, p. 192.

³⁴¹ Blue Guide 2014, p. 7-8. De productgroep moet voldoende homogeen zijn, Blue Guide 2016, p. 8.

³⁴² Idem.

41 Het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV³⁴³

Een vreemde eend in de bijt vormt het algemene veiligheidsvereiste in de RAPV die – als gezegd (nr. 31) – dienstdoet als vangnetinstrument voor consumentenproducten. Art. 2 sub b definieert wat een ‘veilig product’ is:

‘een product dat bij normale of redelijkerwijs te verwachten gebruiksomstandigheden, — ook wat gebruiksduur en eventueel indienststelling, installatie en onderhoudseisen betreft —, geen enkel risico oplevert, dan wel slechts beperkte risico's die verenigbaar zijn met het gebruik van het product en vanuit het oogpunt van een hoog beschermingsniveau voor de gezondheid en de veiligheid van personen, aanvaardbaar worden geacht, met name rekening houdende met:

- i) de kenmerken van het product, met name de samenstelling, de verpakking, de voorschriften voor assemblage, en, in voorkomend geval, voor installatie en onderhoud;
- ii) het effect ervan op andere producten, ingeval redelijkerwijs kan worden verwacht dat het product in combinatie met die andere producten zal worden gebruikt;
- iii) de aanbiedingsvorm van het product, de etikettering, eventuele waarschuwingen en aanwijzingen voor het gebruik en de verwijdering ervan, alsmede iedere andere aanwijzing of informatie over het product;
- iv) de categorieën consumenten die bij het gebruik van het product grote risico's lopen, in het bijzonder kinderen en ouderen.

De mogelijkheid een hoger veiligheidsniveau te bereiken of andere producten met een kleiner risico aan te schaffen, volstaat niet om een product als „gevaarlijk” te beschouwen.³⁴⁴

De aanhef van dit criterium wordt door diverse auteurs verkozen boven de *consumer expectation test* uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid³⁴⁵, omdat deze – anders dan de *consumer expectation test* – expliciet blijkt geeft van een vorm van *risk/benefit*- c.q. *cost/benefit*-benadering (zie nr. 181).

Uit de definitie van ‘veilig product’ in art. 2 sub b RAPV volgt dat rekening dient te worden gehouden met ‘categorieën consumenten die bij het gebruik van het product grote risico's lopen, in het bijzonder kinderen en ouderen’,³⁴⁶ derhalve mede kwetsbare gebruikers. Of, en zo ja, in hoeverre rekening moet worden gehouden met zeer kwetsbare of atypische gebruikers (denk aan personen met allergieën of bijzondere lichamelijke afwijkingen) is onduidelijk.³⁴⁷

³⁴³ De term ‘algemeen veiligheidsvereiste’ komt terug in de considerans sub 6 van de Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

³⁴⁴ Weiß 2008, p. 543-545 wijst erop dat deze gezichtspunten ook terugkeren in de oudere Duitse rechtspraak over productaansprakelijkheid.

³⁴⁵ Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid)

³⁴⁶ Zie ook Waddington 2013, p. 761, mede onder verwijzing naar de considerans sub 8 RAPV over kwetsbare gebruikers.

³⁴⁷ Vgl. Howells 1998, p. 126.

Volgens art. 2 sub c is een gevaarlijk product dus een product dat niet beantwoordt aan de definitie van 'veilig product' van sub b.³⁴⁸

Het algemene veiligheidsvereiste dat in de definitie van 'veilig product' ligt besloten, krijgt via art. 3 lid 1 RAPV een normadressaat, aangezien dat artikel bepaalt dat producenten gehouden zijn uitsluitend 'veilige producten' op de markt te brengen.³⁴⁹ Het algemene veiligheidsvereiste vormt ook de basis voor de verdere verplichtingen van de distributeur (art. 5 lid 2 RAPV, nr. 64 e.v.).

Wat 'veilige producten' zijn, wordt vervolgens aan de hand van bijzondere gezichtspunten nader geconcretiseerd in art. 3 lid 2 en 3 RAPV. Art. 3 lid 2, eerste alinea, RAPV bepaalt dat indien er geen communautaire veiligheidsbepalingen bestaan, nationale regelgeving van toepassing is die in dat geval moet vallen binnen de grenzen als geschetst door art. 34 en 36 VWEU betreffende het vrije verkeer van goederen en het verbod op kwalitatieve beperkingen. Art. 3 lid 2, tweede alinea RAPV bevat een *vermoeden* van veiligheid, indien het product voldoet aan geharmoniseerde normen die in het publicatieblad van de EU zijn bekendgemaakt en die in nationale normen zijn omgezet. Hiermee is het Nieuwe Aanpak-principe dus ook voor de RAPV geïntroduceerd. Met name Schepel is erg kritisch over dit vermoeden, omdat het algemene veiligheidsvereiste uit art. 2 sub b RAPV dermate open en algemeen is, dat het niet meer als zelfstandig toepasbare essentiële eis kan worden gezien.³⁵⁰ Het zou daarmee niet meer voldoen aan de oorspronkelijke basisvoorwaarden voor de Nieuwe Aanpak.³⁵¹

Zijn geen Europese geharmoniseerde normen ter invulling van het algemene veiligheidsvereiste beschikbaar, dan wordt volgens art. 3 lid 3 RAPV de overeenstemming van een product met het algemene veiligheidsvereiste beoordeeld aan de hand van de volgende normen en gezichtspunten (die volgens de Commissie in *hiërarchische* volgorde van belang zijn, doch niet limitatief³⁵²):

- 'a) de niet-bindende nationale normen tot omzetting van andere dan de in lid 2 bedoelde relevante Europese normen,
- b) de normen van de lidstaat waar het product wordt verhandeld,
- c) de aanbevelingen van de Commissie met richtsnoeren voor de beoordeling van de productveiligheid,
- d) de gedragscodes inzake productveiligheid van de betrokken sector,

³⁴⁸ Zoals ook besproken in *Kamerstukken II* 2004/05, 29 982, nr. 7 (Verslag) i.v.m. de implementatie van de RAPV.

³⁴⁹ Art. 3 lid 1 RAPV: '*De producenten zijn gehouden uitsluitend veilige producten op de markt te brengen.*'

³⁵⁰ Schepel 2013a, p. 192.

³⁵¹ Zoals weergegeven in Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie (*PbEU* 1985, C 136/01), Annex II, punt B onder III als aangehaald door Falke 1997, p. en Schepel & Falke 2000, p. 201.

³⁵² EXPLANATORY MEMORANDUM by the European Commission to COM(2000) 139 final - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on general product safety (*PbEG* 2000, C 337 E), paragraaf 2.4: '*The Directive seems to establish a hierarchical order among the specifications mentioned in the list.*' Over de voorloper van de RAPV uit 2001, zie Howells 2000, p. 338, die ook op die hiërarchische volgorde wijst. Zie ook Hodges e.a. 1996, p. 127 en 129.

- e) de huidige stand van vakkennis en techniek,
- f) de veiligheid die de consument redelijkerwijs mag verwachten.'

Gezichtspunt f is het gebrekkigheids criterium uit art. 6 van de Richtlijn Productaansprakelijkheid, dat in hoofdstuk 7 nader aan de orde zal komen. Opvallend genoeg is in het Voorstel Verordening Consumentenproducten (hiervoor) 'de huidige stand van vakkennis en techniek' (gezichtspunt e) gepromoveerd tot het belangrijkste gezichtspunt (gezichtspunt a). (Vgl. de hoofdstukken 6 en 7 voor de Duitse kennisniveaus.)

In de praktijk vormt dit algemene veiligheidsvereiste, dat mede kan worden gebruikt door marktdeelnemers om te beoordelen of hun product al dan niet veilig is, met name een belangrijke vangnetbepaling als grondslag voor toezicht en handhaving indien een product al op de markt is.³⁵³

42 Maximumharmonisatie

De meerderheidsopvatting in de literatuur is dat met Europese productnormen en de verplichtingen voor marktdeelnemers maximumharmonisatie is beoogd,³⁵⁴ hetgeen de rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigt.³⁵⁵ Het staat lidstaten daardoor niet vrij binnen het materiële toepassingsbereik van deze instrumenten striktere technische voorschriften voor producten te formuleren, omdat zij dan in strijd handelen met secundair EU-recht, behoudens de uitzonderingen als genoemd in art. 114 lid 5 t/m 10 VWEU.³⁵⁶

³⁵³ Hodges e.a. 1996, p. 127.

³⁵⁴ Barnard 2013, p. 658, Weatherill 2013a, p. 256 t.a.v. de Speelgoedrichtlijn. Anders en ten onrechte: Cafaggi 2006a, p. 237, die uitgaat van minimumharmonisatie aangezien de autoriteiten een product desalniettemin van de markt mogen halen '*when there is evidence that, despite such conformity, it is dangerous*'. Mijns inziens is dit geen aanwijzing voor minimumharmonisatie, maar een door secundair EU-recht toegestane uitzondering om conforme doch onveilige producten toch te weren; de lidstaten zijn immers niet vrij om strengere normen te formuleren voor producten. Vgl. in algemene zin ook Mittwoch 2013, p. 34-39. Bovendien dienen lidstaten indien zij een aantoonbaar onveilig product weren, de opgenomen vrijwaringsprocedures (*safeguard procedures*) te volgen. Vgl. ook HvJ EG 8 november 2007, C-374/05 (*Gintec*), waarin het HvJ uitging van maximumharmonisatie van Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek) hoewel de lidstaten op sommige punten enige keuzeruimte hadden. Voor productveiligheidsnormen uit andere pijlers geldt soms een grotere beleidsvrijheid of minimumharmonisatie; zie Craig & De Búrca 2015, p. 627 onder verwijzing naar onder meer HvJ EG 5 april 1979, 148/79, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ministerio/Ratti*), waarin werd uitgemaakt dat richtlijn 73/173 over verpakking van gevaarlijk materiaal eraan in de wegstaat dat lidstaten nadere voorschriften stellen (maximum, tevens uitputtende harmonisatie) en over oude richtlijnen over *preservatives in foodstuffs* die wel ruimte laten aan de lidstaten om zelf nadere producten op lijsten op te nemen die aan nadere labelingvereisten moeten voldoen, o.a. HvJ EG 12 juni 1980, 88/79, ECLI:EU:C:1980:152, ECR 1980 p. 1827, (EL1980:II/00241) (*Ministère Publique/Grunert*). Over de eerste RAPV bestond discussie of het minimum- of maximumharmonisatie betrof, Howells 1998, p. 69.

³⁵⁵ HvJ EG 8 mei 2003, C-14/02 (*ATRAL/Belgische Staat*) r.o. 44 t.a.v. Richtlijn 73/23 (Laagspanning), Richtlijn 89/336 (Elektromagnetische compatibiliteit) en Richtlijn 1999/5 (Telecommunicatieapparatuur, ook wel bekend als R&TTE-richtlijn). Zie ook HvJ EG 30 april 2009, C-132/08 (*Lidl Magyarország Kereskedelmi bt/Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa*) r.o. 43, zijnde een bevestiging van voornoemde uitspraak t.a.v. Richtlijn 1999/5. Zie ook HvJ EG 23 november 1989, C-150/80, ECLI:EU:C:1989:594 (*Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik*), r.o. 17 ten aanzien van Richtlijn 76/768/EEG (Cosmetica-richtlijn (oud)). Zie tevens Barnard 2013, p. 658 en 659 en aldaar genoemde rechtspraak.

³⁵⁶ Barnard 2013, p. 652-654, en p. 659 onder verwijzing naar HvJ EG 30 november 1983, 227/82 (*Leendert van Bennekom*), r.o. 35, waaruit volgt dat alleen bij volledige harmonisatie een beroep door de lidstaat op art. 36 VWEU niet meer gerechtvaardigd is.

Producten die voldoen aan de Europese productveiligheidsregelgeving moeten in beginsel worden toegelaten op de gehele markt en vrij kunnen worden verhandeld. In hoofdstuk 3 zal worden uitgewerkt in hoeverre lidstaten privaatrechtelijk strengere normen mogen hanteren (zie hoofdstuk 3).

2.4 VERPLICHTINGEN VAN MARKTDEELNEMERS IN RELATIE TOT EUROPESE PRODUCTNORMEN (NORMADRESSATEN)

43 De verhouding productnormen en overige verplichtingen van marktdeelnemers

In deze paragraaf zal worden behandeld wie zorgdraagt voor de naleving van Europese productnormen. Zoals in de inleiding aangekondigd (nr. 6), maken de instrumenten onderscheid tussen enerzijds Europese productnormen en anderzijds de verplichtingen voor marktdeelnemers. Art. 1 van het Modelbesluit bevat een algemeen conformiteitsbeginsel dat in nieuwe instrumenten wordt overgenomen en dit onderscheid tussen producteisen (lid 1) en verplichtingen voor de marktdeelnemers in de keten (lid 2) illustreert.

Artikel 1 lid 1 Modelbesluit luidt:

1. Producten die in de Gemeenschap in de handel worden gebracht, voldoen aan alle toepasselijke wetgeving.

De verleiding is groot in lid 1 een absolute resultaatsverplichting te lezen voor alle marktdeelnemers, doch lid 2 maakt duidelijk dat de producteisen in de nadere verplichtingen per type marktdeelnemer een normadressaat krijgen en hun verantwoordelijkheid voor de naleving van producteisen afhankelijk van hun rol verschilt:

2. Wanneer marktdeelnemers producten in de Gemeenschap in de handel brengen, zijn zij, in verhouding tot de respectieve rol die ze vervullen in de toeleveringsketen, verantwoordelijk voor de conformiteit van hun producten met alle toepasselijke wetgeving.
3. Marktdeelnemers zijn er aansprakelijk³⁵⁷ voor dat alle informatie die zij verstrekken in verband met hun producten nauwkeurig, volledig en in overeenstemming met de toepasselijke communautaire regelgeving is.³⁵⁸

Zowel het Modelbesluit als de RAPV bevatten verplichtingen voor marktdeelnemers in de handelingsketen die concretiseren in hoeverre zij voor de naleving van Europese productnormen dienen zorg te dragen. De attributie van verplichtingen onder het Modelbesluit en de RAPV verschilt, omdat de definities van de diverse actoren onder deze instrumenten verschillen. Schematisch kan de verhouding tussen de diverse definities als

³⁵⁷ Dit lijkt niet zozeer een civielrechtelijk geladen begrip doch eerder bedoeld als 'verantwoordelijk', aangezien de Engelse en Franse taalversies van *responsible* resp. *responsable/sont tenu de* wordt gesproken (en niet van *liable*). Ingevolge HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT e.a.*), r.o. 18 zijn alle taalversies even authentiek.

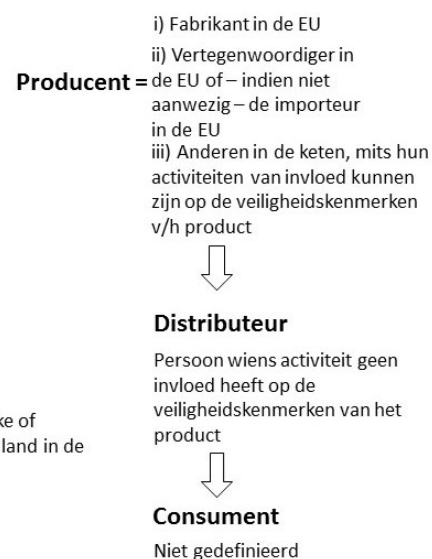
³⁵⁸ Art. 1 en considerans sub 17 t/m 19 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

volgt worden weergegeven:

Sectorspecifiek EU-productveiligheidsrecht conform het Modelbesluit



Horizontaal EU-productveiligheidsrecht RAPV



Met het Voorstel Verordening Consumentenproducten werd beoogd de verschillen in terminologie en in de verdeling van verplichtingen over partijen in de keten weg te nemen. In dit voorstel werd aangesloten bij de terminologie en de bijbehorende verplichtingen uit het Modelbesluit.³⁵⁹ Dit voorstel zit thans vast in het wetgevingsproces (nr. 31).

De verplichtingen per marktdeelnemer zullen hierna worden uitgewerkt, met als doel te laten zien welke publiekrechtelijke verantwoordelijkheid en zorgplicht de verschillende marktdeelnemers in de keten hebben voor de naleving van Europese productnormen.

2.4.1 Fabrikant en producent

44 Verschil 'fabrikant' en 'producent'

'Fabrikant' en 'producent' zijn geen uitwisselbare begrippen. 'Fabrikant' (*manufacturer*) is het begrip dat in specifieke productveiligheidswetgeving wordt gebruikt.³⁶⁰ 'Producent' is een begrip dat ruimer is dan 'fabrikant' en dat afkomstig is uit de RAPV. De fabrikant is volgens het Modelbesluit een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een product vervaardigt of laat ontwerpen of vervaardigen, en het onder zijn naam of handelsmerk verhandelt.³⁶¹ Deze laatste zinsnede maakt dat ook partijen die een door een ander vervaardigd product onder eigen (merk)naam op de markt brengen, zogeheten *private labels*, fabrikanten zijn.³⁶² De producent onder de RAPV is

COM(2013) 78 final - Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on consumer product safety and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC, onder 9.

³⁶⁰ Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

³⁶¹ Art. R 1 lid 3 van Bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

³⁶² Blue Guide 2016, p. 28 (NL) is op dit punt wel juist.

‘de fabrikant van het product, indien deze in de gemeenschap (thans: Unie) gevestigd is, en eenieder die zich als fabrikant aandient door op het product zijn naam, merk of ander teken aan te brengen, of degene die het product opnieuw in goede staat brengt’.³⁶³ Wie ‘fabrikant’ is, is in de RAPV niet nader gedefinieerd. Is de fabrikant buiten de EU gevestigd dan wordt ook diens vertegenwoordiger als producent gekwalificeerd en – bij gebreke van een vertegenwoordiger in de EU – de importeur.³⁶⁴ Andere personen die beroepshalve zijn betrokken bij de handelingsketen zijn ook producent in voornoemde zin voor zover hun activiteiten van invloed kunnen zijn op de veiligheidskenmerken van een product.³⁶⁵ De definitie van ‘producent’ in de RAPV is dus niet gelijk aan het producentenbegrip onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid, zie nader hoofdstuk 7.³⁶⁶ De pre- en post-marketingverplichtingen voor fabrikanten onder het bijzondere productveiligheidsrecht³⁶⁷ en voor producenten onder de RAPV³⁶⁸ worden nu besproken.

2.4.1.1 Pre-marketingverplichtingen fabrikant c.q. producent

45 Conformiteitsverplichting

Volgens het Modelbesluit waarborgen fabrikanten indien zij producten in de handel brengen dat die zijn vervaardigd en ontworpen conform de eisen (hierna: de conformiteitsverplichting).³⁶⁹

De RAPV bevat in art. 3 lid 1 een algemene verplichting voor producenten om uitsluitend ‘veilige producten’ op de markt te brengen.³⁷⁰ Zie voorts nr. 41. Aldus is de fabrikant onder de sectorspecifieke instrumenten en de producent onder de RAPV de primaire normadressaat van productnormen.

46 Documentatieplicht (technische documentatie)

Op de fabrikant rust de verplichting om de vereiste technische documentatie op te stellen en te bewaren.³⁷¹ Deze technische documentatie bevat informatie waarmee de overeenstemming van het product met de *essentiële eisen* kan worden aangetoond, al dan niet met toepassing van een kwaliteitssysteem.³⁷² Volgens bijlage II, Conformiteitsbeoordelingsmodule A (nader nr. 47) van het Modelbesluit bevat de technische documentatie ten minste een algemene

³⁶³ Art. 2 sub e onder i Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

³⁶⁴ Art. 2 sub e onder ii RAPV.

³⁶⁵ Art. 2 sub e onder iii RAPV.

³⁶⁶ Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid).

³⁶⁷ Art. R 2 lid 1 t/m 9 Bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

³⁶⁸ Art. 5 lid 1 t/m 4 RAPV.

³⁶⁹ Art. R2 lid 1 van Bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit): ‘Wanneer zij hun producten in de handel brengen, waarborgen fabrikanten dat ze werden ontworpen en vervaardigd overeenkomstig de eisen beschreven in ... [verwijzing naar desbetreffende deel van de wetgeving].’

³⁷⁰ Art. 3 lid 1 RAPV.

³⁷¹ Onder de art. 10 Cosmeticaverordening noemt men deze documentatie het ‘productveiligheidsrapport’.

³⁷² Art. R2 lid 2 van Bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit). In bijlage II van Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit) onder module A komen tevens de vereisten aan de technische documentatie terug. Zie ook Blue Guide 2016, p. 56.

beschrijving van het product, de ontwerp- en fabricagetekeningen, de beschrijvingen en toelichtingen die nodig zijn voor het begrijpen van de tekeningen, de schema's van de werking van het product, de berekeningen voor ontwerpen en uitgevoerde controles, alsmede eventuele testverslagen. Verder dienen de toegepaste geharmoniseerde normen te worden genoemd. Voor zover die niet zijn toegepast of ontbreken, moet worden omschreven op welke andere wijze aan de essentiële eisen is voldaan.³⁷³ Verder bevat de technische documentatie onder Conformiteitsbeoordelingsmodule A een 'adequate risicoanalyse en -beoordeling'. Dit houdt volgens de Europese Commissie in

'dat de fabrikant eerst alle mogelijke risico's van het product moet identificeren en moet vaststellen welke essentiële eisen van toepassing zijn. Deze analyse moet worden gedocumenteerd en in de technische documentatie worden opgenomen. Daarnaast moet de fabrikant de beoordeling documenteren van de aanpak van de geïdentificeerde risico's om ervoor te zorgen dat het product voldoet aan de van toepassing zijnde essentiële eisen (bijvoorbeeld door toepassing van geharmoniseerde normen).'³⁷⁴

Een wetenschappelijke beoordeling van de risico's van het product – los van de productnormen – lijkt dus niet voorop te staan (Vgl. het ontwikkelingsrisicoverweer, nr. 179).³⁷⁵

De technische documentatie bevat essentiële informatie over de veiligheid van het product die ook vanuit bewijsrechtelijk perspectief van groot belang kan zijn. Een geharmoniseerd recht op informatie van gebruikers/consumenten of andere marktdeelnemers ontbreekt vooralsnog.

In de RAPV ontbreekt de plicht tot het opstellen en beschikbaar houden van technische documentatie en dus ook tot het maken van een risicoanalyse.³⁷⁶ In het Voorstel Verordening Consumentenproducten staat wel een plicht tot het opstellen van een technische documentatie 'evenredig met het mogelijke risico van het product' inclusief de plicht tot het vastleggen van een risicoanalyse van het product, hetgeen niet nader wordt gespecificeerd. Desalniettemin zou deze plicht een nuttige toevoeging zijn.³⁷⁷

47 Conformiteitsbeoordeling en Notified Bodies (NBs)

De fabrikant is onder het sectorspecifieke productveiligheidsrecht verplicht een toepasselijke conformiteitsbeoordelingsprocedure te doorlopen alvorens het product in de handel mag worden gebracht.³⁷⁸ Afhankelijk van het type

³⁷³ Zie ook Blue Guide 2016, p. 56.

³⁷⁴ Blue Guide 2016, p. 56.

³⁷⁵ Voor cosmetica vormt dit wel onderdeel van het productveiligheidsrapport, zie Bijlage 1, Deel B onder 1 en 3.

³⁷⁶ Zie ook Verhoeven 2017, p. 589.

³⁷⁷ Art. 8 lid 4 Voorstel. Howells 2014a, p. 530; Vgl. de suggestie van Verhoeven 2017, p. 589 zonder verwijzing naar het voorstel.

³⁷⁸ Art. R2 lid 2, Bijlage I, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit): 'Fabrikanten stellen de vereiste technische documentatie op en voeren de toepasselijke conformiteitsbeoordelingsprocedure uit of laten deze uitvoeren.'

product dient hij deze beoordeling geheel zelf uit te voeren (zelfcertificering) dan wel daarbij een derde te betrekken, een zogeheten conformiteitsbeoordelingsinstantie. Omdat deze instanties alleen conformiteit mogen beoordelen indien zij daartoe bij de Commissie zijn aangemeld, worden deze instanties ook wel aangemelde instanties of *notified bodies* (afgekort: *NBs*) genoemd.³⁷⁹ In Nederland is bijvoorbeeld SGS Nederland B.V. de *NB* voor speelgoed. Onder andere Dekra Certification B.V. en TÜV Nederland QA B.V. zijn *NBs* voor machines.³⁸⁰

De RAPV kent als horizontaal instrument geen conformiteitsbeoordelingsprocedures. Het Modelbesluit kent acht typen conformiteitsbeoordelingsmodules (A t/m H), die zijn weergegeven in bijlage II, met variaties daarop (A1, A2 et cetera) die door de wetgever kunnen worden overgenomen in wetgeving.³⁸¹ Van belang is dat sommige modules zien op de ontwerpfase,³⁸² sommige op de productiefase,³⁸³ en sommige op allebei.³⁸⁴ De EU-wetgever selecteert de modules en dus de mate van controle op basis van subsidiariteit en evenredigheid in relatie tot het potentiële risico van de productgroep (vgl. nr. 37). Hoe risicovoller het product, des te intensiever de controles.³⁸⁵ De EU-wetgever laat waar mogelijk in het instrument aan de fabrikant de keuze tussen verschillende routes, mits die routes qua mate van controle het risico vergelijkbaar reguleren.³⁸⁶ Modules die alleen op de ontwerpfase zien, worden in beginsel gecombineerd met modules die op de productiefase zien.

De volgende combinaties van modules kunnen worden aangetroffen in richtlijnen en verordeningen:³⁸⁷

<i>A Interne productiecontrole</i>
<i>A1 Interne productiecontrole plus producttests onder toezicht</i>
<i>A2 Interne productiecontrole plus productcontroles onder toezicht met willekeurige tussenpozen</i>
<i>B + C EU-typeonderzoek (B) gevolgd door conformiteit met het EU-type op basis van interne productiecontrole (C) plus producttests onder toezicht (C1)</i>
<i>B + C2 EU-typeonderzoek (B) gevolgd door conformiteit met het EU-type op basis van interne productiecontrole plus productcontroles onder toezicht met willekeurige tussenpozen (C2)</i>

De conformiteitsbeoordelingsprocedures zijn ingevoerd met de Globale aanpak, Besluit 93/465/EEG (Modelbesluit (oud)), Bijlage II.

³⁷⁹ Welke instanties zijn aangemeld is te vinden via de NANDO-database van de Commissie, <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/nando/index.cfm>.

³⁸⁰ Andere *NBs* voor machines zijn Aboma B.V., Liftinstituut B.V., Stichting Keuringsbureau Hout (SKH) en H.H.C./D.R.S. Inspecties B.V.

³⁸¹ Zie uitgebreid Blue Guide 2016, p. 62-83 (EN).

³⁸² B-module.

³⁸³ C, C1, C2, D, E en F.

³⁸⁴ A, A1, A2, D1, E1, F1, G, H, H1.

³⁸⁵ Bijlage II Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit). Blue Guide 2016, p. 72 (EN). Zie over de voorlopers van het huidige modelbesluit: Hodges e.a. 1996, p. 36-37; Howells 1998, p. 45 en 100-114.

³⁸⁶ Blue Guide 2016, p. 72 (EN).

³⁸⁷ Blue Guide 2016, p. 70 (EN).

<i>B + D EU-typeonderzoek (B) gevolgd door conformiteit met het EU-type op basis van kwaliteitsborging van het productieproces (D)</i>
<i>D1 Kwaliteitsborging van het productieproces</i>
<i>B + E EU-typeonderzoek (B) gevolgd door conformiteit met het EU-type op basis van productkwaliteitsborging (E)</i>
<i>E1 Kwaliteitsborging van de eindproductinspectie en de producttests</i>
<i>B + F EU-typeonderzoek (B) gevolgd door conformiteit met het EU-type op basis van productkeuring (F)</i>
<i>F1 Conformiteit op basis van productkeuring</i>
<i>G Conformiteit op basis van eenheidskeuring</i>
<i>H Conformiteit op basis van volledige kwaliteitsborging</i>
<i>H1 Conformiteit op basis van volledige kwaliteitsborging plus ontwerponderzoek</i>

Voor dit onderzoek is van belang dat de mate waarin een conformiteitsbeoordeling feitelijke informatie geeft over de conformiteit met Europese productnormen, en dus de veiligheid van het product, afhangt van de toepasselijke modules en van de door de producent gekozen route (als er een keuze is). Daarbij geldt als algemeen uitgangspunt dat het eindproduct zoals dat van de lopende band afrolt zelden tot nooit op individueel niveau van ontwerpfase tot productiefase door een derde zal zijn gecontroleerd. Module A-varianten zien immers op zelfcertificering. Module B- + C-varianten zien op een typegoedkeuring van één (ontwerp)exemplaar door een *NB* waarna het gehele productieproces door de fabrikant intern dan wel door een *NB* wordt gekeurd. Module D, E, H en hun varianten maken gebruik van kwaliteitsborgingsmethodes die zijn geënt op de normen EN ISO 9000 en 9001. Het door de producent gebruikte kwaliteitsborgingssysteem wordt vervolgens door een *NB* gekeurd. Een fabrikant beschikt over de mogelijkheid om een onder ISO-9000/9001 goedgekeurd kwaliteitssysteem te gebruiken, in welk geval een vermoeden geldt dat aan de desbetreffende modules is voldaan (lees: het Nieuwe Aanpak-principe, maar dan niet ter waarborging van naleving van de essentiële eisen maar ter waarborging van de naleving van de modules van conformiteitsbeoordeling). Een goedkeuring of certificaat van een *NB* ziet alleen op die aspecten die de *NB* heeft moeten bekijken onder de gekozen module. De *NB* moet een goedkeuring³⁸⁸ of certificaat³⁸⁹ weigeren of een reeds afgegeven certificaat schorsen, intrekken of beperken indien een product niet (meer) voldoet aan de toepasselijke vereisten.³⁹⁰

NBs vervullen aldus een belangrijke rol in de pre-marketingcontrole van de conformiteit van producten met Europese productnormen. Is een beoordeling door een *NB* voorgeschreven, dan is dit een belangrijke voorwaarde voor het al dan niet toelaten van een product op de Europese markt. Een positief oordeel is evenwel geen vrijbrief: nationale toezichthouders mogen het product van de

³⁸⁸ Bijvoorbeeld van een kwaliteitsborgingssysteem (Module D, onder 7).

³⁸⁹ Bijvoorbeeld een EU-typegoedkeuring (Module B onder 6, derde alinea, en onder 8).

³⁹⁰ Audits en testverslagen worden verstrekt, doch niet ingetrokken omdat een audit of een test van een specifiek product een momentopname is, zie o.a. Module D onder 4.3 en Module F1 onder 6.3, derde alinea.

markt halen mocht later alsnog blijken dat het inbreuk maakt op de geldende producteisen, mits zij die maatregelen melden bij de Commissie (nr. 71).³⁹¹

De laatste jaren is deze vorm van privaat toezicht aan sterkte kritiek onderhevig om meerdere redenen. Ten eerste zijn *NBs* veelal private rechtspersonen³⁹² die door marktdeelnemers worden ingeschakeld en door deze laatsten worden betaald, naar Nederlands recht onder een overeenkomst van opdracht.³⁹³ Door de financiële afhankelijkheid van *NBs* van hun opdrachtgevers bestaat vanzelfsprekend een *conflict of interest*. Ten tweede zou de controle op *NBs*, namelijk via een systeem van accreditatie, tekortschieten.³⁹⁴ Ten derde zou de inhoud van de controle door *NBs* op producten zoals die in de richtlijnen en verordeningen is voorgeschreven, onvoldoende om het lijf hebben en bovendien ruimte laten voor interpretatie, hetgeen ziet op gebreken in de modules en de verder voor *NBs* geldende verplichtingen. Voor wat betreft de modules zijn met name de modules over kwaliteitsmanagementsystemen aan kritiek onderhevig.³⁹⁵

Dat het toezicht door *NBs* beperkingen kent, kwam pijnlijk aan het licht in het PIP-schandaal, dat resulteerde in het arrest *Schmitt/TÜV* (zie nader nr. 81).³⁹⁶ De rol van en controle op *NBs* bij medische hulpmiddelen is sterk aangescherpt,³⁹⁷ doch andere sectoren blijven hier ten onrechte bij achter.

48 Conformiteitsverklaring (DoC)

De fabrikant dient volgens het Modelbesluit een EU-conformiteitsverklaring (verklaring van overeenstemming, *declaration of conformity*, hierna: *DoC*) op

³⁹¹ Concl. A-G Sharpston onder 92 bij HvJ EU 14 juni 2007, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337 (*Medipac-Kazantzidis AE/Venizeleio-Pananeio*): ‘Het spreekt vanzelf dat, zoals de Griekse regering aanvoert, een vermoeden van conformiteit kan worden weerlegd. De EG-markering maakt medische hulpmiddelen niet onfeilbaar. Dit is de reden waarom van de lidstaten wordt verlangd dat zij een voortdurende bewaking van de markt organiseren en uitvoeren teneinde te controleren of medische hulpmiddelen voldoen aan de essentiële eisen van de richtlijn betreffende medische hulpmiddelen. Om voor de hand liggende redenen betrekking hebbende op de bescherming van de volksgezondheid, is een dergelijke bewaking van de markt juist bij medische hulpmiddelen van bijzonder belang.’ Vgl. Neerhof over Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten), Neerhof 2013a, p. 41.

³⁹² Blue Guide 2016, p. 75 e.v. (NL); Galland 2013, p. 368-369. Overigens is wel eens de vraag opgeworpen of *NBs* niet toch moeten worden gezien als zelfstandige bestuursorganen (B-organen), zie o.a. Neerhof 2013a, p. 71 onder verwijzing naar De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 90, 93 en 94, die overigens zelf tot een negatieve antwoord komt. Eijlander e.a. 2003, p. 374 menen dat wanneer certificering feitelijk de enige mogelijkheid is om te voldoen aan de wet en van concurrentie tussen certificeringsinstanties feitelijk geen sprake meer is, zij eveneens als bestuursorganen zouden moeten worden aangemerkt. *NBs* concurreren echter in de praktijk. Zie uitzonderlijk in positieve zin, Rb. Rotterdam 3 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV1554, *JGR* 2006, 45, m.nt. Vollebregt. Het ging hier om de aangemelde instantie voor speelgoed.

³⁹³ Vgl. Verbruggen 2013, paragraaf 2 over zuiver private certificering (zie noot 7). Het gebruik van certificering voor productveiligheidsrecht is meer hybride, nl. private certificering binnen een wettelijk kader. Vgl. het gebruik van accountantsverklaringen.

³⁹⁴ Het systeem van accreditatie wordt thans beheerst door de Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht). Zie voor nadere uitleg Blue guide 2016, p. 79-93. Het zal hier niet verder worden behandeld. Zie voor verdere problemen t.a.v. transparantie en *accountability*, Galland 2013, p. 369.

³⁹⁵ Vgl. Hiemstra 2018, p. 45, mede onder verwijzing naar Hodges 2010, p. 943.

³⁹⁶ HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*)

³⁹⁷ Uitvoeringsverordening (EU) Nr. 920/2013 over de aanwijzing van en het toezicht op aangemelde instanties bij medische hulpmiddelen. Bijlage VII en IX bij Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen), zoals besproken door Hiemstra 2018, p. 46-49 en Verbruggen & Van Leeuwen 2018, p.404 en 408.

te stellen en te bewaren.³⁹⁸ Uitgangspunt is dat één verklaring wordt opgesteld of een dossier van verschillende verklaringen als er meerdere secundaire instrumenten van toepassing zijn.³⁹⁹ De DoC bevat cruciale informatie over de toepasselijke regelgeving, en of, en zo ja welke, geharmoniseerde normen zijn gevolgd. De DoC bevat voorts de naam en het adres van de producent en de naam en het nummer van de eventueel betrokken NB (nr. 47) en het eventueel afgegeven certificaat.⁴⁰⁰ Indien nadere identificatie- en *traceability*-verplichtingen gelden, dan bevat de DoC de noodzakelijke gegevens daartoe.

De DoC moet voldoen aan het model dat is opgenomen in het desbetreffende instrument, dat meestal is gebaseerd op de modelverklaring uit Bijlage III bij het Modelbesluit. Voor de inhoud van DoCs bestaan eveneens ISO-standaarden/modellen.⁴⁰¹ Het meeleveren van de DoC met het product is slechts onder bepaalde instrumenten verplicht.⁴⁰² Dat betekent dat onder andere instrumenten, de distributeur geen beschikking hoeft te hebben over de DoC: de DoC moet dan slechts ter beschikking kunnen worden gesteld als de autoriteiten erom vragen. Dat kan ook rechtstreeks door de producent gebeuren.

In 2017 is een voorstel gedaan voor een nieuwe Markttoezichtverordening (nr. 71). Deze bevatte een bepaling die de online publicatie van de DoC verplicht maakte.⁴⁰³ Deze bepaling heeft de eindstreep helaas niet gehaald,⁴⁰⁴ onder meer omdat het Europees Sociaal Comité vreesde voor verwarringsgevaar bij de consument die deze verklaring ten onrechte als een goedkeuringsstempel of vergunning zou kunnen beschouwen.⁴⁰⁵ Zoals in de

³⁹⁸ Art. R2 lid 2, 2^e alinea Bijlage I, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit): *‘Wanneer met die procedure is aangetoond dat het product aan de toepasselijke eisen voldoet, stellen fabrikanten een EG-conformiteitsverklaring op en brengen zij de conformiteitsmarkering aan.’* Lid 3: *‘Fabrikanten bewaren de technische documentatie en de EG-conformiteitsverklaring tot ... [...] nadat het product in de handel is gebracht.’* Veelal is de termijn 10 jaar na in de handel brengen.

³⁹⁹ Blue Guide 2016, p. 58 (NL).

⁴⁰⁰ Blue Guide 2016, p. 58 (NL)

⁴⁰¹ EN ISO/IEC 17050-1, zie Blue Guide 2016, paragraaf 4.4.

⁴⁰² Blue Guide 2016, p. 58 (NL): *‘De harmonisatiewetgeving van de Unie betreffende machines, materieel op plaatsen waar ontploffingsgevaar kan heersen, radioapparatuur en telecommunicatie-eindapparatuur, meetinstrumenten, pleziervaartuigen, liften, hogesnelheids- en conventionele spoorwegsysteem en onderdelen van het Europees netwerk voor luchtverkeersbeheer vereist bovendien dat de producten met een EU-conformiteitsverklaring worden geleverd.’* In onder andere de nieuwe Verordening Persoonlijke beschermingsmiddelen is het meeleveren van een conformiteitsverklaring bij het product of verwijzing naar de website waar deze beschikbaar is, verplicht; considerans sub 24 en art. 8 lid 8 Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen).

⁴⁰³ Art. 5 van COM(2017) 795 final - Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules and procedures for compliance with and enforcement of Union harmonisation legislation on products and amending Regulations (EU) No 305/2011, (EU) No 528/2012, (EU) 2016/424, (EU) 2016/425, (EU) 2016/426 and (EU) 2017/1369 of the European Parliament and of the Council, and Directives 2004/42/EC, 2009/48/EC, 2010/35/EU, 2013/29/EU, 2013/53/EU, 2014/28/EU, 2014/29/EU, 2014/30/EU, 2014/31/EU, 2014/32/EU, 2014/33/EU, 2014/34/EU, 2014/35/EU, 2014/53/EU, 2014/68/EU and 2014/90/EU of the European Parliament and of the Council.

⁴⁰⁴ Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten), waarin het oorspronkelijke art. 5 ontbreekt.

⁴⁰⁵ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité d.d. 10 oktober 2018 (*PbEU* 2018, C 283/19).

hoofdstukken 6 en 7 zal blijken, kan publicatie van de *DoC* maken dat geharmoniseerde normen eerder van betekenis worden voor privaatrechtelijke normstelling in de zin dat marktdeelnemers op de naleving ervan eerder kunnen worden aangesproken. De invoering van deze plicht zou in het kader van transparantie en wederzijdse controle mijns inziens een wenselijke ontwikkeling zijn geweest, hoewel het verstrekken of openbaar maken van zo'n verklaring natuurlijk geen garantie is dat de daarin genoemde normen ook daadwerkelijk worden gevolgd. De belangen van de industrie worden mijns inziens door invoering van zo'n plicht niet buitenproportioneel geschaad aangezien publicatie op een website minimale inspanning vereist en de verklaring zoals hiervoor is gebleken – anders dan bijvoorbeeld het technische dossier – geen bedrijfsgevoelige informatie bevat. Het schrappen van deze bepaling is mijns inziens dus een gemiste kans en niet in het belang van gebruikers van producten.

49 CE-markering

De aanwezigheid van een CE-markering vormt een voorwaarde voor toegang tot de interne markt.⁴⁰⁶ Iedereen heeft de CE-markering weleens gezien. Tegelijkertijd veroorzaakt de markering in de praktijk grote onduidelijkheid.⁴⁰⁷ De markering wordt namelijk ervaren als een soort Europees goedkeuringsstempel, terwijl ze dat niet is.

De CE-markering is alleen verplicht onder bepaalde sectorspecifieke instrumenten. Met name instrumenten die zijn gemodelleerd naar het modelbesluit, doch niet alle.⁴⁰⁸ Niet ieder product waarop de markering ontbreekt is dus per definitie onveilig. Volgens het modelbesluit dient de fabrikant (of diens gemachtigde) de conformiteitsmarkering (lees: CE-markering) aan te brengen op het product.⁴⁰⁹ De fabrikant mag de markering alleen aanbrengen indien zijn product voldoet aan de producteisen, doch het is geen extern keurmerk. Het is een paspoort tot de interne markt. Het aanbrengen van een CE-markering doet de fabrikant altijd zelf, doch is, indien conformiteitsbeoordeling door een *NB* is voorgeschreven, slechts toegestaan

⁴⁰⁶ Blue Guide 2016, p. 58-59 (EN); Snijders 1990, p. 60-61.

⁴⁰⁷ Bijvoorbeeld onder consumenten, Howells 2000, p. 345. Zie ook Siderius & Verhoeven 1993, p. 6 waaruit voor Nederlandse consumenten hetzelfde blijkt. Zie bijvoorbeeld ook de verschrijving van Hiemstra 2018, p. 43; *'de procedure die de producent dient te volgen ter verkrijging van een CE-markering'*.

⁴⁰⁸ Van de hier onderzochte instrumenten hanteren de volgende de CE-markering: Verordening (EU) 2016/424 (Kabelbaaninstallaties), Richtlijn 2009/142/EG (Gastoestellen), Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed), Richtlijn 2011/65/EU (gevaarlijke stoffen in elektrische apparatuur), Richtlijn 2013/29/EU (Pyrotechnische artikelen, beschikking), Richtlijn 2014/28/EU (Explosieven voor civiel gebruik, beschikking), Richtlijn 2014/29/EU (Eenvoudige drukvaten), Richtlijn 2014/68/EU (Drukapparatuur, beschikking), Richtlijn 2014/30/EU (EMC-richtlijn, beschikking), Richtlijn 2014/33/EU (Liften), Richtlijn 2014/35/EU (Laagspanning, beschikking), Richtlijn 2014/34/EU (ATEX-producten, beschikking), Richtlijn 2014/53/EU (Radioapparatuur), Richtlijn 2013/53/EU (Pleziervaartuigen), Verordening (EU) 2017/746 (IVDR, beschikking), Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen), Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten), Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen).

Voor Richtlijn 2014/90/EU (Uitrusting zeeschepen) geldt een andere markering, en voor Richtlijn 2010/35/EU (Vervoerbare drukapparatuur) een Pi-markering.

⁴⁰⁹ Art. R2 lid 2, 2e alinea Bijlage I, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

onder de voorwaarde dat deze laatste bij die beoordeling is betrokken. De CE-markering wordt eventueel gevolgd door het identificatienummer van de *NB* (indien van toepassing),⁴¹⁰ doch alleen indien een *NB* is opgetreden in de productiecontrolefase.⁴¹¹

In de praktijk kan het voorkomen dat een product ten onrechte wordt voorzien van een CE-markering, bijvoorbeeld indien ten onrechte geen *NB* bij de conformiteitsbeoordeling is betrokken terwijl dit wel had moeten of een conformiteitsverklaring is opgesteld terwijl de conformiteit niet is beoordeeld. In China worden op deze manier grote hoeveelheden producten geproduceerd met een ten onrechte aangebrachte CE-markering.⁴¹² De enkele aanwezigheid van een CE-markering zegt in de praktijk dus niet veel over de daadwerkelijke veiligheid van het product: het zijn met name technische documentatie, de wijze van conformiteitsbeoordeling en de conformiteitsverklaring (*DoC*) die inhoudelijke informatie over de eigenschappen van het product bevatten.

Desalniettemin heeft de CE-markering een belangrijke functie met het oog op opsporing, toezicht en handhaving. Doordat op bepaalde categorieën producten bestemd voor de Europese markt de markering moet worden aangebracht, kunnen producten die bestemd zijn voor de Europese markt, indien ze zonder markering bij de grens worden aangetroffen, worden tegengehouden. Worden op het grondgebied van de Unie producten met CE-markering door toezichthouders aangetroffen die qua eigenschappen niet blijken te voldoen aan de regelgeving, dan kunnen marktdeelnemers zich niet meer verweren met de stelling dat de producten toch niet bestemd waren voor de Europese markt. Worden op de Europese markt producten aangetroffen die ten onrechte geen markering dragen, dan is aannemelijk dat ze qua inhoudelijke eigenschappen evenmin voldoen aan de Europese normen. Op basis van het ontbreken van de markering kan al tot handhaving worden overgegaan. In onder andere nr. 145 zal blijken waarom de markering ook voor privaatrechtelijke normstelling relevant kan zijn.

50 Informatieplichten ter identificatie en traceerbaarheid

Voor de fabrikant geldt een aantal informatieverplichtingen ten aanzien van het product, die samenhangen met de identificatie van het product en van de fabrikant, mede ten behoeve van de traceerbaarheid. Zo dient de fabrikant een type-, partij- of serienummer, dan wel een ander identificatiemiddel aan te brengen op het product, of indien dit niet mogelijk is op de verpakking of bijsluiter.⁴¹³

Verder moet de fabrikant zijn naam, geregistreeerde handelsnaam of geregistreeerde merknaam en het contactadres op het product, de verpakking

⁴¹⁰ Art. R12 lid 3 Bijlage I, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴¹¹ Blue Guide 2016, p. 58 (EN) en 61 (NL).

⁴¹² Of een op de CE-markering lijkende markering die zou staan voor 'China Export', Parliamentary Questions 27 november 2007 by Zuzana Roithová (PPE-DE) to the Commission regarding China Export (CE) mark feeding off the reputation of the European Conformité européenne (CE) mark and answers by Mr Verheugen on behalf of the Commission on 9 January 2008, OJ C 191, 29/07/2008.

⁴¹³ Art. R2 lid 5 van Bijlage I.

of de bijsluiter aanbrengen.⁴¹⁴ Ten slotte dient de fabrikant te kunnen identificeren aan wie hij een product heeft geleverd, alsmede van wie hij een product geleverd heeft gekregen.⁴¹⁵ Onder de RAPV geldt deze laatste plicht vooralsnog niet.⁴¹⁶ De plicht wordt wel genoemd in het Voorstel Verordening Consumentenproducten (nr. 31).⁴¹⁷

51 Informatieplicht voor het gebruik van het product

Volgens het Modelbesluit dient de fabrikant instructies en informatie over de veiligheid bij hun product te verstrekken, in een taal die de consumenten en andere eindgebruikers gemakkelijk kunnen begrijpen.⁴¹⁸ Dit zijn onder andere de bekende gebruiksaanwijzingen of bijsluiters. Ook gevaarsymbolen en andere waarschuwingen op de verpakking behoren hiertoe.⁴¹⁹ De RAPV zegt hierover:

‘Binnen het bestek van hun activiteiten verstrekken de producenten de consument de informatie die hem in staat stelt zich een oordeel te vormen over de aan een product inherente risico's gedurende de normale of redelijkerwijs te verwachten gebruiksduur, indien deze risico's zonder passende waarschuwing niet onmiddellijk herkenbaar zijn, en zich tegen deze risico's te beschermen. Een dergelijke waarschuwing ontslaat de betrokkenen evenwel niet van de verplichting de andere bij deze richtlijn gestelde eisen na te komen.’⁴²⁰

Deze verplichting kan het gebrekkigheidsvereiste onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid concretiseren, omdat het handvatten biedt ter weging van het gezichtspunt ‘de presentatie van het product’ (§ 7.2.3).

52 Nieuw: plicht tot het bieden van voldoende verhaal

Een nieuwe vondst van de Europese wetgever is een plicht voor de fabrikant tot het bieden van voldoende verhaal. Deze plicht staat in de nieuwe Verordening Medische hulpmiddelen. Art. 10 lid 16, tweede alinea vermeldt:

‘Fabrikanten zorgen, op een wijze die evenredig is aan de risicoklasse, het soort hulpmiddel en de omvang van de onderneming, ervoor dat ze maatregelen hebben genomen voor voldoende financiële dekking met betrekking tot hun mogelijke aansprakelijkheid uit hoofde van Richtlijn 85/374/EEG, onverminderd meer beschermende maatregelen krachtens het nationale recht.’

⁴¹⁴ Art. R2 lid 6 van Bijlage I.

⁴¹⁵ Art. R7 Bijlage I.

⁴¹⁶ Art. 5 lid 1 vierde alinea sub a RAPV: ‘Tot de in de derde alinea bedoelde maatregelen behoren bijvoorbeeld: a) de vermelding, op het product of op de verpakking ervan, van de identiteit en de contactinformatie van de producent alsmede de referentie van het product of, in voorkomend geval, van de partij waartoe het product behoort, tenzij weglating van die vermelding gerechtvaardigd is.’

⁴¹⁷ Art. 14 van COM(2013) 78.

⁴¹⁸ Art. R2 lid 7 van Bijlage I. De uiteindelijk voorgeschreven taal wordt aan de lidstaten gelaten.

⁴¹⁹ Zie bijvoorbeeld Bijlage V bij de Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed).

⁴²⁰ Art. 5 lid 1 aanhef RAPV.

Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 2 lid 1 sub a Warenwetbesluit Algemene Productveiligheid (Stb. 1993, 499, laatst gewijzigd bij Stb. 2016, 525).

Hierbij kan worden gedacht aan een verzekering, financiële reserve of bankgarantie, doch het is de vraag hoe een fabrikant aan de hand van de gezichtspunten 'risicoklasse, het soort hulpmiddel en de omvang van de onderneming' het exacte bedrag bepaalt. Deze plicht was een suggestie van het Europees Parlement. Zo'n plicht ontbreekt vooralsnog in de Richtlijn Productaansprakelijkheid, de RAPV en het Modelbesluit.

2.4.1.2 Post-marketingverplichtingen fabrikant en producent

53 Productbewakingsplicht, registratieplicht en informatieplicht jegens distributeur

Fabrikanten dienen volgens het Modelbesluit te beschikken over procedures om de conformiteit van hun serieproductie te blijven waarborgen. Daarbij dienen ze rekening te houden met veranderingen in het ontwerp en in de toepasselijke normen.⁴²¹ Een geschreven plicht om wetenschappelijke kennis over het product bij te houden ontbreekt echter (vgl. nr. 179).

Volgens het Modelbesluit voert de fabrikant '[i]ndien dit rekening houdend met de risico's van een product passend wordt geacht' steekproeven uit op de verhandelde producten. Dit criterium geeft weinig sturing. Verder dient de fabrikant klachten, non-conforme producten en teruggeroepen producten te onderzoeken en hij houdt daarvan 'zo nodig' een register bij.⁴²² Bovendien houden fabrikanten de distributeurs op de hoogte van dergelijk toezicht.⁴²³ De RAPV bevat een algemenere productbewakingsplicht, een klachtenregistratieplicht voor de producent en informatieplicht jegens de distributeur.⁴²⁴

Om aan de informatieplicht jegens de distributeur te kunnen voldoen, dienen de contactgegevens van afnemers te worden geregistreerd en bijgehouden. Het is onduidelijk wat precies onder 'op de hoogte houden' wordt verstaan. Zo is niet duidelijk of globaal informeren voldoende is of dat ook klachtenregistraties moeten worden gedeeld.

54 Corrigerende acties: waarschuwen, terugnemen, terugroepen

Een uitvloeisel of onderdeel van de productbewakingsplicht zijn de corrigerende acties bij constatering van non-conformiteit (in de zin van non-conformiteit met de toepasselijke productveiligheidswetgeving, niet te verwarren met de privaatrechtelijke non-conformiteit). Het Modelbesluit

⁴²¹ Art. R2 lid 4, eerst alinea, Bijlage I Modelbesluit: *'Er wordt terdege rekening gehouden met veranderingen in het ontwerp of in de kenmerken van het product en met veranderingen in de geharmoniseerde normen of technische specificaties waarnaar in de conformiteitsverklaring van het product is verwezen.'*

⁴²² Een verstandige producent houdt dit al bij vanuit marketingoogpunt, Brack & De Ruyter 1993.

⁴²³ Art. R2 lid 4, tweede alinea, Bijlage I Modelbesluit.

⁴²⁴ Art. 5 lid 1 derde alinea en sub a RAPV: *'De producenten nemen, binnen het bestek van hun activiteiten, maatregelen die zijn afgestemd op de kenmerken van de door hen geleverde producten om: a) op de hoogte te kunnen blijven van mogelijke risico's van deze producten'* en art. 5 lid 1 vierde alinea sub b RAPV; (...) *in alle gevallen waarin dat toepasselijk is, het uitvoeren van steekproeven op de in de handel gebrachte producten, het onderzoek van de klachten en, in voorkomend geval, het bijhouden van een klachtenregister en het inlichten van de distributeurs door de producent over de bewaking van de producten.'* Art. 2 lid 2 sub b Warenwetbesluit Algemene Productveiligheid (Stb. 1993, 499, laatst gewijzigd bij Stb. 2016, 525).

bepaalt dat bij (vermoedens van) non-conformiteit met de communautaire harmonisatiewetgeving fabrikanten onmiddellijk de nodige corrigerende maatregelen dienen te nemen om het product conform te maken of zo nodig uit de handel te nemen of terug te roepen.⁴²⁵ De term ‘terugnemen’ (*withdrawal*) wordt in het Modelbesluit gebruikt voor maatregelen waarmee wordt beoogd te voorkomen dat een product dat zich in de toeleveringsketen bevindt, op de markt wordt aangeboden.⁴²⁶ De term ‘terugroepen’ (*recall*) staat voor maatregelen waarmee wordt beoogd een product te doen terugkeren dat al aan de eindgebruiker ter beschikking is gesteld.⁴²⁷ Hiertoe worden vaak advertenties geplaatst en wordt gebruikgemaakt van sociale media. Deze laatste categorie wordt in de praktijk ook wel omschreven met de term ‘*public recall*’ of ‘zuivere recall’, in tegenstelling tot een ‘*private*’ of ‘*silent recall*’ als equivalent van de terugneemactie waarbij de consument/eindgebruiker nog niet wordt geïnformeerd.⁴²⁸

De corrigerende actieplichten in sectorspecifieke instrumenten zijn overgenomen in bijzondere Warenwetbesluiten, veelal door statische verwijzing naar de desbetreffende artikelen uit de richtlijn of verordening.⁴²⁹

Art. 5 lid 1, derde alinea aanhef en sub b RAPV bevat een met het Modelbesluit vergelijkbare bepaling:

‘De producenten nemen, binnen het bestek van hun activiteiten, maatregelen die zijn afgestemd op de kenmerken van de door hen geleverde producten om: (...) b) passende acties te kunnen ondernemen om deze risico’s te voorkomen, waaronder het uit de handel nemen, het aangepast en doeltreffend waarschuwen van consumenten en het terugroepen.’

Over het karakter van art. 5 lid 1, derde alinea onder b RAPV bestond in de literatuur enige discussie aangezien het artikel vermeldt dat de acties worden ondernomen op ‘vrijwillige basis’,⁴³⁰ waardoor sommige auteurs betwijfelen of dit artikel wel een plicht behelst (lees: vrijwillig als in facultatief of naar eigen goeddunken).⁴³¹ Mijns inziens is vrijwillig hier bedoeld als ‘anders dan op last

⁴²⁵ Art. R2 lid 8 van Annex I. De warenwet kent in art. 21 lid 1 de mogelijkheid voor de NVWA om een last op te leggen om houders of vermoedelijke houders van waren op de hoogte te stellen van het gevaar. Lid 2 geeft de minister de bevoegdheid een recall op leggen.

⁴²⁶ Art. R1 lid 15 van Annex I.

⁴²⁷ Art. R1 lid 14 van Annex I. Zie ook art. 21 lid 2 Warenwet.

⁴²⁸ Van Doorn & Pape 2015, p. 351 onder verwijzing naar Kuipers 2001.

⁴²⁹ Zie bijvoorbeeld de corrigerende acties uit art. 6 lid 8 Richtlijn 2014/68/EU (Drukapparatuur, herschikking), die zijn geïmplementeerd met art. 4 lid 1 sub a Besluit van 15 juni 2016, houdende vaststelling van het Warenwetbesluit drukapparatuur 2016 en wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit, het Warenwetbesluit liften 2016 en het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten (Warenwetbesluit drukapparatuur 2016) (*Stb.* 2016, 229).

⁴³⁰ Art. 5 lid 1 (slot): ‘(...) De in de derde alinea onder b genoemde acties worden genomen op vrijwillige basis [*cursivering GV*] of op verzoek van de bevoegde autoriteiten in overeenstemming met artikel 8 lid 1, onder f). Terugroepen geschiedt in laatste instantie, indien andere maatregelen niet zouden volstaan om risico’s te vermijden, indien de producenten het nodig achten of indien zij krachtens een maatregel van de bevoegde autoriteiten daartoe gehouden zijn. (...)’

⁴³¹ Van Doorn & Pape 2015, p. 352. Kroes 2004, p. 167 zoals ook aangehaald door Schuurmans 2013, p. 9.

van de overheid' om het contrast met een door de overheid opgelegde recall duidelijk te maken, doch dat betekent mijns inziens niet dat bij een ernstig risico de producent een keus heeft om een overheidsrecall af te wachten.⁴³² Dat laat overigens onverlet dat de term 'vrijwillig' hier bepaald ongelukkig is gekozen.

Deze maatregelen vertonen parallellen met rechten van de consument ten opzichte van de verkoper onder consumentenkoop (nader § 6.3.2).⁴³³

Op grond van het privaatrecht kunnen vergelijkbare plichten tot corrigerende actie bestaan (nr. 235). Het voorkomen van aansprakelijkheid kan een prikkel vormen om tot corrigerende actie over te gaan, maar het is aannemelijk dat andere omstandigheden in de praktijk een grotere prikkel vormen, namelijk het beschermen van het merk en de marktwaarde, en het voorkomen van reputatieschade.⁴³⁴ De geschreven post-marketingplichten zullen in de volgende hoofdstukken niet nader aan de orde komen.

55 Meldplicht jegens autoriteiten – klikplicht

Indien het product een risico vertoont, dient de fabrikant onder het Modelbesluit bovendien de bevoegde nationale autoriteiten van de lidstaten waar hij het product op de markt heeft aangeboden hiervan onmiddellijk op de hoogte te stellen, waarbij hij in het bijzonder de non-conformiteit en alle genomen corrigerende maatregelen uitvoerig dient te beschrijven (lees: een klikplicht).⁴³⁵ De RAPV bevat een vergelijkbare bepaling in art. 5 lid 3 RAPV. In Bijlage I ervan wordt gespecificeerd welke informatie aan de autoriteiten moet worden doorgegeven.⁴³⁶ Art. 5 lid 3 RAPV is uitgewerkt in een richtsnoer dat uitlegt wanneer moet worden gemeld en waaruit de *risk assessment* door

⁴³² Vgl. Fairgrieve & Howells 2006, p. 65. Zie ook de considerans sub 18 en 19 waarin het uit de handel nemen en terugroepen als aan de producent op te leggen bijkomende verplichtingen worden genoemd.

⁴³³ Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. 3.6.2 (actueel t/m 04-05-2019).

⁴³⁴ Van Dam 2013, p. 422. Vgl. ook Van Erp 2013, p. 338 e.v.

⁴³⁵ Art. R2 lid 11 van Annex I. Zie voor Nederland ook art. 21b Warenwet: '1) Degene die waren, niet zijnde eet- of drinkwaren, voor zover die in de particuliere sfeer kunnen worden gebruikt, verhandelt of heeft verhandeld waarvan hij weet, of op grond van de hem ter beschikking staande gegevens beroepshalve behoort te weten, dat die waren een gevaar opleveren voor de veiligheid of gezondheid van de mens, stelt Onze Minister daarvan onmiddellijk op de hoogte en deelt daarbij Onze Minister tevens mede welke maatregelen door hem zijn genomen ter bescherming van de genoemde belangen. 2) Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld inzake de in het kader van de in het eerste lid genoemde verplichting te verstrekken informatie. 3) Degene die waren, niet zijnde eet- of drinkwaren, voor zover die in de particuliere sfeer kunnen worden gebruikt, verhandelt of heeft verhandeld, verleent Onze Minister desgevraagd, en binnen het bestek van zijn activiteiten, medewerking bij de acties die ondernomen zijn om de risico's van die waren te vermijden. Bij regeling van Onze Minister worden regels gesteld over de wijze waarop die medewerking wordt verleend.'

⁴³⁶ Art. 5 lid 3 RAPV en Bijlage 1 bij de RAPV.

marktdelnemers moet bestaan.⁴³⁷ De melding kan worden gedaan via een digitaal portaal; *Product Safety Business Alert Gateway*.⁴³⁸

De vraag is hoe effectief deze meldplichten zijn, aangezien dreigende materiële en reputatieschade voor marktdelnemers uiteraard aardige drempels voor de naleving ervan opwerpen. Daar de melding van een ernstig risico van een consumentenproduct tevens grond vormt voor een Europese melding door de NVWA in het RAPEX-systeem (nr. 71),⁴³⁹ zal de marktdelnemer twee keer nadenken alvorens hij hiertoe overgaat.⁴⁴⁰ Anders dan bijvoorbeeld onder het mededingingsrecht⁴⁴¹ bestaat er in het productveiligheidsrecht geen clementiebeleid dat maakt dat een melder is gevrijwaard van verdere boetes.

Een nieuwe klokkenluidersrichtlijn moet melders van productveiligheidsmisstanden zoals werknemers binnen ondernemingen beschermen.⁴⁴² Het voorstel van de Commissie om ook ondernemingen in de handelsketen die melding maken van misstanden te beschermen tegen privaatrechtelijke repressailles van hun ketenpartners (contractsbeëindiging e.d.) heeft het niet gehaald (nr. 63).⁴⁴³

56 Medewerkingsplicht jegens autoriteiten op verzoek

Het Modelbesluit bevat daarnaast een informatie- en medewerkingsplicht voor fabrikanten indien zij daartoe een verzoek krijgen van de nationale autoriteit:⁴⁴⁴

‘Fabrikanten verstrekken op een met redenen omkleed verzoek van een bevoegde nationale autoriteit aan deze autoriteit alle benodigde informatie en documentatie om de conformiteit van het product aan te tonen, in een taal die deze autoriteit gemakkelijk kan begrijpen. Op verzoek van deze autoriteit verlenen zij medewerking aan alle genomen maatregelen ter uitschakeling van de risico’s van de door hen in de handel gebrachte producten.’

⁴³⁷ Beschikking 2004/905/EG van de Commissie van 14 december 2004 tot vaststelling van richtsnoeren voor het melden van gevaarlijke consumentenproducten aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaten door producenten en distributeurs overeenkomstig artikel 5, lid 3, van Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2004, L 381/63), zoals ook aangehaald door Howells 2014a, p. 532 en Cafaggi 2009, p. 233 in noot 105

⁴³⁸ <https://webgate.ec.europa.eu/gpsd/>.

⁴³⁹ Zie paragraaf 2.2.5 van Besluit 2010/15/EU van de Commissie van 16 december 2009 tot vaststelling van richtsnoeren voor het beheer van het communautaire systeem voor snelle uitwisseling van informatie (RAPEX) uit hoofde van artikel 12 en van de kennisgevingsprocedure uit hoofde van artikel 11 van Richtlijn 2001/95/EG (richtlijn inzake algemene productveiligheid (*PbEU* 2009, C 9843).

⁴⁴⁰ Howells 2014a, p. 533.

⁴⁴¹ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>.

⁴⁴² Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (*PbEU* 2019, L305).

⁴⁴³ COM(2018) 218 final - Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden.

⁴⁴⁴ Art. R2 lid 12 van Annex I.

Vgl. art. 5 lid 4 RAPV.⁴⁴⁵

2.4.2 Gemachtigde

57 'Gemachtigde' onder het Modelbesluit en de nieuwe Markttoezichtverordening

Fabrikanten verstrekken liever geen technisch dossier aan importeurs omdat dit bedrijfsgevoelige informatie bevat. Tegelijkertijd bevat het technische dossier voor autoriteiten essentiële informatie over de veiligheid van het product. Onder bepaalde specifieke productveiligheidswetgeving kan een fabrikant in of buiten de EU daarom via een schriftelijk mandaat een gemachtigde (*authorised representative*) aanstellen,⁴⁴⁶ die bepaalde administratieve taken voor hem uitoefent of waarneemt, zoals als het beschikbaar houden van technische documentatie.⁴⁴⁷ Het waarborgen van de overeenstemming met de essentiële eisen en het opstellen van de technische documentatie kunnen volgens het Modelbesluit geen deel uitmaken van het mandaat van de gemachtigde.⁴⁴⁸ Indien de gemachtigde tevens importeur of distributeur is, zijn ook de verplichtingen die uit die hoedanigheid voortvloeien op hem van toepassing.⁴⁴⁹ In de praktijk worden soms bijzondere bedrijven als gemachtigde aangewezen die in bepaalde sectorspecifieke wetgeving zijn gespecialiseerd en hiervan hun kerntaak hebben gemaakt.⁴⁵⁰ Vaak zijn dit consultancybureaus die veel meer doen dan alleen het uitvoeren van administratieve taken: ze adviseren producenten over regelgeving en kwaliteitsmanagementsystemen et cetera, ze regelen de aanmelding en conformiteitsbeoordeling voor producenten en nemen hen een deel van hun taken uit handen. De fabrikant blijft echter eindverantwoordelijke.⁴⁵¹

De Commissie was voornemens het aanstellen van een gemachtigde in de EU in alle sectoren verplicht te maken zoals bleek uit het voorstel voor een nieuwe Markttoezichtverordening, met als doel te verzekeren dat altijd een aanspreekpunt in de Unie aanwezig is.⁴⁵² In de definitieve Markttoezichtverordening is bepaald dat een product alleen in de handel mag worden gebracht indien er een marktdeelnemer in de Unie is gevestigd die de

⁴⁴⁵ Art. 5 lid 4 RAPV: *'De producenten en distributeurs verlenen de bevoegde autoriteiten desgevraagd, en binnen het bestek van hun activiteiten, samenwerking bij de acties die ondernomen zijn om de risico's van de producten die zij leveren of geleverd hebben, te vermijden. De procedures voor die samenwerking, met inbegrip van procedures voor een dialoog met de betrokken producenten en distributeurs over aspecten van de productveiligheid, worden door de bevoegde autoriteiten vastgesteld.'*

⁴⁴⁶ Art. R3 lid 1 van bijlage 1 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁴⁷ Art. R3 lid 2 sub a-c bijlage 1 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁴⁸ Zie art. R3 lid 1 van bijlage 1 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit). Vgl. art. 11 lid 4 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen).

⁴⁴⁹ Blue Guide 2016, p. 32.

⁴⁵⁰ Zie ook art. 15 lid 6 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen), waarin eisen worden gesteld aan de kwalificaties van de gemachtigde.

⁴⁵¹ MEDDEV 2.5/10. January 2012. Guideline for authorised representatives, p. 4.

⁴⁵² COM(2017) 787 - Het goederenpakket : Het vertrouwen in de eengemaakte markt versterken, p. 5: *'De meeste producenten die producten in de Unie verkopen, hebben al een vertegenwoordiger met wie gemakkelijk contact kan worden opgenomen. Deze goede praktijk zal verplicht worden gemaakt.'*

‘importeurstaken’ kan vervullen.⁴⁵³ Bij gebreke van een importeur kan dat ook een gemachtigde zijn. Bij gebreke van deze laatste wijst de verordening de fulfilmentdienstverlener aan.⁴⁵⁴ De facto impliceert dit dat de fabrikant een gemachtigde zal *moeten* aanstellen indien geen fulfilmentdienstverlener aanwezig is. De vraag is overigens in hoeverre deze plicht in de praktijk kan worden gehandhaafd.

Volgens de Blue Guide dient de aanwijzing van een gemachtigde altijd expliciet en schriftelijk te gebeuren.⁴⁵⁵ Zowel het Modelbesluit als de nieuwe Markttoezichtverordening spreken van ‘een schriftelijk mandaat’.⁴⁵⁶ Wat geldt indien een private partij ten onrechte als gemachtigde is aangemeld of indien niemand als gemachtigde is aangemeld terwijl dit onder sommige instrumenten wel verplicht is, is niet gereguleerd (zoals bij online koop van producten uit China die per post worden verzonden). De partijen in kwestie vallen in die gevallen (deels) terug op het nationale privaatrecht. Ook de Commissie lijkt zich te realiseren dat de praktische uitvoering van deze verplichtingen via het contractenrecht moet worden gerealiseerd en doet verdere aanbevelingen. In haar *guidance*-documenten voor medische hulpmiddelen merkte zij op:

*‘The contract between the manufacturer and the Authorised Representative shall stipulate that the authorized representative is obliged to inform the manufacturer of incidents brought to his knowledge’;*⁴⁵⁷

*‘The authorised representative shall rescind his contract with the manufacturer if the latter does not provide him with the access to the necessary information.’*⁴⁵⁸

Wat verder is overeengekomen en/of kan worden ontbonden, moet worden beoordeeld naar het toepasselijke nationale privaatrecht. Aldus laten zowel het Modelbesluit als de nieuwe Markttoezichtverordening diverse leemtes die als zodanig door het privaatrecht moeten worden in- en opgevuld.⁴⁵⁹ In de praktijk kunnen contractuele afspraken tussen bijvoorbeeld een fabrikant en een gemachtigde (die veelal een volmacht en een overeenkomst van lastgeving zullen inhouden) verschillen van de verplichtingen die gelden voor deze marktdeelnemers op grond van productveiligheidswetgeving. Ook kan de informatie die tussen fabrikant en gemachtigde is gewisseld, afwijken van de informatie die door de fabrikant respectievelijk distributeur aan de autoriteiten is verstrekt. Dit kan voor een gemachtigde vergaande consequenties hebben, zeker bij medische hulpmiddelen nu op grond van de

⁴⁵³ Art. 5 jo. 4 lid 2 en 3 Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁴⁵⁴ Art. 4 lid 2 sub a t/m d sub d) Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁴⁵⁵ Blue Guide 2016, p. 21 en 31.

⁴⁵⁶ Art. R3 lid 1 bijlage 1 en art. R3 lid 2 bijlage 1 Besluit 93/465/EEG (Modelbesluit (oud)).

⁴⁵⁷ MEDDEV 2.5/10. January 2012. Guideline for authorised representatives, p. 10. Zie ook art. 4 lid 3 Vo. Markttoezicht en conformiteit van producten.

⁴⁵⁸ MEDDEV 2.5/10. January 2012. Guideline for authorised representatives, p. 7, thans ook opgenomen in art. 11 lid 3 onder h Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen).

⁴⁵⁹ Vgl. ook Reich 2016 die een aantal andere voorbeelden van ‘gapfilling’ door het privaatrecht in productveiligheidskwesties bespreekt.

Verordening Medische hulpmiddelen de gemachtigde ‘aansprakelijk kan worden gehouden’ voor defecte hulpmiddelen indien een niet in de Unie gevestigde fabrikant zijn verplichtingen onder die verordening niet is nagekomen (nr. 58).⁴⁶⁰

58 Verplichte en aansprakelijke gemachtigde (Verordening Medische hulpmiddelen)

Onder de nieuwe Verordening Medische hulpmiddelen is het aanstellen van een gemachtigde verplicht indien de fabrikant buiten de EU is gevestigd.⁴⁶¹ Art. 11 lid 2 van de Verordening Medische hulpmiddelen expliciteert dat het mandaat slechts geldig is als het schriftelijk door de gemachtigde is aanvaard. Aanvaarding heeft zeer verstrekkende consequenties. De verordening bevat een aanvulling op de Richtlijn Productaansprakelijkheid in een revolutionaire bepaling. Art. 11 lid 5 van de Verordening Medische hulpmiddelen:

‘Onverminderd lid 4 van dit artikel wordt de gemachtigde, indien de fabrikant niet in een lidstaat is gevestigd en niet aan de verplichtingen van artikel 10 voldoet, op dezelfde basis als de fabrikant, hoofdelijk en gezamenlijk, wettelijk aansprakelijk gehouden voor defecte hulpmiddelen.’

De aansprakelijkheid is volledig accessoir aan de niet-naleving van de verplichtingen door de fabrikant uit artikel 10, die overigens lang niet allemaal aan de gemachtigde mogen worden gedelegeerd. Door wie de gemachtigde aansprakelijk kan worden gehouden, specificeert de bepaling niet. Wat ‘op dezelfde basis’ betekent is onduidelijk, aangezien artikel 10 niets bepaalt over aansprakelijkheid van de producent. Die aansprakelijkheid wordt immers geregeld door de Richtlijn Productaansprakelijkheid en het nationale privaatrecht.⁴⁶²

De bepaling is het resultaat van een betrekkelijk laat voorstel van de Raad uit 2015.⁴⁶³ De Commissie sloot zich er in 2017 bij aan.⁴⁶⁴ Het doel was mede

⁴⁶⁰ De oude tekst van artikel art. 1 lid 2 onder j) Richtlijn 93/42/EEG (Medische hulpmiddelen (oud)) vermeldde dat de gemachtigde: *‘in diens plaats (lees: de fabrikant) in rechte kan worden aangesproken ten aanzien van verplichtingen die krachtens deze richtlijn aan de fabrikant worden opgelegd’*. Thans luidt art. 11 lid 5 van Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen): *‘Onverminderd lid 4 van dit artikel wordt de gemachtigde, indien de fabrikant niet in een lidstaat is gevestigd en niet aan de verplichtingen van artikel 10 voldoet, op dezelfde basis als de fabrikant, hoofdelijk en gezamenlijk, wettelijk aansprakelijk gehouden voor defecte hulpmiddelen.’*

⁴⁶¹ Art. 10 lid 8, derde zinsnede, en art. 11 lid 3 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen). Zie ook Blue Guide 2016, p. 31, noot 118,

⁴⁶² Zie ook art. 10 lid 16 van de Verordening: *‘Natuurlijke of rechtspersonen kunnen overeenkomstig het toepasselijke recht van de Unie en nationaal recht een vergoeding eisen voor schade die is veroorzaakt door een defect hulpmiddel. Fabrikanten zorgen, op een wijze die evenredig is aan de risicoklasse, het soort hulpmiddel en de omvang van de onderneming, ervoor dat ze maatregelen hebben genomen voor voldoende financiële dekking met betrekking tot hun mogelijke aansprakelijkheid uit hoofde van Richtlijn 85/374/EEG, onverminderd meer beschermende maatregelen krachtens het nationale recht.’*

⁴⁶³ 2012/0266 (COD), 12040/1/15 REV 1 - Nota d.d. 21 september 2015, art. 9 lid 4 A voorstel.

⁴⁶⁴ COM(2017) 129 final - Mededeling overeenkomstig artikel 294, lid 6, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie over het standpunt van de Raad met het oog op de vaststelling van een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende medische hulpmiddelen, p. 5.

het inbouwen van extra verhaalsmogelijkheid voor de patiënt, nu patiënten onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid regelmatig tegen ‘handhavingsproblemen’ zouden aanlopen en ‘de huidige horizontale aansprakelijkheidsregeling hier geen gepast antwoord op heeft’.⁴⁶⁵ De tekst van de bepaling lijkt echter ruimer doordat hij geen beperking kent qua type schade of potentieel gerechtigden (alleen de patiënt of ook anderen, zoals distributeurs of zorgverleners). Opname van de bepaling is waarschijnlijk ingegeven door het PIP-schandaal, waarin de producent wegens productfraude geen verhaal bood, doch biedt geen oplossing voor de in die zaak geschetste casus; er hoeft immers geen gemachtigde te worden aangesteld indien de fabrikant in de Unie is gevestigd (NB: in de PIP-zaak betrof het een Franse producent.) Voor gemachtigden geldt voorts geen plicht tot het bieden van voldoende verhaal. De vraag is bovendien wie thans nog als gemachtigde wil optreden gezien de grote risico’s, behoudens de aanwezigheid van opgetuigde beschermingsconstructies. Zie nader nr. 147 en 249.

59 ‘Verantwoordelijke persoon’ onder de cosmeticaverordening en ‘vertegenwoordiger’ onder de RAPV

Onder de cosmeticaverordening wordt met een overkoepelende term gewerkt om aan te duiden wie verantwoordelijk is voor de naleving van de productveiligheidsverplichtingen in de cosmeticaverordening, namelijk de term ‘verantwoordelijke persoon’.⁴⁶⁶ Meerdere personen kunnen tegelijkertijd verantwoordelijke persoon zijn. Van rechtswege kunnen als verantwoordelijke personen worden aangemerkt: de fabrikant van producten geproduceerd in de EER, de importeur van producten geproduceerd buiten de EER en de distributeur van producten die hij onder eigen naam of merk op de markt brengt of waarvan hij de samenstelling zodanig wijzigt dat de overeenstemming in het gedrang kan komen.⁴⁶⁷ In zoverre lijkt er geen verschil met de bepalingen van de RAPV. Echter, de fabrikant buiten de EER moet en de importeur mag bij schriftelijke machtiging iemand anders als verantwoordelijke persoon aanwijzen, mits die dit schriftelijk ook aanvaardt. In die gevallen lijkt de positie van de verantwoordelijke persoon op die van de gemachtigde onder de Verordening Medische hulpmiddelen. Onder de RAPV

⁴⁶⁵ COM(2017) 129 final, p. 5 onder d en de considerans sub 35 van de verordening: ‘Voor niet in de Unie gevestigde fabrikanten vervult de gemachtigde een spilfunctie bij de waarborging van de conformiteit van de door die fabrikanten vervaardigde hulpmiddelen en in zijn hoedanigheid van hun in de Unie gevestigde contactpersoon. Gezien die spilfunctie is het met het oog op de handhaving dienstig de gemachtigde wettelijk aansprakelijk te maken voor defecte hulpmiddelen ingeval een niet in de Unie gevestigde fabrikant zijn algemene verplichtingen niet is nagekomen. De aansprakelijkheid van de gemachtigde waarin deze verordening voorziet, laat de bepalingen van Richtlijn 85/374/EEG onverlet, en de gemachtigde moet bijgevolg hoofdelijk en gezamenlijk met de importeur en de fabrikant aansprakelijk zijn. De taken van een gemachtigde moeten in een schriftelijk mandaat worden omschreven. Gezien de rol van gemachtigden moeten de minimumeisen waaraan zij moeten voldoen duidelijk worden afgebakend, zoals de verplichting dat ze over een persoon moeten beschikken diens kwalificatie aan soortgelijke minimumeisen voldoet als die voor een voor de naleving van de regelgeving verantwoordelijke persoon van de fabrikant.’

⁴⁶⁶ Art. 4 lid 2 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica).

⁴⁶⁷ Art. 4 lid 3 t/m 6 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica).

wordt ook de vertegenwoordiger van de fabrikant in de EU als producent beschouwd, doch de RAPV zegt niet wanneer sprake is van zo'n vertegenwoordiger.⁴⁶⁸

2.4.3 Importeur

60 Definitie 'importeur'

De importeur is onder het Modelbesluit een 'in de Gemeenschap gevestigde natuurlijke of rechtspersoon die een product uit een derde land in de Gemeenschap in de handel brengt'.⁴⁶⁹ Een importeur die producten uit een andere lidstaat importeert, is een distributeur onder het Modelbesluit (nr. 64).⁴⁷⁰

Onder de RAPV wordt de importeur als producent aangemerkt indien de fabrikant niet in de Unie is gevestigd (vgl. de Richtlijn Productaansprakelijkheid) en er geen vertegenwoordiger in de Unie is aangewezen. In dat geval zijn diens verplichtingen gelijk aan die van de producent.⁴⁷¹ In alle andere gevallen is een importeur gelijk aan een distributeur. Het navolgende geldt dus alleen onder de sectorspecifieke instrumenten. Het Voorstel Verordening Consumentenproducten (nr. 31) gaat qua definities echter uit van het Modelbesluit.

2.4.3.1 Pre-marketingverplichtingen importeur

61 Conformiteitsbeoordelings- of controleplicht?

Het Modelbesluit vermeldt: 'Importeurs brengen alleen producten in de Gemeenschap in de handel die aan de gestelde eisen voldoen'.⁴⁷² Deze algemene verplichting lijkt tekstueel te duiden op een resultaatsverplichting die gelijk is aan die van de fabrikant (vgl. de RAPV en de Richtlijn Productaansprakelijkheid, waarin de importeur gelijk is aan de producent). Uit de daaropvolgende bepalingen volgt echter dat hij niet een-op-een met hem kan worden gelijkgesteld. Lid 2 vervolgt namelijk dat importeurs, voordat een product in de handel wordt gebracht, erop dienen toe te zien dat de fabrikant de juiste conformiteitsbeoordelingsprocedure heeft uitgevoerd, dat de fabrikant de technische documentatie heeft opgesteld, dat het product voorzien is van de vereiste conformiteitsmarkering(en) en dat het vergezeld gaat van de vereiste documenten.⁴⁷³ Het Hof van Justitie EU bevestigde voor medische hulpmiddelen reeds dat het een parallel-importeur die zijn adres op de verpakking aanbrengt naast dat van de fabrikant, niet kwalificeert als

⁴⁶⁸ Art. 2 onder 2, sub ii RAPV.

⁴⁶⁹ Art. R1 lid 5 van bijlage 1 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁷⁰ Zie ook HvJ EG 8 september 2005, C-40/04 (*Syuchi Yonemoto*), over een machine die vanuit Frankrijk naar Finland was geïmporteerd. Op de importeur die vanuit een ander EU-land importeert (lees: distributeur, al wordt die niet zo door het Hof genoemd) rust primair geen verdere onderzoeksplicht dan het checken van de CE-markering en de verklaring van overeenstemming, zie r.o. 41-44.

⁴⁷¹ Art. 2 sub 2 onder ii Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

⁴⁷² Art. R4 lid 1 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁷³ Art. R4 lid 2 Bijlage 1, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

fabrikant en dat deze niet is gehouden een volledig nieuwe conformiteitsbeoordelingsprocedure te doorlopen indien de hulpmiddelen al eens in de EU op de markt zijn gebracht.⁴⁷⁴

De onderzoeksplichten uit het Modelbesluit indiceren slechts een controle van de fabrikant, niet een herbeoordeling van het product, dus een lichtere mate van zorg (vgl. § 7.3.2.4). De Blue Guide vermeldt:

*'These obligations are meant to make sure that the importers are aware of their responsibility to place only compliant products on the market. Neither do they imply the need for importers to systematically resort to additional control procedures or (third-party) testing, nor do they preclude them from doing so.'*⁴⁷⁵

Deze opmerking schept allesbehalve duidelijkheid over hoe ver de onderzoeksplicht van de importeur naar de veiligheid van het product en de overeenstemming ervan met de geldende Europese productnormen nu daadwerkelijk strekt. Aangezien het Voorstel Verordening Consumentenproducten hierbij aan lijkt te sluiten, wordt deze ambiguïteit tot op zekere hoogte overgenomen, hetgeen een achteruitgang in rechtsbescherming van consumenten zou kunnen meebrengen in vergelijking tot de RAPV, waaronder de EU-importeur nog producent is.⁴⁷⁶

Nergens staat dat de importeur daadwerkelijk beschikking moet hebben over de technische documentatie. In een noot in de Blue Guide wordt opgemerkt:

*'In light of these obligations, it is generally considered good practice for importers to: refer to the applicable EU legislation in contract with his supplier (mentioning the obligations of manufacturers under Union law); ensure that he has access to the technical file, or ensure that the manufacturer has signed an obligation to provide the technical documentation if requested by market surveillance authorities.'*⁴⁷⁷

In de praktijk plegen fabrikanten en importeurs dit lang niet altijd vast te leggen.⁴⁷⁸ Vanuit publiekrechtelijk oogpunt staat het ontbreken van duidelijke afspraken er soms aan in de weg dat een toezichthouder de beschikking over deze informatie krijgt indien de fabrikant buiten de EU is gevestigd.⁴⁷⁹ In een privaatrechtelijk contractueel geschil tussen de fabrikant en de importeur zal naar Nederlands recht dan aan de hand van uitleg en aanvulling moeten worden bepaald of een verbintenis bestaat tussen de producent en de importeur tot het verstrekken van deze informatie aan de importeur of toezichthouder, waarvan de importeur nakoming kan vorderen (zie § 6.2.2).

⁴⁷⁴ HvJ EU 24 November 2016, C-662/15, ECLI:EU:C:2016:903 (*Lohmann & Rauscher/BIOS*), r.o. 32.

⁴⁷⁵ Blue Guide 2016, p. 32.

⁴⁷⁶ Zie art. 10 lid 1 en 2 van het voorstel.

⁴⁷⁷ Blue Guide 2016, p. 32 onder noot 124.

⁴⁷⁸ Zie anders, zo lijkt, Cafaggi 2009a, p. 232, die ervan uit lijkt te gaan dat importeurs/distributeurs in hun contracten altijd uitgebreide voorzieningen voor kwaliteitsmanagement opnemen. Dat geldt wellicht voor grote multinationals met inkoopmacht, doch geen handelsketen is hetzelfde.

⁴⁷⁹ Op basis van persoonlijke gesprekken met markttoezichtautoriteiten uit onder andere Duitsland en het VK.

62 Informatieplicht ter identificatie en tracability, controle gebruikersinformatie en waarborgen opslag en vervoersomstandigheden

Daarnaast heeft de importeur een aantal zelfstandige verplichtingen die (deels) overeenkomen met die van de fabrikant. Volgens het Modelbesluit dient de importeur (ook) aan identificatieverplichtingen te voldoen (het vermelden van een type-, partij- of serienummer, de eigen handels- en/of merknaam en het contactadres op het product).⁴⁸⁰ Verder dient de importeur erop toe te zien dat het product vergezeld gaat van instructies en informatie aangaande de veiligheid, in een taal die de consumenten en andere eindgebruikers, zoals bepaald door de betrokken lidstaat, gemakkelijk kunnen begrijpen.⁴⁸¹ Importeurs zorgen daarnaast gedurende de periode dat zij voor het product verantwoordelijk zijn voor zodanige opslag- en vervoersomstandigheden dat de conformiteit van het product met de toepasselijke essentiële eisen niet in het gedrang komt.⁴⁸²

2.4.3.2 Post-marketingverplichtingen importeur

63 Algemeen

Volgens het Modelbesluit dient de importeur, indien dit rekening houdend met de risico's van een product passend wordt geacht met het oog op de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de consumenten, steekproeven uit te voeren op de op de markt gebrachte producten.⁴⁸³ Blijkens de Blue Guide zal een dergelijke verplichting dan in de specifieke regelgeving zijn opgenomen.⁴⁸⁴

Bovendien dienen importeurs klachten, non-conforme producten en teruggeroepen producten te onderzoeken en houden zij daarvan zo nodig een register bij. Zij houden de distributeurs op de hoogte van dit toezicht.⁴⁸⁵ De importeur dient ook de fabrikant en de toezichthouder op de hoogte te stellen indien een product een risico vormt. Aldus geldt een informatieplicht naar boven en naar beneden in de keten.⁴⁸⁶

Importeurs verstrekken op een met redenen omkleed verzoek – en dit hoeft volgens de Blue Guide geen formeel besluit te zijn⁴⁸⁷ – van een bevoegde nationale autoriteit aan deze autoriteit alle benodigde informatie en documentatie om de conformiteit van een product aan te tonen, in een taal die deze autoriteit gemakkelijk kan begrijpen. Op verzoek van deze autoriteit verlenen zij verder medewerking aan alle genomen maatregelen ter uitschakeling van de risico's van de door hen in de handel gebrachte

⁴⁸⁰ Art. R4 lid 3 Bijlage 1, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁸¹ Art. R4 lid 4 Bijlage 1, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁸² Art. R4 lid 5 Bijlage 1, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁸³ Art. R4 lid 6 Bijlage 1, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁸⁴ Blue Guide 2016, p. 33 (NL).

⁴⁸⁵ Art. R4 lid 6 Bijlage 1, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁸⁶ Art. R4 lid 2, tweede alinea Bijlage 1, Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁸⁷ Blue Guide 2016, p. 34, noot 130 (NL).

producten.⁴⁸⁸ Of, en hoe, deze verplichting doorwerkt ten opzichte van de fabrikant geeft het Modelbesluit niet aan. De toelichting in de Blue Guide vermeldt alleen:

‘Even if there is no explicit obligation, the importer is advised to require formal assurance in writing from the manufacturer that the documents will be made available when requested by the surveillance authority.’⁴⁸⁹

Wat geldt indien een dergelijke toezegging ontbreekt, is verre van helder. Op importeurs rust daarnaast een eigen corrigerende actieplicht.⁴⁹⁰ Daar waar in de specifieke wetgeving geen *recall*- of waarschuwingsplicht is overgenomen, valt men terug op de RAPV, zie hiervoor bij producent.⁴⁹¹

Voorts dienen importeurs indien het product een risico vertoont, de bevoegde nationale autoriteiten van de lidstaten waar zij het product op de markt hebben aangeboden onmiddellijk op de hoogte te stellen, waarbij zij in het bijzonder de non-conformiteit en alle genomen corrigerende maatregelen uitvoerig beschrijven (lees: de klikplicht).⁴⁹²

De Commissie stelde in het kader van een nieuwe Klokkenluidersrichtlijn voor om ook rechtspersonen die melding maken van schending van bijvoorbeeld productveiligheidsrecht te beschermen, zoals importeurs en leveranciers. Volgens de Commissie kunnen andere natuurlijke personen en rechtspersonen een belangrijke rol spelen bij het onthullen van inbreuken op productveiligheidsrecht, omdat bijvoorbeeld leveranciers in een veel betere informatiepositie verkeren dan de overheid. Volgens de Commissie krijgen dergelijke marktdeelnemers vaak te maken met represailles als zij uit de school klappen, bijvoorbeeld in de vorm van vervroegde beëindiging of opzegging van een overeenkomst, omzetterderving, inkomstenderderving, dwang, intimidatie, opname op een zwarte lijst, bedrijfsboycot of reputatieschade.⁴⁹³ Het oorspronkelijke moest bescherming bieden tegen dergelijke represailles,⁴⁹⁴ maar dat deel van het voorstel heeft de uiteindelijk vastgestelde richtlijn

⁴⁸⁸ Art. R4 lid 9 van Bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁸⁹ Blue Guide 2016, p. 34, noot 129 (NL).

⁴⁹⁰ Art. R4 lid 7 van Bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit): *‘Importeurs die van mening zijn of redenen hebben om aan te nemen dat een door hen in de handel gebracht product niet conform is met de toepasselijke communautaire harmonisatiewetgeving, nemen onmiddellijk de nodige corrigerende maatregelen om het product conform te maken of zo nodig uit de handel te nemen of terug te roepen.(...)’*

⁴⁹¹ Art. 5 lid 3 Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

⁴⁹² Art. R4 lid 7 van Bijlage I vervolg: *‘(...)Bovendien brengen importeurs, indien het product een risico vertoont, de bevoegde nationale autoriteiten van de lidstaten waar zij het product op de markt hebben aangeboden hiervan onmiddellijk op de hoogte, waarbij zij in het bijzonder de non-conformiteit en alle genomen corrigerende maatregelen uitvoerig beschrijven.’*

⁴⁹³ Considerans sub 27 van COM(2018) 218 final - Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden.

⁴⁹⁴ I.c. is relevant o.a. art. 14 van het voorstel: *‘De lidstaten nemen de nodige maatregelen om elke vorm van directe of indirecte represailles tegen melders die voldoen aan de voorwaarden van artikel 13 te verbieden, waarbij het met name gaat om: (k) schade, met inbegrip van reputatieschade, of financieel verlies, met inbegrip van omzetterderving en inkomstenderderving; m) vroegtijdige beëindiging of opzegging van een contract voor de levering van goederen of diensten;’* Zie ook art. 15 van het voorstel.

gehaald.⁴⁹⁵ De vraag is of momenteel voldoende stimulans aanwezig is om importeurs en distributeurs over de streep te trekken. Bij gebreke van een algeheel clementiebeleid staat voor een importeur of distributeur veel op het spel (vgl. nr. 75), zeker wanneer hij pas later ontdekt dat hem onveilige producten zijn geleverd die hij inmiddels alweer heeft doorverkocht.

2.4.4 Distributeur

64 Definitie 'distributeur'

Een distributeur onder het Modelbesluit is 'een natuurlijke of rechtspersoon in de toeleveringsketen, verschillend van de fabrikant of de importeur, die een product 'op de markt aanbiedt' (nr. 34).⁴⁹⁶ Onder de RAPV is een distributeur 'een persoon die beroepshalve betrokken is bij de handelingsketen, maar wiens activiteit geen invloed heeft op de veiligheidskenmerken van een product'.⁴⁹⁷

Door de privaatrechtelijke bril bekeken, vallen niet alleen verkopers, doch ook werkgevers, verhuurders en andere type opdrachtnemers c.q. dienstverleners die producten 'op de markt aanbieden' onder deze definitie,⁴⁹⁸ waardoor de voor distributeurs geldende verplichtingen de inhoud van bijzondere overeenkomsten mede kunnen bepalen en/of kunnen aanvullen (nr. 138 e.v.). Deze verplichtingen kunnen daarnaast relevant zijn voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van distributeurs (onder andere nr. 238).

Het negatief geformuleerde deel van de definitie van distributeur onder de RAPV – '(...) wiens activiteit geen invloed heeft op de veiligheidskenmerken van een product' – is bekritiseerd, omdat onduidelijk is of het gaat om mogelijke invloed, dan wel feitelijke invloed.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Zie het uiteindelijke beperkte personele toepassingsbereik ex art. 4 Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (*PbEU* 2019, L305).

⁴⁹⁶ Art. R1 lid 6 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁴⁹⁷ Art. 2 sub f Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw), als geïmplementeerd in art. 1 lid 1 sub c Warenwetbesluit Algemene productveiligheid.

⁴⁹⁸ Zie ook Hodges e.a. 1996, p. 138.

⁴⁹⁹ Hodges 2005, p. 192. Zie eerder ook Hodges e.a. 1996, p. 112-113 zoals ook aangehaald door Verhoeven 2017, p. 29. Cafaggi bestempelt de definitie als '*quite peculiar*' om twee redenen: '(1) *it is negatively defined as being unable to affect the safety, thus adopting a very abstract and old-fashioned idea of the decision-making power between producers and distributors. It is evident how relevant big distributors are for the definition of safety, not only in the case of private labelling* [toevoeging GV: in welk geval zij onder de RAPV wél producent kunnen zijn, net onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid]. *For reasons concerning market reputation and costs associated with withdrawal and recall, distributors impose on producers safety and quality control systems that can affect safety. (2) It leaves unclear whether the expression 'cannot affect safety' refers to technological or contractual constraints. In the latter case the parties would be able contractually to allocate the regulatory burdens in ways that may not be efficient because driven by asset instead of real ability to control safety (that is to say the producer is a small firm that can only be liable for a limited amount while the big and powerful distributor does not have any safety obligation whilst being better equipped to be in charge of safety precautions).*' Cafaggi 2009a, p. 232.

65 *Online platforms en fulfilment houses*

De definities doen thans nog meer stof opwaaien met betrekking tot nieuwe partijen binnen de handelingsketen, die menen niet te kunnen worden gekwalificeerd als importeur of distributeur. Het gaat dan om zogeheten *fulfilment houses* en *online platforms*. *Fulfilment houses* (in de Commissiestukken vertaald als bestelhuisdienstverleners) zijn dienstverleners die diensten aanbieden aan onder andere online platforms en verkopers voor de opslag, order picking, verpakking (c.q. *handling*) en distributie van verkochte producten. *Online platforms* zijn rechtspersonen, soms gevestigd buiten Europa, soms daarbinnen (denk aan Bol.com, Amazon, eBay), die producten online aanbieden op de Europese markt. Het platform kan als verkoper van het product optreden of als tussenpersoon c.q. bemiddelingsportaal tussen derden-verkopers en kopers.⁵⁰⁰ Met name in deze laatste rol menen *online platforms* niet als distributeur onder het productveiligheidsrecht te kunnen worden gekwalificeerd. De definities van distributeur uit de RAPV en het Modelbesluit zijn echter dermate ruim dat zowel *fulfilment houses* als *online platforms* daar met gemak onder kunnen worden geschaard.⁵⁰¹ In de nieuwe Markttoezichtverordening, die in 2021 in werking zal treden, zijn fulfilmentdienstverleners, indien geen andere marktdeelnemer in de keten in de Unie is gevestigd, mede belast met de plichten die normaliter bij importeurs horen, hetgeen een duidelijke verzwarende van hun taken impliceert (§ 2.4.3.1).⁵⁰²

In de praktijk verhandelen *online platforms* duizenden zo niet miljoenen producten afkomstig van duizenden verkopers, die zij fysiek op geen moment onder zich hebben. Hierdoor is onduidelijk hoe de hierna te bespreken open normen voor distributeurs in concreto bij een *online platform* moeten worden ingevuld om vast te stellen wanneer sprake is van een inbreuk. *Online platforms* vormen tegelijkertijd belangrijke toeleveringsportalen van onveilige producten op de Europese markt.⁵⁰³ Tel daarbij op dat vele platforms zijn

⁵⁰⁰ Qua businessmodel bestaan er uiteenlopende varianten die afhankelijk van de juridische context (in het licht van het productveiligheidsrecht, privaatrechtelijk, mededingingsrechtelijk, etc.) verschillend kunnen worden geduid. Zie voor een bespreking van uit mededingingsrechtelijk perspectief, Baneke & Bremer 2018. Ik focus hier op platforms die primair handelen in roerende zaken. Zuivere hosting e.d. laat ik hier buiten beschouwing, zie hierover evenwel Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017,C 250/01), p. 10 e.v.

⁵⁰¹ Vgl. ook de opmerkingen die de Commissie heeft gemaakt over fulfilmenthouses (bestelhuisdienstverleners), waarvoor hetzelfde geldt; Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017,C 250/01), p. 8. Voor zuivere hosting kan evenwel een vrijstelling gelden op grond van art. 14 van de Richtlijn E-commerce, mits het platform niet wist of zich er bewust van was dat de producten inbreuk maakten, zie p. 10 van dezelfde mededeling, onder verwijzing naar HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oreal/Ebay*), r.o. 120-123.

⁵⁰² Art. 4 lid 1 en 2 Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁵⁰³ 20% van alle producten die op de Europese Markt zijn verkocht in 2016 zijn verhandeld via internetverkoop. Zie de Product Safety Pledge. Voluntary commitment of online marketplaces with respect to the safety of non-food consumer products sold online by third party sellers. 25 June 2018. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/voluntary_commitment_document_4signatures3-web.pdf, alsmede Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017,C 250/01) voor meer data.

gevestigd buiten Europa en het wordt duidelijk dat hier een belangrijk handhavingsprobleem ligt.⁵⁰⁴ Met eBay, Amazon, Alibaba en Rakuten France sloot de Commissie daarom op 25 juni 2018 een convenant getiteld '*Product Safety Pledge*', waarin deze actoren toezeggen medewerking te verlenen aan verzoeken om productinformatie van Europese toezichthouders, systemen aan te leggen om Europese klanten binnen vijf dagen te kunnen informeren over gevaarlijke producten, actief de Europese database RAPEX in de gaten te houden en Chinese verkopers die via hun respectieve websites verkopen te zullen verplichten om het EU-productveiligheidsrecht in acht te nemen. De Commissie riep andere online marktplaatsen op zich bij het initiatief aan te sluiten.⁵⁰⁵ De verplichtingen uit de *pledge* zijn verstrekkender en concreter dan vastgelegd in de RAPV en sectorspecifieke instrumenten. Zie voor de privaatrechtelijke implicaties hiervan nr. 145. Op nationaal niveau zijn door de NVWA met bol.com en marktplaats.nl vergelijkbare convenanten gesloten.⁵⁰⁶

Hoewel dit onderzoek zich in beginsel niet bezighoudt met de vraag hoe het publiekrechtelijke kader verder kan worden verbeterd, staat mijns inziens buiten kijf dat online platforms in hun eigen hoedanigheid en rol een belangrijke verantwoordelijkheid dragen. Zij faciliteren de ICT waarmee producten worden aangeboden en transacties tot stand komen en beschikken over belangrijke data over waar producten vandaan komen en waarnaartoe producten worden uitgeleverd. Eventuele aanscherping van het publiekrechtelijk kader zou zich met name op die informatieaspecten moeten concentreren en de *pledge* vormt daartoe een belangrijke inspiratiebron.

Overigens kan de behandelaar c.q. zorgverlener in beginsel niet als distributeur onder de Richtlijn en Verordening Medische hulpmiddelen worden gekwalificeerd, waardoor deze een bijzondere positie inneemt en diens zorg en schuld niet mede door de hierna te noemen verplichtingen worden gekleurd.⁵⁰⁷

66 Importeur of distributeur als fabrikant

Een importeur of distributeur kan volgens het Modelbesluit als fabrikant worden beschouwd indien hij een product onder eigen naam of merknaam in de handel brengt of een reeds in de handel gebracht product zodanig wijzigt dat de conformiteit in gedrang kan komen.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ Zie ook voornoemde mededeling p. 11 en aldaar genoemde rechtspraak over de vraag hoe de e-commerce richtlijn aan verdere handhaving in de weg kan staan.

⁵⁰⁵ Product Safety Pledge. Voluntary commitment of online marketplaces with respect to the safety of non-food consumer products sold online by third party sellers. 25 June 2018.

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/voluntary_commitment_document_4signatures3-web.pdf

⁵⁰⁶ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/convenanten/2019/07/02/samenwerkingsprotocol-nvwa-en-marktplaats>; <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/convenanten/2019/07/02/samenwerkingsprotocol-nvwa-en-bol>.

⁵⁰⁷ Dit volgt uit art. 2 lid 1 onder 34 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen), dat de zorgverlener als gebruiker kwalificeert, en het onderscheid dat in de verordening tussen distributeurs en zorgverleners wordt gemaakt.

⁵⁰⁸ Art. R6 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

2.4.4.1 Pre-marketingverplichtingen distributeur

67 Zorgvuldigheidsnorm distributeur

Anders dan voor de fabrikant, de producent en de importeur, geldt voor de distributeur volgens het Modelbesluit geen conformiteitsverplichting, maar een soort algemene zorgvuldigheidsnorm: 'Distributeurs die een product op de markt aanbieden, betrachten de nodige zorgvuldigheid in verband met de toepasselijke eisen.'⁵⁰⁹ Deze zorgvuldigheidsnorm lijkt mede aan de hand van de hierna te bespreken pre- en post-marketingverplichtingen uit het Modelbesluit te worden geconcretiseerd.

De RAPV geeft een vergelijkbare zorgvuldigheidsnorm:

*'De distributeurs dragen naar beste vermogen bij tot de naleving van de toepasselijke veiligheidseisen, met name door geen producten te leveren waarvan zij weten of op grond van de hun ter beschikking staande gegevens beroepshalve hadden moeten concluderen dat ze niet aan dit vereiste voldoen. [cursivering GV]'*⁵¹⁰

Met 'beroepsmatig hadden moeten concluderen' wordt een soort maatmancriterium of objectivering geïntroduceerd. (NB: het blijft een heel open criterium.) Het 'weten of beroepshalve hadden moeten concluderen' raakt aan de privaatrechtelijke ongeschreven vereisten voor onrechtmatigheid en toerekenbaarheid in de zin van schuld (zie hoofdstuk 7), en is de praktijk lastig te bewijzen. 'Naar beste vermogen' wijst op een inspanningsverplichting.

De RAPV bevat, in tegenstelling tot het Modelbesluit, geen nadere concretisering van de door de distributeur te leveren pre-marketingzorg, maar wel van de post-marketingzorg (zie hierna).

68 Controleplichten, mededelingsplichten en waarborgen opslag- en vervoersomstandigheden

Distributeurs dienen, aldus het Modelbesluit, alvorens zij een product op de markt aanbieden, te controleren of het product voorzien is van de vereiste conformiteitsmarkering(en) en vergezeld gaat van de vereiste documenten en van instructies en informatie aangaande de veiligheid, in een taal die de consumenten en andere eindgebruikers in de lidstaat waar het product op de markt wordt aangeboden, kunnen begrijpen.⁵¹¹ Daarnaast dienen zij te controleren of de fabrikant en de importeur aan hun identificatieplichten hebben voldaan.⁵¹² Indien het product een risico vertoont of de distributeur van mening is of redenen heeft om aan te nemen dat een product niet conform de regelgeving is, mag hij het product pas op de markt aanbieden indien het conform is gemaakt en dient hij de fabrikant en importeur hiervan op de hoogte te stellen (lees: een informatieplicht jegens marktdeelnemers

⁵⁰⁹ Art. R5 lid 1 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁵¹⁰ Art. 5 lid 3 RAPV.

⁵¹¹ Art. R5 lid 2 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁵¹² Art. R5 lid 2 jo. R2 lid 5 en 6 en R4 lid 3 van bijlage 1 bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

boven in de keten), evenals de markttoezichtautoriteiten (lees: de klikplicht, zie mede hierna).⁵¹³ Voor distributeurs geldt onder het modelbesluit een gelijke plicht als voor importeurs tot het waarborgen van opslag- en vervoersomstandigheden (nr. 68).⁵¹⁴

Het *Yonemoto*-arrest heeft nog steeds waarde voor de uitleg van de thans gecodificeerde zorgvuldigheidsnorm en controleplichten, ook al is het onder het oude recht gewezen, toen de verplichtingen voor de distributeur nog niet zo ver waren geharmoniseerd.⁵¹⁵ De zaak betrof een importeur die een machine importeerde uit een andere lidstaat, derhalve een distributeur in de zin van het Modelbesluit. Deze distributeur werd strafrechtelijk vervolgd door de Finse autoriteiten naar aanleiding van een arbeidsongeval met die machine, omdat hij zou hebben nagelaten voldoende onderzoek te doen naar de conformiteit ervan. De distributeur betoogde dat hij kon volstaan met het controleren van de aanwezigheid van de CE-markering, de verklaring van overeenstemming, de gebruiksaanwijzing en de instructies voor onderhoud. Het opleggen van strengere controleverplichtingen via het nationale recht zou in strijd zijn met het verbod op kwantitatieve verplichtingen uit art. 28 EG (oud), thans art. 34 VWEU.⁵¹⁶ In antwoord op prejudiciële vragen van de Finse rechter oordeelde het Hof van Justitie EG dat de (in casu strafrechtelijke) aansprakelijkheid van importeurs (lees: thans distributeurs) niet mocht worden uitgebreid,⁵¹⁷ doch dat lidstaten onder de richtlijn de bevoegdheid hadden om eisen voor te schrijven die zij noodzakelijk achtten ter bescherming van personen bij het gebruik van machines,⁵¹⁸ zoals controle van de aanwezigheid van een vertaling van de gebruiksaanwijzing en CE-markering, samenwerkingsverplichtingen met autoriteiten of informatieplichten (vgl. voornoemde verplichtingen onder het Modelbesluit). Dergelijke samenwerkingsplichten voor de distributeur mogen echter niet zo ver strekken dat zij erop neerkomen dat hij nader onderzoek dient te doen naar de juistheid van de verklaring van overeenstemming.⁵¹⁹ In de hoofdstukken 3 en 7 zal worden uitgelegd waarom in het privaatrecht soms een strengere zorgplicht mag worden aangenomen voor distributeurs dan onder het productveiligheidsrecht.

Is het opstellen door de fabrikant van de conformiteitsverklaring wel, doch het verstrekken van een conformiteitsverklaring voor de fabrikant aan

⁵¹³ Art. R5 lid 2 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁵¹⁴ Art. R5 lid 3 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁵¹⁵ HvJ EG 8 september 2005, C-40/04 (*Syuchi Yonemoto*), r.o. 44 en 53 over Richtlijn 98/37 (Machinerichtlijn, (oud)).

⁵¹⁶ R.o. 25.

⁵¹⁷ R.o. 45 en 46.

⁵¹⁸ R.o. 50. Over de Richtlijn 2000/13/EG inzake etikettering van en reclame voor levensmiddelen, die met name de economische belangen van consumenten beschermt, oordeelde het HvJ EG evenwel dat deze richtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling die maakt dat distributeurs bestuursrechtelijk kunnen worden beboet voor onjuiste etikettering, ook al verhandelen zij een kant-en-klaar van de producent afkomstig product, omdat die richtlijn ter zake een leemte zou laten, HvJ EG (tweede kamer) 23 november 2006, C-315/05, ECLI:EU:C:2006:736 (*Lidl Italia Srl/Comune di Arcole (VR)*), r.o. 48 en 50.

⁵¹⁹ R.o. 53.

opvolgende schakels niet verplicht (zie hiervoor), dan is de vraag of de distributeur publiekrechtelijk, onder zijn algemene zorgvuldigheidsnorm, gehouden kan zijn deze alsnog op te vragen. Dit is momenteel onduidelijk.

2.4.4.2 Post-marketingverplichtingen distributeur

69 Algemeen

Volgens het Modelbesluit dienen distributeurs die van mening zijn of redenen hebben om aan te nemen dat een door hen op de markt aangeboden product niet conform de toepasselijke regelgeving is, erop toe te zien dat de nodige corrigerende maatregelen worden genomen om het product conform te maken, uit de handel te nemen of terug te roepen.⁵²⁰

In de Duitse literatuur wordt aangenomen dat uit de zinsnede ‘van mening zijn of redenen hebben’ geen actieve onderzoeksplicht, maar een passieve productbewakingsplicht voor de distributeur kan worden afgeleid. Dit betekent dat indien informatie hem toch bereikt, hij mag niet stilzitten.⁵²¹ Op de keper beschouwd zou kunnen worden betoogd dat ‘erop toezien dat’ iets anders is dan de plicht die voor fabrikanten geldt om zelfstandig tot corrigerende actie over te gaan. Volgens Hodges, Tyler & Abbott zou derhalve slechts sprake kunnen zijn van een medewerkingsplicht aan door producenten of autoriteiten geïnitieerde acties.⁵²² De Commissie verwacht echter meer initiatief: de distributeur ‘*must initiate corrective measures where there is suspicion of a non-conformity*’.⁵²³ De distributeur dient onder het Modelbesluit dan ook de autoriteiten van de landen waarnaar hij heeft uitgeleverd op de hoogte te brengen, alsmede de non-conformiteit en de genomen maatregelen te beschrijven (de klikplicht).⁵²⁴ Voorts geldt voor distributeurs een informatie- en medewerkingsplicht wanneer autoriteiten daarom verzoeken.⁵²⁵

Voor de gevallen waarin de distributeur niet met de producent kan worden gelijkgesteld, somt art. 5 lid 2 RAPV na de eerder besproken algemene zorgvuldigheidsnorm van de distributeur een aantal post-marketingverplichtingen op:

‘(...) Bovendien nemen zij binnen het bestek van hun activiteiten deel aan de bewaking van de veiligheid van de op de markt gebrachte producten, vooral door informatie over de risico’s van producten door te geven [toevoeging GV: aan wie is niet bepaald], de nodige documentatie bij te houden [toevoeging GV: wat onder ‘nodige’ moet worden verstaan is niet bepaald] en te verstrekken om de oorsprong van producten op te sporen [toevoeging GV: aan wie wordt daar niet benoemd] en medewerking te verlenen aan de door de producenten en bevoegde autoriteiten

⁵²⁰ Art. R5 lid 4 laatste alinea van bijlage 1 bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁵²¹ *Klindt/ProdSG* (2015), § 6. III, Rn. 108. Vgl. naar Nederlands privaatrecht de productbewakingsplicht die wordt afgeleid uit HR 22 november 1974, NJ 1975/149 (*Heddema/De Coninck, Struikelende broodbezorger, Springtouwte*) (nr. 235).

⁵²² Hodges e.a. 1996, p. 149.

⁵²³ Blue Guide 2016, paragraaf 3.4.

⁵²⁴ Art. R5 lid 4 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

⁵²⁵ Art. R5 lid 5 van bijlage I bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

genomen maatregelen om deze risico's te vermijden. Zij nemen binnen het bestek van hun activiteiten maatregelen om een doeltreffende samenwerking mogelijk te maken.⁵²⁶

Art. 5 lid 3 RAPV bevat de klikplicht die zowel voor de producent als de distributeur geldt (vgl. nr. 55).

2.5 IMPLEMENTATIE, TOEZICHT EN HANDHAVING

70 Algemeen

Het pre-marketingtoezicht via *notified bodies* (NBs) en de kritiek daarop is hiervoor reeds besproken onder (nr. 47). Hier zal worden gefocust op het post-marketingtoezicht door nationale toezicht- en handhavingsautoriteiten. Hiertoe wordt eerst het Europese kader voor toezicht en sanctionering uiteengezet (§ 2.5.1). Dit kader is relevant, omdat hieruit blijkt dat de Europese wetgever aanstuurt op publiekrechtelijke handhaving. Vervolgens zullen de nationale implementatie, het toezicht en de handhaving door de NVWA kort worden besproken (§ 2.5.2). De implementatie is mede relevant om te kunnen beoordelen of de nationale wetgever privaatrechtelijke handhaving van voornoemde plichten heeft overwogen (relativiteit, § 7.3.1.4). Het toezicht en de handhaving zijn relevant, omdat langs die weg veel inbreuken aan het licht komen. Het oordeel van een toezichthouder dat het product onveilig is, is een duidelijke aanwijzing voor bijvoorbeeld onrechtmatigheid of non-conformiteit in het privaatrecht (doch geen dwingend bewijs, nr. 199). Om deze reden zal mede worden toegelicht waar informatie over concrete handhaving kan worden gevonden.

2.5.1 Het Europese kader

71 Post-marketingtoezicht en het Europese handhavingskader (nationale toezichthouders van overheidswege)

Door de bestaande discretionaire bevoegdheid kan de handhaving in verschillende lidstaten uiteenlopen, waardoor spanning ontstaat met het doel van EU-recht om een *level playing field* te creëren en de bescherming van de veiligheid en gezondheid kan worden ondermijnd.⁵²⁷ Daarom worden in de RAPV⁵²⁸ en in een bijzondere Verordening Markttoezicht en Accreditatie⁵²⁹ nadere eisen gesteld aan de inrichting van het post-marketingtoezicht door de lidstaten, de handhaving door autoriteiten, de aan hen toekomende

⁵²⁶ Art. 5 lid 2 RAPV, tweede deel, geïmplementeerd in Art. 2 lid 3 Warenwetbesluit Algemene Productveiligheid (*Stb.* 1993, 499, laatst gewijzigd bij *Stb.* 2016, 525): De distributeur neemt deel aan de bewaking van de veiligheid van de op de markt gebrachte producten, vooral door: a. informatie over de risico's van producten door te geven; b. de nodige documentatie bij te houden en te verstrekken om de oorsprong van de producten op te sporen;

⁵²⁷ Vgl. Reich 2008, p. 87. Zie ook Micklitz 2015, p. 504 onder verwijzing naar HvJ EG 9 augustus 1994, C-359/92, ECLI:EU:C:1994:306 (*Bondsrepubliek Duitsland/de Raad van de Europese Unie*).

⁵²⁸ Art. 6 t/m 13 RAPV.

⁵²⁹ Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht).

bevoegdheden en hun onderlinge samenwerking.⁵³⁰ In dat verband is recent een voorstel gedaan voor een nieuwe Markttoezichtverordening, welke op 25 juni 2019 is aangenomen. Deze zal deels op 1 januari 2021 en deels op 16 juli 2021 in werking treden.⁵³¹ De verordening regelt meer bevoegdheden voor nationale toezichthouders, Uniebrede testfaciliteiten en een internationaal samenwerkingsnetwerk voor toezichthouders. De Commissie onderneemt de laatste jaren bovendien veel niet-wetgevingsinitiatieven om de handhaving van het productveiligheidsrecht nader te stroomlijnen.⁵³²

Hoewel onder de Nieuwe Aanpak wordt gewerkt met vermoedens van overeenstemming indien geharmoniseerde normen zijn gevolgd, zijn nationale autoriteiten verplicht passende maatregelen te treffen teneinde het in de handel of op de markt brengen van een product te beperken of andere corrigerende acties te nemen, indien het product ondanks overeenstemming met geharmoniseerde normen toch gevaarlijk blijkt te zijn (nr. 109). Zij dienen dan zogeheten vrijwaringsprocedures als vastgelegd in richtlijnen en verordeningen (*safeguard clauses*) te volgen,⁵³³ op grond waarvan melding moet worden gemaakt bij de Commissie.⁵³⁴ Melding is niet alleen van belang ter voorkoming van kwalitatieve beperkingen op lidstaatniveau, maar ook om leemtes in Europese producteisen en geharmoniseerde normen te kunnen constateren. Melding door autoriteiten werd voorheen gedaan via het door de Commissie opgezette besloten systeem ICSMS, waarin autoriteiten informatie konden delen.⁵³⁵ Bij ernstige risico's onder de RAPV dienden de nationale

⁵³⁰ De samenwerking tussen autoriteiten wordt thans beheerst door Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht) en in de toekomst door Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten), Verordening (EU) 2019/515 (Wederzijdse erkenning)(zie hierna).

⁵³¹ COM(2017) 795 final - Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules and procedures for compliance with and enforcement of Union harmonisation legislation on products and amending Regulations (EU) No 305/2011, (EU) No 528/2012, (EU) 2016/424, (EU) 2016/425, (EU) 2016/426 and (EU) 2017/1369 of the European Parliament and of the Council, and Directives 2004/42/EC, 2009/48/EC, 2010/35/EU, 2013/29/EU, 2013/53/EU, 2014/28/EU, 2014/29/EU, 2014/30/EU, 2014/31/EU, 2014/32/EU, 2014/33/EU, 2014/34/EU, 2014/35/EU, 2014/53/EU, 2014/68/EU and 2014/90/EU of the European Parliament and of the Council, Verordening (EU) 2019/515 (Wederzijdse erkenning), Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁵³² COM(2017) 787 - Het goederenpakket : Het vertrouwen in de eengemaakte markt versterken, p. 3-8 voor een overzicht van geconstateerde problemen en de initiatieven die de EC voornemens is te ondernemen.

⁵³³ Art. R32 van bijlage 1 bij het Modelbesluit. Art. 11 RAPV. Zie kritisch over de eventuele invloed van deze procedures op de beoordeling van staatsaansprakelijkheid Reich 2008, p. 90 onder verwijzing naar Hodges 2005, p. 61-62, 72 en 163, alsmede Reich op p. 92, waarin hij HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, *NJB* 2007, 1168, *NTer* 2008, nr.7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*) bespreekt.

⁵³⁴ Dat geldt ook voor overheidsdiensten die bij een aanbesteding een inschrijving willen weigeren of uitsluiten omdat een product ten onrechte is voorzien van een CE-markering. Voor zover ze niet zelf bevoegd zijn tot melden, dienen ze de desbetreffende toezichthouder te informeren, zodat die melding kan maken, HvJ EU 14 juni 2007, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337 (*Medipac-Kazantzidis AE/Venizeleio-Pananeio*), r.o. 49 en 55. De aanbestedende dienst is aan de uitkomst van de vrijwaringsprocedure gebonden en dient in afwachting van de uitkomst de aanbestedingsprocedure te schorsen (r.o. 59). In casu ging het om verbandmiddelen voor een ziekenhuis. Volgens het hof mogen voorlopige maatregelen worden getroffen, mits de spoedeisendheid dit vergt (r.o. 61 en 62).

⁵³⁵ Internet-supported information and communication system for the pan-European market surveillance (ICSMS). Art. 23 Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht).

autoriteiten bovendien melding te maken in het zogeheten RAPEX-systeem.⁵³⁶ De meldingen in RAPEX werden vervolgens gedeeltelijk openbaar gemaakt. De Commissie verbeterde recentelijk de afstemming van informatie in de diverse systemen, inclusief de meldingen van marktdeelnemers via de *Business Gateway* (nr. 55), via invoering van een nieuw systeem genaamd *Safety Gate*. Van belang is dat de Commissie het doorgeven van informatie faciliteert, maar deze inhoudelijk niet beoordeelt.⁵³⁷ Het deel van de informatie dat via *Safety Gate* openbaar wordt gemaakt, geeft desalniettemin nuttige informatie voor private partijen.

Om te beoordelen hoe gevaarlijk een product is, dienen de toezichthouders eveneens een risicoanalyse uit te voeren. Nadat het risico is vastgesteld, dient te worden beoordeeld welke maatregelen dienen te worden genomen (het risicomanagement). Niet iedere inbreuk op een geharmoniseerde norm rechtvaardigt bijvoorbeeld vergaande correctieve actie (lees: het evenredigheidsbeginsel). De RAPV en de Verordening Markttoezicht stellen nadere eisen aan nationale autoriteiten indien sprake is van een ernstig risico (*serious risk*).⁵³⁸ In geval van een ernstig risico moet sneller en vergaander worden ingegrepen dan bij andere risico's, doch bij het bepalen van de maatregelen moet het proportionaliteits- c.q. evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen.⁵³⁹ Ter concretisering van deze plichten is door de Commissie in overleg met de vertegenwoordigers van nationale autoriteiten een *risk assessment methodology* opgesteld. Deze is zeer algemeen van aard, maar geeft enige sturing.⁵⁴⁰ De methodologie gaat in op onzekerheid in het kader van de risicoanalyse, doch ten onrechte niet op wetenschappelijke

⁵³⁶ Art. 12 lid 1 RAPV, art. 30 Verordening Accreditatie en Markttoezicht. Uitvoeringsbesluit (EU) 2019/417 van de Commissie van 8 november 2018 tot vaststelling van richtsnoeren voor het beheer van het systeem van de Europese Unie voor snelle uitwisseling van informatie (Rapex) uit hoofde van artikel 12 van Richtlijn 2001/95/EG inzake algemene productveiligheid en het bijbehorende kennisgevingssysteem (*PbEU* 2019, L 73/121). Voor een overzicht van het aantal meldingen in 2016: DG Justice and Consumers - Rapid Alert System for Dangerous Products 2016 Annual Report. En voorgaande jaren:

http://ec.europa.eu/consumers/consumers_safety/safety_products/rapex/alerts/repository/content/pages/rapex/reports/index_en.htm.

⁵³⁷ De Commissie kan volgens het Gerecht van Eerste aanleg dan ook niet aansprakelijk worden gehouden voor een onjuiste melding in het systeem, GvEA 10 maart 2004, T-177/02 (*Malgutti/Commissie*). De zaak betrof weliswaar het food-notificatiesysteem (thans RASFF), maar deze lijn kan worden doorgetrokken voor RAPEX, zoals ook besproken door Verhoeven 2017, p. 428.

⁵³⁸ Art. 6 t/m 10 RAPV en art. 18 t/m 22 Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht), die deels zal worden vervangen door Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁵³⁹ Vgl. Micklitz 2015, p. 503, die erop wijst dat dit beginsel stamt uit de RAPV, maar dat dit onderscheid thans terugkomt in het mededingingsrecht, het financiële toezichtrecht en het milieurecht.

⁵⁴⁰ DG Grow, Unit B1 - EU general risk assessment methodology (Action 5 of Multi-Annual Action Plan for the surveillance of products in the EU (COM(2013)76), Ref. Ares(2016)2656912 - 08/06/2016. Dit richtsnoer dient ter uitvoering van art. 20 Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht) art. 19 van de nieuwe Verordening en art. R31 van bijlage 1 bij het Modelbesluit. Het is gebaseerd op Besluit 2010/15/EU van de Commissie van 16 december 2009 tot vaststelling van richtsnoeren voor het beheer van het communautaire systeem voor snelle uitwisseling van informatie (RAPEX) uit hoofde van artikel 12 en van de kennisgevingsprocedure uit hoofde van artikel 11 van Richtlijn 2001/95/EG (richtlijn inzake algemene productveiligheid (*PbEU* 2009, C 9843) en ISO 12100.

onzekerheid (lees: het voorzorgsbeginsel, nr. 38).⁵⁴¹ Het voorzorgsbeginsel kan overigens nooit een rechtvaardiging zijn voor overheidsingrijpen bij bijvoorbeeld een onvolledig onderzoek door de toezichthouder.⁵⁴²

Een uitzondering op het beginsel dat handhaving van EU-recht aan de procedurele autonomie van de lidstaten wordt gelaten, vormt de noodprocedure uit art. 13 lid 1 RAPV.⁵⁴³ De Commissie kan op grond van dit artikel een noodmaatregel uitvaardigen indien een product een *ernstig risico* inhoudt en de veiligheid van consumenten in meer dan één lidstaat in het geding is. Met zo'n maatregel (beschikking) worden lidstaten verplicht om een van de maatregelen uit art. 8 b t/m f op te leggen (bijvoorbeeld d een verbodsactie, f i) een product terug te nemen of ii) terug te roepen). Voor dit optreden is – samengevat – noodzakelijk: a) dat uit een voorafgaande raadpleging van de lidstaten is gebleken dat er een verschil in aanpak bestaat tussen de lidstaten,⁵⁴⁴ b) dat het door het product veroorzaakte veiligheidsprobleem niet via andere maatregelen of wetgeving tegen het risico kan worden opgetreden (proportionaliteit) en c) tegen het risico alleen doeltreffend kan worden opgetreden door op communautair niveau adequate maatregelen vast te stellen, teneinde een eenvormig, hoog beschermingsniveau voor de gezondheid en de veiligheid van de consument en een goede werking van de interne markt te waarborgen (subsidiariteit).⁵⁴⁵ De maatregelen worden genomen voor de duur van een jaar en kunnen telkens worden verlengd. De Commissie kan bij leemtes in geharmoniseerde normen onder nieuwe sectorspecifieke instrumenten ook Europa-brede uitvoeringsmaatregelen uitvaardigen.⁵⁴⁶ Tegen dergelijke maatregelen staat beroep ex art. 263 VWEU open (vgl. nr. 39 en 118).⁵⁴⁷

⁵⁴¹ Onder 3.9.

⁵⁴² Vgl. COM(2000) 1 def - Communication from the Commission on the Precautionary Principle, p. 13.

⁵⁴³ Volgens het Hof van Justitie EU was de Europese wetgever bevoegd om op grond van art. 114 VWEU zo'n procedure in te voeren, HvJ EG 9 augustus 1994, C-359/92, ECLI:EU:C:1994:306 (*Bondsrepubliek Duitsland/de Raad van de Europese Unie*), r.o. 37. Zie ook Micklitz 2015, p. 504.

⁵⁴⁴ Art. 14 lid 1 sub b jo. Art. 15 lid 2 RAPV jo. art. 5 en 7 van Besluit 1999/468/EC (oud), thans Verordening (EU) Nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (*PbEU* 2011, L 55/13).

⁵⁴⁵ Verhoeven 2017, p. 433 pleit ten onrechte voor wijziging van de RAPV in de zin dat vereiste a) en b) komen te vervallen waardoor c) doorslaggevend wordt, waardoor eerder adequaat zou kunnen worden opgetreden, aangezien dat in strijd is met het subsidiariteitsbeginsel. Verder pleit hij ervoor om maatregelen van onbepaalde duur toe te staan, hetgeen de Commissie reeds heeft bepleit in het voorstel voor een nieuwe markttoezichtverordening, COM(2013) 74 final - Communication "More Product Safety and better Market Surveillance in the Single Market for Products", zoals ook aangehaald door Howells 2014a, p. 534. Een dergelijke bepaling ontbreekt in Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁵⁴⁶ Zie bijvoorbeeld art. 9 Richtlijn 2006/42/EG (Machines).

⁵⁴⁷ Vb. GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*), r.o.71, een zaak waarin een Uitvoeringsbesluit van de Commissie om een grasmaaier te verbieden ex art. 9 Richtlijn 2006/42/EG (Machines) naar aanleiding van een geïnitieerde safeguard procedure nietig wordt verklaard ex art. 263 VWEU, omdat de producent kan genieten van een vermoeden van overeenstemming nu Letland noch de Commissie nader had gemotiveerd waarom niet aan de essentiële eisen was voldaan.

Het verplichtingenkader dat is gericht op de handelsketen en dat hiervoor is besproken, boet snel aan betekenis in door het toenemende aantal internetverkoop. Indien een buitenlandse webshop producten aanbiedt uit China die rechtstreeks vanaf de fabriek naar de consument worden verzonden – ook wel *international dropshipping genoemd*⁵⁴⁸ – ontbreken tussenschakels in Europa. Om deze reden focust de Commissie de laatste jaren op initiatieven die de feitelijke controles aan de buitengrenzen van de Unie versterken (zie mede nr. 65 over *online platforms* en *fulfilment*).⁵⁴⁹ Ook het regelgevend kader wordt hierop ingericht, zo blijkt uit de pas aangenomen nieuwe Verordening Markttoezicht, die bepalingen bevat over controles aan de buitengrenzen en betere uitwisseling van informatie tussen douane en markttoezichtautoriteiten via verbeterde ICT-voorzieningen en een coördinatienetwerk.⁵⁵⁰

72 Sanctieclausules

De Europese wetgever harmoniseert in beginsel geen sancties of remedies op schending van verplichtingen voor marktdeelnemers. De wijze van sanctionering (bestuursrechtelijk, strafrechtelijk of civielrechtelijk) staat ter bepaling van de lidstaten (zie nader hoofdstuk 3), hetgeen blijkt uit de volgende sanctieclausule die zowel in richtlijn als verordeningen,⁵⁵¹ staat opgenomen:

‘De lidstaten stellen de regels vast inzake de sancties die van toepassing zijn op overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen [dan wel de bepalingen van de verordening, indien het een verordening betreft, toevoeging GV] en nemen de nodige maatregelen om de toepassing van die sancties te verzekeren. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.’⁵⁵²

De vereisten uit deze clausule stammen oorspronkelijk uit de rechtspraak,⁵⁵³ doch de zinsnede wordt tegenwoordig veelal expliciet gecodificeerd in

⁵⁴⁸ https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/internationale-handel/e-commerce/dropshipping-online-verkopen-zonder-voorraad/?gclid=EAlalQobChMIp7WOvNyB4AIVyrTtCh0l5Q7oEAAYAAEgIZ8fD_BwE

⁵⁴⁹ Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017, C 250/01).

⁵⁵⁰ Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

⁵⁵¹ Voor richtlijn volgt dit ook uit art. 288 lid 3 VWEU.

⁵⁵² Bijv. art. 7 Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw). Soms wordt ‘*dissuasive*’ vertaald met ‘afschrikkend’, soms met ‘afschrikwekkend’. Het Modelbesluit bevat alleen in art. R12 lid 4 van bijlage I een bijzondere sanctieclausule voor de CE-markering, maar geen algemene sanctieclausule. Desalniettemin staat hij ook in sectorspecifieke Nieuwe Aanpak-regelgeving, zie bijv. art. 23 Richtlijn 2006/42/EG (Machines) en art. 43 Richtlijn 2014/33/EU (Liften). In verordeningen keert hij ook terug, vb. art. 37 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica) en art. 113 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen). Anders dan onder Mifid I en II sturen onder het productveiligheidsrecht de sanctieclausules niet aan op bestuursrechtelijke handhaving, vgl. art. 51 lid 1 MIFID en art. 70 MIDIF II.

⁵⁵³ Zie voor de oorspronkelijke rechtspraak o.a. HvJ EG 10 juli 1990, C-326/88, ECLI:EU:C:1990:291 (*Hansen*), r.o. 17 waar het ging om strafrechtelijke sanctionering, Prechal & Cath 2014, p.181 onder verwijzing naar Case 68/88 *Commission v Greece* (Greek Maize) [1989] ECR 2965; Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 *Berlusconi et al* [2005] ECR I-03565. Prechal 2005a, p. 88 en 89, met onder noot 117 noemt nog aanvullende rechtspraak. Prechal & Widdershoven 2011, p. 34 en onder noot 15.

secundaire EU-wetgeving uit hoofde van een resolutie.⁵⁵⁴ Zie voor het doeltreffendheidsbeginsel nader nr. 79. Doeltreffend en afschrikkend lijkt contradictoir aan evenredig – hoe proportioneler immers, hoe minder afschrikkend⁵⁵⁵ – doch het laat zien dat wat de doeltreffendheid vergt, niet ongelimiteerd is. Het evenredigheids- c.q. proportionaliteitsbeginsel, dat in het nationale straf- en bestuursrecht van de lidstaten terugkomt, dient te worden gerespecteerd.⁵⁵⁶

Deze sanctiesclausule is een logisch gevolg van de gedeelde bevoegdheid tussen EU en haar lidstaten en de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit (nr. 37). Uit hoofde van subsidiariteit kan de Europese Unie in beginsel niet tot harmonisering van de sanctionering en handhaving van productveiligheidsrecht overgaan, behoudens de gevallen waarin verschillen in sanctionering en/of handhaving daadwerkelijk aan de werking van de interne markt in de weg staan. De Commissiebevoegdheid tot het nemen van noodmaatregelen ex art. 13 RAPV is dus een uitzondering.⁵⁵⁷ De geharmoniseerde aansprakelijkheid van de gemachtigde in de Verordening Medische hulpmiddelen is een andere uitzondering (nr. 58). Aangezien in beginsel de gemachtigde onbeperkt aansprakelijk kan worden gehouden, zelfs indien hij in geen enkele zin verwijtbaar heeft gehandeld, lijkt schadevergoeding indien die als sanctie wordt gezien, in zo'n geval niet te voldoen aan voornoemde evenredigheidsstoets.⁵⁵⁸ Het beginsel van volledige schadevergoeding kan immers niet zomaar opzij worden gezet.⁵⁵⁹ De civiele rechter kan wellicht matigen ex art. 6:109 BW in het licht van onder andere het gezichtspunt 'de aard van de aansprakelijkheid', doch dit kan slechts indien de gevolgen onaanvaardbaar zouden zijn. Slachtofferbescherming (lees: doeltreffendheid) en evenredigheid wijzen hier dus in verschillende richtingen.

De Richtlijn Productaansprakelijkheid moet overigens niet als 'sanctie' worden gezien in het licht van het productveiligheidsrecht. Zo vermeldt art. 17 RAPV ten overvloede: 'Deze richtlijn laat de toepassing van Richtlijn

⁵⁵⁴ Zie voor het huidige wetgevingsbeleid, Resolutie van de Raad van 29 juni 1995 over de eenvormige en doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht en over sancties op overtredingen daarvan op het gebied van de interne markt (*PbEG* C 188). Prechal 2005a, p. 88 en 89, met onder noot 117 noemt nog aanvullende rechtspraak. Prechal & Widdershoven 2011, p. 34 en onder noot 15.

⁵⁵⁵ Cafaggi & Iamiceli 2017.

⁵⁵⁶ Een zaak waarin een buitensporige sanctie centraal stond die proportionaliteitstoets niet doorstond was, HvJ EU 16 juli 2015, C-255/14, ECLI:EU:C:2015:475 (*Chmielewski*), r.o. 30.

⁵⁵⁷ Dit artikel is geharmoniseerd ex art. 114 VWEU en heeft de toets der kritiek van het HvJ EU doorstaan, HvJ EG 9 augustus 1994, C-359/92, ECLI:EU:C:1994:306 (*Bondsrepubliek Duitsland/de Raad van de Europese Unie*), zoals ook aangehaald door Micklitz 2015, p. 504.

⁵⁵⁸ Vgl. HvJ EU 16 juli 2015, C-255/14, ECLI:EU:C:2015:475 (*Chmielewski*), r.o. 30 waarin het Hof oordeelde dat een boete van € 50.000,- (60% van de hoofdsom) voor een overtreding van art. 9 van Verordening 1889/2005 buitenproportioneel was. De bepaling zag immers niet zag op het bestraffen van fraude of illegale activiteiten, doch bevatte een meldplicht voor het vervoer van contant geld boven een bedrag van € 10.000,- zodat autoriteiten in staat konden worden gesteld nader onderzoek te doen. Aangezien minder ingrijpende maatregelen mogelijk en voldoende doeltreffend en afschrikkend zouden zijn, werd de boete onevenredig geacht.

⁵⁵⁹ *Restitutio integrum* is het credo.

85/374/EEG onverlet.⁵⁶⁰ Door Faure is opgemerkt dat met dit artikel duidelijk wordt gemaakt dat naleving van de RAPV de producent niet bevrijdt van aansprakelijkheid (lees: een ruim *regulatory compliance*-verweer wordt niet met invoering van de RAPV alsnog mogelijk, nr. 178).⁵⁶¹ Verder verwijst de nieuwe Richtlijn Spielgoed in overweging 45 naar de Richtlijn Productaansprakelijkheid, die – aldus die overweging – onder meer van toepassing is op speelgoed dat niet in overeenstemming is met de communautaire harmonisatiewetgeving: ‘Fabrikanten en importeurs die speelgoed dat niet in overeenstemming is in de Gemeenschap in de handel hebben gebracht, zijn krachtens die richtlijn aansprakelijk voor schade.’ De Richtlijn Spielgoed vervolgt echter dat lidstaten moeten voorzien in sancties op deze richtlijn.⁵⁶² Hieruit volgt dat uit schending van het productveiligheidsrecht gebrekkigheid in de zin van de Richtlijn Productaansprakelijkheid kan volgen, doch dat het productaansprakelijkheidsrecht niet als specifieke sanctie c.q. geharmoniseerde remedie op schending van het productveiligheidsrecht is beoogd.

2.5.2 De nationale implementatie, het toezicht en de handhaving

73 Implementatie in diverse nationale wetten

EU-productveiligheidsrichtlijnen krijgen werking via in het nationale recht omgezette bepalingen (art. 288 lid 3 VWEU). Hoewel verordeningen rechtstreeks werken (art. 288 lid 2 VWEU, nr. 78), zijn ze qua inhoud zelden uitputtend, waardoor veelal nadere nationale bepalingen nodig zijn. In Nederland is het productveiligheidsrecht met name geïmplementeerd in de Warenwet en onderliggende besluiten, waarop de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) toezicht houdt.⁵⁶³ Medische hulpmiddelen vallen echter onder de Wet op de medische hulpmiddelen, waarop de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) – net als op geneesmiddelen – toezicht houdt, in plaats van de NVWA. De Verordening bouwproducten wordt ingebed in de Woningwet en het Bouwbesluit 2012 en het Besluit bouwproducten, en gehandhaafd door de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT).

⁵⁶⁰ Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw). Zie ook overweging 36 RAPV. Vgl. ook art. 21 van Verordening (EU) 178/2002 (Levensmiddelen). Impliciete referenties worden regelmatig gemaakt. Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Mengozzi, paragraaf 30 bij HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, *NJ 2012/125 (Centre hospitalier/Dutruex)*, waarin hij refereert aan de opmerkingen door de Franse regering. De A-G geeft aan dat de afbakening van de werkingssfeer van de richtlijn algemene productveiligheid voort zou borduren op de werkingssfeer van de richtlijn productaansprakelijkheid. De A-G sluit daartoe aan bij punt 1 van de considerans van richtlijn 1999/34/EG wordt verklaard dat ‘*de veiligheid van producten en de vergoeding van schade veroorzaakt door producten met gebreken, maatschappelijke vereisten zijn waaraan in de interne markt moet worden voldaan; dat de Gemeenschap aan deze vereisten heeft voldaan door middel van richtlijn 85/374/EEG en van richtlijn 92/59/EEG [die is vervangen door richtlijn 2001/95/EG] (...)*’.

⁵⁶¹ Faure 2000, p. 473.

⁵⁶² Overweging 46, alsmede art. 51 Richtlijn 2009/48/EG (Spielgoed)

⁵⁶³ Volgens art. 3 a sub b van de Warenwetregeling algemene productveiligheid (Stct. 2012, 883) is de NVWA de door de minister aangewezen toezichthouder als bedoeld in hoofdstuk 3 van Verordening (EG) 765/2008 (Accreditatie en Markttoezicht).

Radioapparatuur valt onder de Telecomwet, met de ACM (voorheen OPTA) als toezichthouder. Nu de NVWA echter de meeste productgroepen onder zich heeft en in dit onderzoek niet de publiekrechtelijke handhaving centraal staat, zal hierna alleen de implementatie in de Warenwet en onderliggende besluiten aan de orde komen.

74 Warenwet en onderliggende besluiten

De Warenwet stamt oorspronkelijk uit 1935,⁵⁶⁴ maar vormt thans het belangrijkste wettelijke kader voor de implementatie, handhaving en sanctionering van zowel nationaal als Europees voedselveiligheidsrecht, de RAPV en het merendeel van de sectorspecifieke instrumenten. De Warenwet heeft een veel breder toepassingsbereik dan het Europese secundaire recht dat het implementeert, onder andere doordat het een eigen, zeer ruime definitie van waren bevat.⁵⁶⁵ Artikel 3 Warenwet bevat bovendien een zelfstandige doelstelling die niet terugkeert in het EU-recht, namelijk dat met betrekking tot waren regels kunnen worden gesteld

‘a. in het belang van de volksgezondheid, van de veiligheid, van de *eerlijkheid in de handel* [cursivering GV] of van goede voorlichting omtrent waren, en
b. indien het technische voortbrengselen betreft, tevens in het belang van de gezondheid van de mens of van de veiligheid van zaken.’

Bij de implementatie van het productveiligheidsrecht in de Warenwet en onderliggende besluiten zweeg de Nederlandse wetgever – anders dan bijvoorbeeld bij de Wft⁵⁶⁶ – over de privaatrechtelijke gevolgen van de niet-naleving van deze bepalingen. Aangezien concrete aanwijzingen van de wetgever over de privaatrechtelijke gevolgen van de Warenwet en onderliggende besluiten ontbreken, is de exacte privaatrechtelijke strekking van de daarin vervatte verplichtingen tot op de dag van vandaag onduidelijk (§§ 3.4 en 7.3.1.4).⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ Heeres 2015, p. 355.

⁵⁶⁵ Art. 1 lid 1 sub a Warenwet: ‘*waren: roerende zaken waaronder eetwaren, met inbegrip van kauwpreparaten andere dan tabak, en drinkwaren alsmede bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen onroerende zaken.*’

⁵⁶⁶ De nationale wetgever heeft over de Wft onder meer opgemerkt dat als hoofdregel de Wft niet de civielrechtelijke gevolgen van schending ervan regelt, doch dat beleggers bij schending van de Wft schadevergoeding kunnen claimen van de dienstverlener, waardoor relativiteit van die normen gegeven is, Kamerstukken II 2005/2006, 29708, nr. 19, p. 393-394. Wel moet dan aan de overige voorwaarden voor schadevergoeding op grond van art. 6:162 e.v. BW zijn voldaan. Verder is art. 1:23 Wft opgenomen inhoudende dat de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen in strijd met de Wft niet op die grond aantastbaar is, zie hierover ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 74-75.

⁵⁶⁷ Zoeken naar expliciete aanwijzingen voor relativiteit is als zoeken naar een speld in een hooiberg. De implementatiegeschiedenis van de RAPV is integraal bekeken, alsmede een aantal belangrijke wijzigingen. Verder is de zoekmachine van overheid.nl, die recentelijk sterk is verbeterd, doorzocht op termen als ‘productveiligheid’ in combinatie met ‘relativiteit’ en ‘aansprakelijkheid’ en in combinatie met nummers van diverse richtlijnen, maar dit heeft geen nadere aanwijzingen opgeleverd. De implementatiegeschiedenis van ieder afzonderlijk warenwetbesluit per richtlijn is vanwege de omvang en slechte toegankelijkheid, echter niet afzonderlijk integraal bekeken. Relativiteit is overigens niet alleen afhankelijk van nationale implementatie doch ook van uitleg van Europees recht, reden waarom daar in hoofdstuk 3 aandacht aan wordt besteed.

De kern van de Warenwet vormt het algemene verbod als vastgelegd in artikel 18 sub a Warenwet, dat veel ruimer is dan de specifieke verboden uit de richtlijnen en verordeningen die zijn geïmplementeerd in specifieke warenwetbesluiten:

‘Onverminderd het bij of krachtens de voorgaande artikelen bepaalde is het verboden:

- a. waren, niet zijnde eet en drinkwaren, te verhandelen waarvan degene die deze waren verhandelt, weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat zij bij het gezien hun bestemming te verwachten gebruik bijzondere gevaren kunnen opleveren voor de veiligheid of gezondheid van de mens, of indien het technische voortbrengselen betreft, tevens voor de veiligheid van zaken;’

Deze bepaling, die mede de nationale implementatie van de RAPV vormt,⁵⁶⁸ bevat een verbod in plaats van een gebod alleen veilige producten op de markt te brengen (RAPV). Door de zinsnede ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden’ wordt ruimte geboden met ieders rol en verantwoordelijkheid in de handelsketen rekening te houden. In artikel 18a is het Nieuwe Aanpak-beginsel opgenomen.⁵⁶⁹ Art. 18 en 18a Warenwet vormen tevens de implementatie van het algemene veiligheidsvereiste uit de RAPV, doch de andere bijzondere gezichtspunten daaruit ontbreken (nr. 41).⁵⁷⁰ De implementatie van de RAPV laat daarom alleen al veel te wensen over.

De corrigerende acties uit de RAPV zijn in de Warenwet geïmplementeerd in art. 21 lid 1 en 2 als door de minister (lees: door de NVWA) op te leggen lasten aan de *verhandelaar*. *Verhandelaar* is overigens een ruimer begrip dan producent en omvat mede de distributeur.⁵⁷¹ Verderop in de MvT blijkt evenwel dat met art. 21 lid 1 Warenwet met name de implementatie van art. 8 lid 1 sub f ten tweede RAPV⁵⁷² is beoogd (de bevoegdheid voor lidstaten om

⁵⁶⁸ *Kamerstukken II 2004/05, 29 982, nr. 3, p. 1 en 2 en p. 6, naast het Warenwetbesluit Algemene Productveiligheid (Stb. 1993, 499, laatst gewijzigd bij Stb. 2016, 525).*

⁵⁶⁹ Lid 1: ‘Waren die voldoen aan bij regeling van Onze Minister aangewezen normen, worden voor wat betreft de risico’s geregeld in die normen vermoed geen gevaren op te leveren als bedoeld in artikel 18, onder a.’ Lid 2: ‘Onze Minister wijst uitsluitend normen aan die Europese normen omzetten waarvan de referenties door de Commissie van de Europese Gemeenschappen bekend zijn gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.’

⁵⁷⁰ *Kamerstukken II 2004/05, 29 982, nr. 3, p. 6.*

⁵⁷¹ Art. 21 Warenwet: ‘1. Indien waren naar het oordeel van Onze Minister gevaar opleveren voor de veiligheid of de gezondheid van de mens, of indien het technische voortbrengselen betreft, tevens gevaar opleveren voor de veiligheid van zaken, kan hij met het oog op de bescherming van die belangen degene die de waar of het voortbrengsel verhandelt of heeft verhandeld, gelasten om de houders dan wel de vermoedelijke houders van die waar onverwijd en op doeltreffende wijze op de hoogte te stellen van het gevaar. Degene tot wie de last is gericht, geeft daaraan onverwijd gevolg.

2. Indien waren, niet zijnde eet- of drinkwaren, naar het oordeel van Onze Minister gevaar opleveren voor de veiligheid of de gezondheid van de mens, of gevaar opleveren voor de veiligheid van zaken, kan hij met het oog op de bescherming van die belangen degene die de waar verhandelt of heeft verhandeld, gelasten de verhandeling daarvan te staken dan wel al de noodzakelijke maatregelen te treffen om die waar terug te nemen. Degene tot wie de last is gericht, geeft daaraan onverwijd gevolg.’

⁵⁷² Zoals ook besproken door Meijer 2002, p. 96. Vgl. ook de considerans sub 19 van de RAPV.

zelf tot corrigerende actie over te gaan) en niet zozeer de implementatie van art. 5 lid 1 sub b RAPV (de verplichting voor de producent).⁵⁷³ Aldus is de vraag of de nationale wetgever dit artikel afdoende heeft geïmplementeerd. Art. 21 lid 1 lijkt in ieder geval geen zelfstandige grond voor een bestuurlijke boete te vormen. In de Memorie van Toelichting staat wel:

‘Degene tot wie zich de lastgeving richt, is gehouden alle noodzakelijke maatregelen te treffen om de eindgebruiker van het product ertoe te bewegen het product terug te laten keren bij de betrokken verhandelaar. Dit betekent dat de desbetreffende verhandelaar die maatregelen moet nemen welke de eindgebruiker ertoe bewegen het product terug te geven. *Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het aanbieden van reparatie, een schadevergoeding (aankoopbedrag) of een vervangend product* [cursivering GV].’⁵⁷⁴

De gesloten producteisen, essentiële eisen en aanvullende verplichtingen uit sectorspecifieke Europese richtlijnen kunnen worden teruggevonden in sectorspecifieke warenwetbesluiten.⁵⁷⁵ Aangezien verordeningen veelal enige nadere inbedding behoeven, koos de Nederlandse wetgever ervoor om ook voor verordeningen bijzondere warenwetbesluiten te creëren, waarin statisch naar de relevante bepalingen van de desbetreffende verordeningen wordt verwezen⁵⁷⁶ en incidenteel een verduidelijking wordt aangebracht.⁵⁷⁷ Voor het complete juridische kader dienen nog steeds zowel de richtlijnen en verordeningen als de Warenwet en alle relevante warenwetbesluiten te worden geraadpleegd, waardoor de wetgeving slecht toegankelijk blijft. Verordeningen leiden dus niet per definitie tot minder bureaucratie, zoals de Commissie hoopte (nr. 281).⁵⁷⁸ In Duitsland is de Duitse equivalent van de Warenwet (voorheen het *Geräte- und Produktsicherheitsgesetz, GPSG*) gestroomlijnd volgens het Modelbesluit met de invoering van het *Produktsicherheitsgesetz (ProdGS)* in 2011, waardoor de nationale implementatiewetgeving in ieder geval beter aansluit op het EU-recht.⁵⁷⁹

75 Nationale handhavingsbeleid, sanctionering en informatie over overtredingen

De NVWA heeft als bestuursorgaan de bekende bevoegdheden uit art. 5:13 t/m 5:20 AWB, alsmede enkele bijzondere bevoegdheden zoals opgenomen in

⁵⁷³ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 982, nr. 3, toelichting op art. I

⁵⁷⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 982, nr. 3 zoals ook aangehaald door Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, inleiding, aant. 3.6.2 (actueel t/m 04-05-2019). Zie vóór de invoering van dit artikel al Storm 1985, p. 29.

⁵⁷⁵ Zoals daar zijn het warenwetbesluit liften, drukapparatuur, attractie- en speeltoestellen etc.

⁵⁷⁶ Zie bijvoorbeeld het Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen 2018, dat de Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen) nader inbedt.

⁵⁷⁷ Bijvoorbeeld art. 6 lid 2 van voornoemd besluit, dat bepaalt dat instructies en gegevens aangaande de veiligheid in ieder geval zijn gesteld in het Nederlands. Naar de plichten uit de verordening wordt statisch verwezen (art. en nr.) met de inleidende woorden: ‘*het is verboden zich te gedragen in strijd met de volgende bepalingen van de verordening:*’

⁵⁷⁸ Vgl. De Graaff & Verheij 2017.

⁵⁷⁹ Voluit *Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt (Produktsicherheitsgesetz – ProdSG)*. Klindt/ProdSG (2015), Einführung, Rn.29 t/m 33.

de Warenwet (art. 26 t/m 32 a t/m k Warenwet). Hoe de NVWA in de praktijk toezicht houdt, omgaat met risico's en handhaaft, hangt af van het toezicht- en handhavingsbeleid dat is vastgelegd in het toezichtkader NVWA, het algemene interventiebeleid en een specifiek interventiebeleid productveiligheid.⁵⁸⁰

De NVWA beschikt over informele instrumenten die niet gebaseerd zijn op een besluit. Zo doet de NVWA een terugmelding na inspectie of onderzoek. De NVWA kan een herinspectie uitvoeren na een terugmelding,⁵⁸¹ nalevingshulp bieden in de vorm van informatieverstrekking over de naleving van regels en waarschuwingen geven.⁵⁸² Waarschuwingen worden in de praktijk veel gegeven en het voorkomen van dreigende reputatieschade vormt een belangrijke motivatie voor marktdeelnemers deze op te volgen.⁵⁸³

De NVWA kan verder corrigerende interventies toepassen, zoals een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang (zoals een terugroepactie).⁵⁸⁴ Daarnaast bestaan sanctionerende interventies, als de bestuurlijke boete genoemd in het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten⁵⁸⁵ in verband met de artikelen 32a en b lid 1 Warenwet, en strafrechtelijke sancties op grond van de Wet economische delicten (zie hierna). Als tot bestuursrechtelijke sanctionering wordt overgegaan, dan wordt een rapport van bevindingen opgemaakt (RvB, voorheen boeterapport (BR)) en bij strafrechtelijke sanctionering een proces-verbaal (PV).

In 2016 werd, na een lange aanloop hiertoe⁵⁸⁶ en ondanks felle kritiek van de Raad van State,⁵⁸⁷ de omzetafhankelijke bestuurlijke boete geïntroduceerd.⁵⁸⁸ Het besluit is in oktober 2017 uitgebreid tot de overige bepalingen van de Warenwet en onderliggende besluiten en is in werking

⁵⁸⁰ Toezichtkader NVWA. Leidende principes voor toezicht en handhaving. IB02 - Algemeen interventiebeleid NVWA. Ingangsdatum 7 juli 2016 en IB02-SPEC45 - Specifiek interventiebeleid productveiligheid. Versie 5. Ingangsdatum 9-3-2016. De NVWA is aan haar eigen handhavingsbeleid gebonden: besluiten die zijn gebaseerd op een werkwijze die van dit beleid afwijken kunnen in beginsel worden vernietigd met een beroep op het vertrouwensbeginsel. Vgl. CBB 19 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:426, dat betrekking heeft op het handhavingsbeleid in het kader van food en feed law, doch voor non-food producten geldt een vergelijkbaar uitgangspunt. Vgl. ook CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:546.

⁵⁸¹ De kosten voor herinspectie kunnen ingevolge de NVWA-tarieven worden verhaald op de geïnspecteerde, zie voor productveiligheid bijvoorbeeld de NVWA-tarieven Import 2017.

⁵⁸² IB02 - Algemeen interventiebeleid NVWA. Ingangsdatum 7 juli 2016, p. 5. Een waarschuwing is geen besluit, vgl. CBB 23 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6798, AWB 12/268.

⁵⁸³ Zie voor de prominente rol van de waarschuwing mede het interventiebeleid. Het laatste is gebaseerd op eigen praktijkervaring.

⁵⁸⁴ Artikel 32 Warenwet. De last onder dwangsom is geregeld in art. 5:31d-5:39 Awb.

⁵⁸⁵ Besluit van 27 november 2000, houdende vaststelling van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten (Warenwetbesluit Bestuurlijke boeten, *Stb* 2000, 527).

⁵⁸⁶ Het eerste voorstel dateert uit 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 33775, nr. 1 (Voorstel tot wijziging).

⁵⁸⁷ Advies W13.16.0091/III van 9 juni 2016 over het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten in verband met het stellen van regels over de omzetgerelateerde boete, met nota van toelichting. (*Stc.* 2016, nr. 38992), onder 3. De kritiek van RvS was o.a. dat dat onduidelijk is waar de opzet van de overtreder op moet zijn gericht en dat de bestuurlijke boete de strafrechtelijke verordening onder de WED (zie hierna) kan overstijgen hetgeen niet is te rijmen met het evenredigheidsbeginsel.

⁵⁸⁸ Derde kolom in het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten.

getreden op 1 juli 2018.⁵⁸⁹ Voor het opleggen van een omzetafhankelijke boete dient te zijn voldaan aan twee extra cumulatieve vereisten. Ten eerste moet er sprake zijn van een overtreding die met opzet of grove schuld is begaan.⁵⁹⁰ Ten tweede moet de overtreder een onderneming zijn met een gerealiseerde jaaromzet van meer dan 10 miljoen euro per jaar.⁵⁹¹ De omzetgerelateerde boete bedraagt één procent van de jaaromzet in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding indien de in de overtreding genoemde gedraging opzettelijk is verricht, met een maximum gelijk aan het bedrag van een geldboete van de zesde categorie (art. 23 Sr, zijnde per 1 januari 2016 € 820.000), dan wel een half procent, indien de in de overtreding genoemde gedraging met grove schuld is verricht.⁵⁹² Opvallend is dat de boete tot oktober 2017 nog nooit was opgelegd, hoewel 55 overtredingen in aanmerking kwamen, omdat in geen geval aan de cumulatieve voorwaarden was voldaan.⁵⁹³ Volgens de Raad van State is onduidelijk waar de opzet van de overtreder op moet zijn gericht.⁵⁹⁴ De Nota van Toelichting noemt als voorbeeld van ‘grove schuld’ het treffen door een bedrijf van gebrekkige voorzorgsmaatregelen, en als voorbeeld van ‘opzet’ het geval waarin de NVWA een overtreding constateert en daarvoor een schriftelijke waarschuwing geeft of een bestuurlijke boete oplegt, waarna het bedrijf de overtreding blijft begaan.⁵⁹⁵ Later merkte de minister van VWS op: ‘Stelt de overtreden bepaling dat de overtreder wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat bepaalde gevolgen konden intreden (zoals bijvoorbeeld artikel 18 van de Warenwet), dan is dat de invulling van opzet respectievelijk grove schuld.’⁵⁹⁶ Met deze opmerking is niet verhelderd wanneer vanuit een oogpunt van evenredigheid een overtreding van artikel 18 Warenwet wordt bestraft met een reguliere boete en wanneer met een omzet gerelateerde boete. Aldus blijft het door de Raad van State geconstateerde probleem voortbestaan, hetgeen – zoals ook door de Raad van State opgemerkt – in de praktijk aan het opleggen van de boete in de weg kan staan.

⁵⁸⁹ *Kamerstukken II 2017/18, 33775, nr. 22* (Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten in verband met het opnieuw vaststellen van de bijlage vanwege de omzetgerelateerde boete en enkele technische wijzigingen); *Kamerstukken II 2017/18, 33775, nr. 22* (bijlage-821112, Nota van Toelichting).

⁵⁹⁰ Art. 2 lid 2 Warenwetbesluit bestuurlijke boete.

⁵⁹¹ Art. 3 lid 3 Warenwetbesluit bestuurlijke boete. Hierbij is aangesloten bij de definitie die de Commissie hanteert voor kleine en middelgrote ondernemingen, *Kamerstukken II 2017/18, 33775, nr. 22* (bijlage-821112, Nota van Toelichting), p. 1, onder verwijzing naar Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (*PbEU* 2003, L 124).

⁵⁹² Art. 2 lid 2 Warenwetbesluit bestuurlijke boeten.

⁵⁹³ *Kamerstukken II 2017/18, 33775, nr. 22* (bijlage-821112, Nota van Toelichting), p. 2.

⁵⁹⁴ Advies W13.16.0091/III van 9 juni 2016 over het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten in verband met het stellen van regels over de omzetgerelateerde boete, met nota van toelichting. (*Stc.* 2016, nr. 38992), onder 3.

⁵⁹⁵ *Kamerstukken II 2015/16, 33775, nr. 21* (Bijlage, Nota van Toelichting), p. 2.

⁵⁹⁶ Reactie van de minister onder 3.A op het Advies W13.16.0091/III van 9 juni 2016 over het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten in verband met het stellen van regels over de omzetgerelateerde boete, met nota van toelichting. (*Stc.* 2016, nr. 38992).

De Richtlijn voor strafvordering Warenwet vormt het beleidskader voor de strafrechtelijke handhaving van de Warenwet.⁵⁹⁷ Strafrechtelijke overtredingen van de warenwet (ex art. 32a lid 3 Warenwet) worden aangemerkt als economische delicten (ex art. 1 onder 4 Wet op de economische delicten (WED)) en zijn in beginsel overtredingen (art. 2 lid 4 WED).⁵⁹⁸ De maximale straf die hiervoor kan worden opgelegd is zes maanden hechtenis of geldboete van de vierde categorie (artikel 6 lid 1 sub 5 WED). In eerdergenoemd advies van de Raad van State werd al gewezen op het risico dat met invoering van de omzetafhankelijke boete, de bestuursrechtelijke sanctionering de strafrechtelijke sanctionering zou overstijgen.⁵⁹⁹ Mijns inziens dient, zoals de Raad van State eerder voorstelde, de boete onder de WED te worden opgehoogd om dit verschil weg te nemen, wil er sprake zijn van een proportioneel sanctiestelsel.

Individuele besluiten en beschikkingen van de NVWA worden niet standaard geopenbaard,⁶⁰⁰ doch in het kader van het beleid actieve openbaarmaking komen steeds meer gegevens beschikbaar op haar website, met name samenvattingen van resultaten van inspecties.⁶⁰¹ De procedure tot publicatie valt thans nog onder art. 8 lid 1 Wob e.v., de Awb en vastgestelde beleidsregels.⁶⁰² Ter verbetering van de transparantie is in 2016 de Gezondheidswet en de Wet op de jeugdzorg aangepast,⁶⁰³ hetgeen grote gevolgen zal hebben voor het openbaarmakingsbeleid van de NVWA.⁶⁰⁴ Naar

⁵⁹⁷ Richtlijn voor strafvordering Warenwet (*Stcrt.* 2011, 22932).

⁵⁹⁸ Schending van art. 21 lid 1 jo. lid 3 Warenwet, art. 27 lid 1 jo. lid 3 Warenwet of art. 30 lid 3 jo. lid 4 Warenwet vormt een misdrijf (samengevat: het niet opvolgen van opgelegde lasten of bevelen van de toezichthouder). Zie art. 1 onder 3 WED.

⁵⁹⁹ Advies W13.16.0091/III van 9 juni 2016 over het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten in verband met het stellen van regels over de omzetterelateerde boete, met nota van toelichting. (*Stc.* 2016, nr. 38992) paragraaf 1, onder verwijzing naar Advies W03.15.0138/II van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels (*Stc.* 2015, Nr. 30280).

⁶⁰⁰ Kader actieve openbaarmaking NVWA controlegegevens van bedrijven d.d. 19 november 2015, waarin weer wordt verwezen naar de nog vast te stellen AMvB ter uitvoering van de voorgenomen wijziging van de Gezondheidswet, de regels van de Wob en, voor zover de wijziging van de Gezondheidswet nog niet van kracht is, het Besluit houdende beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de NVWA, *Stcrt.* 2014, 11872. Andere toezichthouders doen dit wel, denk bijvoorbeeld aan de ACM waar het gaat om oneerlijke handelspraktijken e.d. op grond van de Wet Handhaving Consumentenbescherming.

⁶⁰¹ Als grondslag daarvoor kan mede art. 21a Warenwet zijnde onder andere de implementatie van art. 16 RAPV worden aangemerkt. Gaat het om informatie over de veiligheidskenmerken van een product betreft dan is ex art. 21a Warenwet de geheimhoudingsplicht uit art. 2:5 Awb niet van toepassing.

⁶⁰² Zoals Besluit houdende beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de NVWA, *Stcrt.* 2014, 11872. Dit besluit bevat een nadere uitwerking van de Wob, met betrekking tot actieve openbaarmaking van specifieke informatie.

⁶⁰³ Wet van 14 november 2016 tot wijziging van de Gezondheidswet en de Jeugdwet teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van sancties daarbij inbegrepen (*Stb.* 2016, 448).

⁶⁰⁴ De soort openbaar te maken informatie moet worden uitgewerkt bij AMvB. Het ontwerpbesluit is wel al gereed: Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport bij het ontwerpbesluit en de ontwerpnota van toelichting (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 111, nr. 24), met als bijlagen daarbij het ontwerpbesluit en de ontwerpnota van toelichting. Voor wat betreft de gezondheidswet is op 1 februari 2019 in werking getreden (*Stb.* 2019, 30). Onderdeel 1 van het besluit – dat de Warenwet betreft – is nog niet in werking getreden.

verwachting kan in de toekomst over 200.000 documenten per jaar informatie openbaar worden gemaakt.⁶⁰⁵ Publicatie van bedrijfs- of productiegegevens is onder de Gezondheidswet, net als onder de Wob, alleen niet toegestaan.⁶⁰⁶

Art. 10 lid 14, derde alinea van de Verordening Medische hulpmiddelen kent aan gebruikers thans expliciet een recht op informatie toe:

‘Indien een bevoegde autoriteit meent of redenen heeft om aan te nemen dat een hulpmiddel schade heeft veroorzaakt, zorgt zij er desgevraagd voor dat de in de eerste alinea bedoelde informatie en documentatie [toevoeging GV: van de fabrikant waarmee de conformiteit kan worden aangetoond]⁶⁰⁷ worden bezorgd aan de mogelijkerwijs benadeelde patiënt of gebruiker en, in voorkomend geval, aan de wettige erfgenaam van de patiënt of gebruiker, aan de zorgverzekeraar van de patiënt of gebruiker of aan andere derde partijen die zijn getroffen door de schade die de patiënt of gebruiker is berokkend, onverminderd de vereisten inzake gegevensbescherming en, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt, onverminderd de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten.’⁶⁰⁸

Dit artikel heeft directe werking (nr. 78) en ziet – anders dan de Wob – specifiek op de stukken van de fabrikant.

2.6 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

76 Samenvattend

Uit paragraaf 2.2 volgt dat Europese productnormen via de instrumenten waarin ze kunnen worden gevonden een strikt afgebakend toepassingsbereik hebben, doch dat onduidelijkheden daarin aanleiding kunnen vormen voor private geschillen, met name tussen concurrenten. Zie over de vraag of concurrenten rechten kunnen ontleen aan productnormen nader nr. 86 en hoofdstuk 7.

In paragraaf 2.3 is gebleken dat aan de keuze voor bepaalde typen Europese productnormen in secundaire instrumenten alsmede aan de inhoud van concrete gesloten producteisen wetenschappelijke kennis (risicoanalyses)

⁶⁰⁵ Ontwerp nota van Toelichting d.d. 2 juli 2018 bij het Ontwerpbesluit openbaarmaking toezicht- en uitvoeringsgegevens Gezondheidswet en Jeugdwet (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 111, nr. 24), p. 2.

⁶⁰⁶ Artikel 44, vijfde lid, onderdeel a van de Gezondheidswet. Het begrip ‘bedrijfs- of fabricage-gegevens’ is volgens de MvT gelijk aan art. 10 lid 1 sub c Wob. Daarvan is slechts sprake is indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers. *Kamerstukken II* 2014-15, 34 111, nr. 3 (MvT) p. 16.

⁶⁰⁷ Eerste alinea; ‘De fabrikanten verstrekken op verzoek van een bevoegde autoriteit aan deze autoriteit alle benodigde informatie en documentatie om de conformiteit van het hulpmiddel aan te tonen, in een officiële taal van de Unie die door de betrokken lidstaat wordt bepaald. De bevoegde autoriteit van de lidstaat waar de fabrikant zijn geregistreerde vestigingsplaats heeft, kan voorschrijven dat de fabrikant gratis monsters van het hulpmiddel verstrekt of, indien dat niet mogelijk is, toegang verleent tot het hulpmiddel. [...]’

⁶⁰⁸ In de vierde alinea staat echter nog een beperking: ‘De bevoegde autoriteit hoeft niet aan de verplichting van de derde alinea te voldoen indien openbaarmaking van de in de eerste alinea bedoelde informatie en documentatie gewoonlijk gebeurt in het kader van gerechtelijke procedures.’ Het is maar de vraag of de Wob-procedure en art. 843a Rv dit recht voldoende handen en voeten geven en voldoen aan de eisen van doeltreffendheid.

en een algemene belangenafweging voor concrete maatregelen (risicomanagement) ten grondslag liggen. Zoals we nader in de hoofdstukken 6 en 7 zullen zien is de informatie die in het totstandkomingsproces van Europese productnormen is uitgewisseld – met name over gesloten producteisen – van grote feitelijke waarde ter bepaling of aan Europese productnormen betekenis moet toekomen bij privaatrechtelijke normstelling voor partijen waarvan meer kennis mag worden verwacht, zoals producenten. Gesloten producteisen kunnen in potentie een grote betekenis hebben, omdat deze normen meer sturing geven en de Europese wetgever gelegitimeerd is om normen vast te stellen in het geval van wetenschappelijke onzekerheid over het bestaan en de omvang van risico's (het voorzorgsbeginsel). Dat laat onverlet dat productnormstelling een politiek proces is. Regulering kan vanwege andere maatregelen⁶⁰⁹ of *regulatory failure* in de praktijk alsnog geheel uitblijven (hoofdstuk 5).

Uit paragraaf 2.4 blijkt dat Europese productnormen normadressaten krijgen doordat in de secundaire instrumenten nadere pre- en postmarketingverplichtingen zijn geformuleerd voor marktdeelnemers. Door de combinatie van Europese productnormen met de pre- en postmarketingverplichtingen kan de uiteindelijke gedragsnorm voor individuele marktdeelnemers worden vastgesteld die de basis vormt voor publiekrechtelijke handhaving.

De fabrikant c.q. producent draagt de primaire verantwoordelijkheid voor de naleving van Europese productnormen. Het technisch dossier met daarin de risicoanalyse van de fabrikant, de *DoC* met daarin informatie over de conformiteitsbeoordelingsprocedure en de toegepaste geharmoniseerde normen en de verklaringen van *NBs* geven in de praktijk de meeste informatie over de conformiteit van het product met Europese productnormen. Onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid bestaat voor slachtoffers (vooralsnog) geen gecodificeerd recht op deze informatie. Onder de Verordening Medische hulpmiddelen bestaat dit recht alleen ten overstaan van de autoriteiten.

De gemachtigde draagt onder sectorspecifieke instrumenten slechts administratieve taken. Met de invoering van de Verordening Medische hulpmiddelen is echter een volledig accessoire civielrechtelijke aansprakelijkheid ingevoerd die afhankelijk is van niet-naleving van de verplichtingen voor en door de fabrikant. Deze aansprakelijkheid zou moeten bijdragen aan slachtofferbescherming, doch of de regeling aan dat doel beantwoordt, is afhankelijk van de mate waarin de gemachtigde verhaal biedt. De aansprakelijkheid valt slecht te rijmen met de administratieve taak van de gemachtigde. Bovendien zijn de omvang en strekking van de aansprakelijkheid – met name wie vorderingsgerechtigd zijn (relativiteit) – en de eventuele verdere vereisten niet nader uitgewerkt in de verordening. De aansprakelijkheid is daarmee onvoldoende doordacht.

⁶⁰⁹ Denk aan ander beleid, voorlichting, het financieren van verder onderzoek enz.

De zorgplicht van de importeur is diffuus. Onder de RAPV wordt hij, tenzij er een vertegenwoordiger is, een-op-een met de producent gelijkgesteld. Onder het Modelbesluit geldt enerzijds voor hem de resultaatsverplichting alleen veilige producten op de markt te brengen (vgl. de RAPV en de Richtlijn Productaansprakelijkheid, nr. 176). Anderzijds volgt uit de verdere verplichtingen dat hij het product qua inhoudelijke eigenschappen niet (opnieuw) op conformiteit met Europese productnormen hoeft te testen. Hij lijkt te kunnen volstaan met het controleren van de aanwezigheid van een technisch dossier, de *DoC* en een controle of de relevante conformiteitsbeoordelingsprocedures zijn doorlopen (vgl. nr. 237). In het Voorstel Verordening Consumentenproducten wordt bij de regeling uit het Modelbesluit aangesloten, hetgeen een niet-wenselijke achteruitgang in rechtsbescherming van consumenten met zich kan brengen ten opzichte van de RAPV.

Uit de besproken pre- en post-marketingverplichtingen van de distributeur volgt dat de distributeur niet de primaire normadressaat is van Europese productnormen. Zijn zorgplicht voor de naleving van Europese productnormen is afhankelijk van wat hij wist of op grond van de hem ter beschikking staande gegevens beroepshalve hadden moeten weten over de conformiteit van het product (vgl. nr. 238). In de praktijk is uiteraard zeer moeilijk te bepalen en te bewijzen of bepaalde kennis over een product bij een distributeur aanwezig was, dan wel behoorde te zijn. De pre-marketingcontroleplichten concretiseren deze zorgplicht enigszins. Zolang echter voor een distributeur bijvoorbeeld geen algemene plicht tot het nemen van steekproeven geldt, zal een schending van de zorgplicht feitelijk slechts vast zijn te stellen aan de hand van aantoonbare klachten die de distributeur hebben bereikt, terwijl die niet zij opgevolgd of indien hij aantoonbaar informatie heeft ontvangen van de fabrikant of markttoezichtautoriteiten. Daarmee wil ik niet zeggen dat een plicht tot het nemen van steekproeven alsnog zou moeten worden ingevoerd: het is gezien de positie van de distributeur als doorgeefluik, zijn technische mogelijkheden en de bevordering van het handelsverkeer in relatie tot de aard en ernst van de risico's die met industriële producten gepaard gaan niet per definitie onredelijk dat zo'n geschreven plicht niet bestaat. Voor de distributeur geldt verder geen geschreven plicht tot het bijhouden van RAPEX (nr. 71). Het valt daarom te betwijfelen of uit het bestaan van RAPEX-meldingen direct het 'weten of behoren te weten' voornoemde zin mag worden afgeleid.

Voornoemde rechtsonzekerheid over de zorgplicht van importeurs en distributeurs zou in potentie kunnen resulteren in een handhavingstekort, zeker aangezien de zware sanctie van de omzetafhankelijke boete slechts kan worden opgelegd bij opzet of grove schuld (§ 2.5.2). Of dat handhavingstekort daadwerkelijk bestaat, is niet nader onderzocht. Voor dit onderzoek is van belang dat de pre- en post-marketingverplichtingen in potentie de

privaatrechtelijke zorgplichten van marktdeelnemers kunnen concretiseren.⁶¹⁰ In de hiernavolgende hoofdstukken zullen met name die plichten terugkomen die betekenis geven aan productnormen binnen de privaatrechtelijke normstelling (zie nader de hoofdstukken 6 en 7).

Bezien we het systeem als geheel dan wordt duidelijk dat het uitgaat van een zeer traditioneel handelsmodel en dat het met name is ingericht op publiekrechtelijke handhaving. Dit volgt bijvoorbeeld uit de ruime uitleg van ‘in de handel brengen’, waardoor handhavingsautoriteiten al vroeg tegen producten kunnen optreden, maar ook uit de Europese regelgeving en verdere initiatieven die de publiekrechtelijke handhaving stimuleren en nader inkaderen. Het is dan ook in het nationale recht als publiekrecht geïmplementeerd. Het doel van het systeem van het productveiligheidsrecht als geheel lijkt met name te zijn om informatie over (onveilige) producten zo snel mogelijk door de keten te verspreiden, zodat marktdeelnemers ook elkaar kunnen controleren, alsmede om autoriteiten handvatten te bieden om marktdeelnemers te stimuleren onveilige producten zo snel mogelijk van de gehele Europese markt te verwijderen.

Hoewel dit strikt genomen niet het doel was van dit hoofdstuk, heb ik hiervoor wat leemtes blootgelegd die thans in de praktijk door partijafspraken – of bij gebreke daarvan door het privaatrecht – dienen te worden opgevuld. Zo bepaalt het productveiligheidsrecht niets over de inhoud van de overeenkomst tussen de fabrikant en de gemachtigde, noch over de mogelijkheden tot ontbinding daarvan, nr. 147. Ook de naleving van de plicht tot het beschikbaar houden van het technische dossier voor autoriteiten zal, indien de fabrikant buiten de EU is gevestigd, in de praktijk afhankelijk zijn van de mate waarin hierover tussen de niet-EU-fabrikant en de importeur concrete afspraken zijn gemaakt.⁶¹¹ De Verordening Medische hulpmiddelen besteedt iets meer aandacht aan de praktische consequenties van productveiligheidsverplichtingen en de privaatrechtelijke dimensie daarvan, bijvoorbeeld door te bepalen dat een mandaat alleen aanwezig is bij schriftelijke acceptatie door de gemachtigde. Deze bepaling bevat een schriftelijkheidsvereiste zoals we dat kennen uit nationale stelsels van privaatrecht. De toegevoegde aansprakelijkheid van de gemachtigde is een ander voorbeeld van een bepaling van privaatrechtelijke aard. Dergelijke bepalingen verwacht men niet in instrumenten die van oorsprong als meer publiekrechtelijk werden beschouwd. De Verordening Medische hulpmiddelen krijgt door dit soort bepalingen een meer hybride karakter.

In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op het harmonisatie- en beschermingsbereik van Europese productnormen en in hoeverre dat, in het licht van de beginselen van EU-recht, de betekenis van deze normen op privaatrechtelijke normstelling beïnvloedt.

⁶¹⁰ Castermans & Den Hollander 2012, p. 566 over de invloed van de Wft op de privaatrechtelijke zorgplicht van banken, onder meer op het punt van het ‘ken uw client’-beginsel. Zie ook Wallinga 2018, p. 272 e.v.

⁶¹¹ Vgl. de andere voorbeelden van Reich 2016 over ‘gap filling’ door het privaatrecht in het systeem van het productveiligheidsrecht.

3 Beschermingsbereik van Europese producteisen en bijbehorende verplichtingen vanuit Europees perspectief

3.1 INLEIDING

77 Algemeen

Dit hoofdstuk verlegt de focus van de inhoud en inbedding van Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen uit hoofdstuk 2 naar de met die normen te beschermen personen en belangen: het Europese beschermingsbereik van die normen. Deze vraag komt op, nu uit hoofdstuk 2 volgt dat de Europese wetgever de sanctionering van Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen aan het nationale recht heeft gelaten. De nationale wetgever heeft op zijn beurt bij de implementatie van deze verplichtingen geen aandacht besteed aan de privaatrechtelijke gevolgen ervan of het al dan niet beschikbaar zijn van privaatrechtelijke remedies.

De beantwoording van de vraag in welke gevallen privaatrechtelijke remedies op de schending van rechtsplichten of rechtgevolgen aan de naleving ervan moeten worden verbonden, is bij het zwijgen van de wetgever van oudsher een taak voor het privaatrecht, in concreto voor de civiele rechter.⁶¹² Dat uit een plicht een subjectief recht voortvloeit is geen vanzelfsprekendheid.⁶¹³ Naar Nederlands privaatrecht (*bottom up* bezien) resulteert schending van een blote rechtsplicht door de ene partij niet automatisch in privaatrechtelijke rechtgevolgen of een subjectief vermogensrecht voor de ander (zie uitgebreid de hoofdstukken 6 en 7). Ons Nederlandse privaatrecht dwingt partijen en de civiele rechter veelal tot een onderzoek naar het doel en de strekking van de rechtsplicht, zowel wanneer deze wordt ingeroepen in buitencontractuele (art. 6:163 BW) als in contractuele context (art. 6:248 lid 1 BW en art. 3:40 lid 1 BW) (zie nader de hoofdstukken 6 en 7).⁶¹⁴ Zoals zal blijken, zijn de drempels voor het toekennen van privaatrechtelijke rechtgevolgen (o.a. het aannemen van relativiteit) binnen onder ons nationale privaatrechtelijke kader als door de wetgever en Hoge Raad geschetst relatief hoog (§ 7.3.1.4).

⁶¹² Uiteraard ligt het primaat bij de wetgever, doch doordat iedere norm uitleg behoeft en de wetgever open normen in het BW heeft opgenomen die de civiele rechter dient in te vullen, heeft deze laatste *de facto* het laatste woord, vgl. Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/72.

⁶¹³ Zie voor ons Nederlandse recht onder andere hoofdstuk I De rechtsplicht, en hoofdstuk II Subjectieve rechten van Meijers 1948, p. 37 e.v., 86 en 304. Parl. Gesch. Boek 6, p. 38: *'Het ontwerp neemt als uitgangspunt, dat alleen bij die rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen. Bij een verbintenis staat tegenover de rechtsplicht van de één een vorderingsrecht van de ander, dat een bestanddeel van diens vermogen is, en in het algemeen overdraagbaar en executabel is. Een verbintenis is derhalve niet aanwezig, wanneer degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, niet een met die rechtsplicht corresponderend vermogensrecht heeft.'* Zie in internationaal verband o.a. Hilson & Downes 1999, p. 121 e.v. die ingaan op de rol van *'rights'* binnen de EU en deze vergelijken met de theorie van Hohfeld uit 1964. Zie ook Reich 2007, p. 712-713, die voor het mededingingsrecht en de vrijheden destijds ervan uitging dat de grondslag en remedie voor aansprakelijkheid uit het nationale recht komt en deze moet worden aangescherpt of aangepast aan het EU-recht afhankelijk van de *principles of equivalence and effectiveness*.

⁶¹⁴ Zie voor de aanvullende strekking van een wet ex art. 6:248 lid 1 BW, nr. 139. Zie voor de strekking van een wet in relatie tot de openbare orde ex art. 3:40 lid 1 BW, nr. 172.

De vraag in welke gevallen aan rechtsplichten privaatrechtelijke rechtsgevolgen moeten worden verbonden, kan in de meerlagige rechtsorde echter niet meer exclusief aan de hand van nationale kaders worden beantwoord. Sinds *Van Gend & Loos* staat vast dat het Europese recht in staat is aan particulieren rechten te verlenen en '*dat deze laatste [lees: rechten] niet slechts ontstaan door uitdrukkelijke toekenning vanwege het Verdrag, maar evenzeer als weerslag van de duidelijke verplichtingen welke het Verdrag zowel aan particulieren, als aan de Lidstaten en de gemeenschappelijke instellingen oplegt*;⁶¹⁵ Het Europese recht maakt geen onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en heeft uit hoofde van voorrang een penetrerend karakter in de rechtsordes zonder aanzien des rechtsgebieds.⁶¹⁶ Wat de inhoud en omvang van 'rechten' en daarmee het horizontale beschermingsbereik van Europese normen is, is een vraag van Europees recht waarop het antwoord in beginsel is voorbehouden aan het Hof van Justitie EU.⁶¹⁷

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre in deze EU-verplichtingen privaatrechtelijke rechten en/of rechtsgevolgen besloten liggen; denk aan een Europeesrechtelijke grondslag voor of een recht op schadevergoeding zoals dat in *Courage/Crehan* is aangenomen voor art. 101 VWEU (nr. 80). Voor zover een Europees recht op schadevergoeding ontbreekt, wordt bezien in hoeverre het doeltreffendheidsbeginsel dan nog een rol speelt bij privaatrechtelijke normstelling. Daarbij komt het aan op de vraag wat het Europeesrechtelijke beschermingsbereik van de norm is, aan de hand waarvan moet worden bepaald welke minimum civielrechtelijke rechtsbescherming vanuit Europees perspectief (*top down*) door de civiele rechter op schending van EU-recht in horizontale verhoudingen dient te worden geboden en aan wie.

Hiertoe zal eerst worden ingegaan op de belangrijkste beginselen van EU-recht die het optreden van de nationale civiele rechter als toepasser van het Europese recht beheersen en die het kader vormen voor de horizontale toepassing van Europese producteisen en daaraan gekoppelde verplichtingen (§ 3.2).

Vervolgens zullen drie arresten worden besproken waarin dit kader wordt toegepast, die daarmee nadere aanwijzingen bieden voor de betekenis van Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen voor privaatrechtelijke normstelling (namelijk *Schmitt/TÜV*, *Muñoz/Frumar en*

⁶¹⁵ HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend & Loos/ Nederlandse Administratie der Belastingen*), p. 23 van de Nederlandse tekst. In het Engels wordt wel gesproken over '*conferral of rights*'. Craig & De Búrca 2015, p. 186 spreken van '*a substantive right*' onder verwijzing naar HvJ EG 16 juni 1966, 57/60 (*Lütticke/Hauptzollamt Saarlouis*).

⁶¹⁶ Zie voor voorrang, HvJ EG 15 juli 1964, 6-64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*) en HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*). Zie Leczykiewicz & Weatherill 2013, p. 2 over EU-recht: '*It is not 'public law' in the orthodox sense(s) understood at national level, nor is it private law. It is both and it is neither. In fact, EU law operates without any such anchor, which makes it fluid and which makes it at the same time unstable (...)*'

⁶¹⁷ Vgl. Meijer 2007, p. 114.

James Elliott Construction, § 3.3). Deze arresten geven daarnaast informatie over de rol die het doeltreffendheidsbeginsel speelt.

Hierna zullen de doelen en de te beschermen belangen van Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen worden onderzocht ter beantwoording van de vraag welke private belangen daarmee in het licht van de doeltreffendheid dienen te worden beschermd (§ 3.4).

Ten slotte zullen de gevolgen voor de betekenis van Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen voor privaatrechtelijke normstelling worden geïnventariseerd (§ 3.5).

Een kanttekening is gepast; de rechtspraak van het Hof van Justitie EU is zeer beperkt. In veel gevallen is vooralsnog onduidelijk of concepten, beginselen of effecten die in rechtspraak binnen het ene arrest zijn signaleerd of uitgewerkt, mogen worden toegepast binnen andere verhoudingen of andere secundaire instrumenten. Zoals we zullen zien, gaat het Hof van Justitie EU – wellicht mede door de functionele bevoegdheidstoedeling in het EU-verdrag – uit van een functionele of zo men wil instrumentele benadering van het EU-recht in horizontale verhoudingen. Het staat in sommige zaken uit hoofde van doeltreffendheid grote horizontale doorwerking van Europees recht voor. In dat licht wordt het Hof van Justitie EU wel eens beticht van rechterlijk activisme, waardoor de rechtszekerheid in het geding komt en wordt getwijfeld aan de legitimiteit van diens optreden.⁶¹⁸ In de woorden van Timmermans:

*‘Direct intervention of EU law in private law relationships raises delicate questions of legal certainty. It also raises questions of legitimacy in cases where Treaty law does not explicitly allow EU law directly to grant rights to and impose obligations on private parties.’*⁶¹⁹

Een te ruime interpretatie of uitleg van Europees recht die resulteert in rechtsvorming door het Hof kan *de facto* verruiming van de materiële normen van EU-recht meebrengen. De legitimiteit komt in het gedrang indien via rechterlijke rechtsvorming feitelijk verdere harmonisatie wordt bewerkstelligd terwijl daartoe geen bevoegdheid bestaat (nr. 37).⁶²⁰

In de praktijk verwijst het Hof vaak naar diens eerdere uitspraken en sluit daarbij aan in nieuwe zaken, waardoor eerder ontwikkelde uitgangspunten worden getransponeerd naar andere rechtsgebieden en andere

⁶¹⁸ Chalmers e.a. 2014, p. 175 en 176. Loth 2014, p. 18 onder verwijzing naar J.H.H. Weiler, ‘A quiet revolution: the European Court of Justice and its interlocutors’ in: *Comparative Political Studies* 1994, p. 510-534, in het bijzonder p. 532. M.A. Loth, ‘Courts in a quest for legitimacy: a comparative approach’. In: Nick Huls, Maurice Adams, Jacco Bomhof (eds.), *The legitimacy of the highest courts’ rulings, judicial deliberations and beyond*. The Hague: TMC Asser Press 2009, p. 267-289.

⁶¹⁹ Timmermans 2016, p. 676.

⁶²⁰ Wilman 2014, p. 34.

verhoudingen.⁶²¹ Omdat de precedentwerking groot is, kan enige lijn worden geschetst.⁶²²

Dit hoofdstuk zal focussen op producteisen (nr. 19 en 39).

Geharmoniseerde normen zijn niet-bindende normalisatienormen en brengen, doordat ze door de industrie worden ontwikkeld, geheel eigen complicaties met zich bij toepassing ervan in een privaatrechtelijke context.

Geharmoniseerde normen zullen daarom separaat in hoofdstuk 4 aan de orde komen.

3.2 HET KADER VAN DE BEGINSELEN VAN EU-RECHT

78 Conforme interpretatie, directe werking

Verplichtingen uit secundair EU-recht – richtlijnen en verordeningen – kunnen horizontaal (tussen burgers onderling) of verticaal (tussen burger en staat) in de nationale rechtsorde doorwerken. In dit hoofdstuk komt alleen horizontale werking aan de orde. Europese producteisen en bijbehorende verplichtingen uit richtlijnen en verordeningen (hoofdstuk 2) werken niet op gelijke wijze horizontaal door.⁶²³ Bepalingen uit verordeningen kunnen directe horizontale werking hebben,⁶²⁴ omdat zij rechtstreeks toepasbaar zijn in iedere lidstaat (art. 288, tweede alinea VWEU).⁶²⁵ Aan bepalingen uit richtlijnen komt sowieso geen directe horizontale werking toe, nu deze slechts verbindend zijn voor elke lidstaat waarvoor zij zijn bestemd ten aanzien van het te bereiken resultaat, waarbij de lidstaten vrij zijn in de keuze van de vorm en de middelen om dit resultaat te bereiken (art. 288, derde alinea VWEU).⁶²⁶ Een richtlijn is als zodanig niet bedoeld om zonder implementatie, verplichtingen en rechten te scheppen tussen particulieren.⁶²⁷ Hoewel richtlijnen niet rechtstreeks toepasbaar zijn maar moeten worden geïmplementeerd, sorteren richtlijnen wel horizontale rechtsgevolgen doordat het gehele nationale recht zoveel mogelijk overeenkomstig het EU-recht moet worden uitgelegd, zogeheten conforme interpretatie. Deze verplichting voor de nationale rechter strekt steeds verder.⁶²⁸ Sinds het arrest *Dominguez* wordt in het algemeen

⁶²¹ Door Beck ook wel omschreven als ‘*reasoning*’ door middel van ‘*building blocks*’, Beck 2012, p. 245-249 en 263-266.

⁶²² Zie uitvoerig Beck 2012, p. 234 e.v. en p. 274-277.

⁶²³ Chalmers e.a. 2014, p. 296.

⁶²⁴ Directe werking werd geïntroduceerd in HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen*) ten aanzien van art. 12 EEC.

⁶²⁵ Of rechtstreeks toepasbaar (*directly applicable*) weer gelijk mag worden gesteld met rechtstreekse werking (*direct effect*) is – net als wat onder directe werking moet worden verstaan – punt van debat geweest. Craig & De Búrca 2015, p. 185, noot 4 onder verwijzing naar A-G Geelhoed in zijn conclusie bij HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*). Die discussie zal hier niet worden uitgediept.

⁶²⁶ Art. 288, derde alinea VWEU.

⁶²⁷ Zie o.a. HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*), r.o. 45. Wel kan sprake zijn van incidentele horizontale werking als in HvJ EG 26 september 2000, C-443/98, ECR I-7535 (*Unilever/Central Food*), zijnde het effect dat optreedt wanneer aan een nationale bepaling waarnaar in een contract wordt verwezen bindende werking wordt ontzegd wanneer deze niet is genotificeerd (zie hoofdstuk 1, nr. 2).

⁶²⁸ Niet alleen de bepalingen ter uitvoering van EU-recht van eerdere en latere datum moeten EU-conform worden uitgelegd, HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing SA/La Comercial Internacional de*

aangenomen dat conforme interpretatie ook aan directe werking voorafgaat.⁶²⁹ Uitleg vormt derhalve altijd de eerste stap ter vaststelling van het harmonisatiebereik, het beschermingsbereik en de privaatrechtelijke rechtsgevolgen van EU-normen in welke vorm dan ook.⁶³⁰

Over wat exact onder directe werking dient te worden verstaan, bestaan verschillende theorieën. De objectieve of ruime leer gaat ervan uit dat direct effect ziet op de gelding of inroepbaarheid van de bepaling.⁶³¹ De subjectieve leer, ook wel klassieke of enge definitie genoemd,⁶³² verstaat onder directe werking de mate waarin een bepaling rechten aan individuen worden toegekend die voortgaan op nationale beginselen en/of bepalingen.⁶³³ De rechtspraak van het Hof van Justitie EU lijkt de ene keer van de ruime opvatting en dan weer van de smalle opvatting te getuigen⁶³⁴ en de term 'toekennen van rechten' wordt in dat verband ambigu gebruikt.⁶³⁵ Dat met een bepaling rechten zijn toegekend is ook een centrale voorwaarde voor Europese

Alimentacion), r.o. 8, maar het gehele nationale recht, HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 115 en 116. Hierdoor zal de grens van contra legem uitleg niet snel worden bereikt, Wissink 2014, p. 145 en p. 316. Voorheen gold deze plicht bij richtlijnen alleen wanneer de omzettingstermijn ongebruikt was verlopen, HvJ EG 4 juli 2006, C-212-04 (*Konstantinos Adeneler and others/Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*), r.o. 115. Het Hof van Justitie EU neemt thans echter aan dat aan richtlijnen in combinatie met algemene EU-beginselen toch aan nationale bepalingen hun werking kunnen ontnemen, ook voordat de omzettingstermijn is verstreken, zie HvJ EG 22 november 2005, C-114/04 (*Mangold/Helm*), r.o. 77. Zie voor richtlijnen en EU-beginselen ook, HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Küçükdeveci/Swedex*), r.o. 51. Ook handvestbepalingen kunnen in combinatie met richtlijnen horizontaal doorwerken, HvJ EU 6 november 2018, C-619-16 (*Kreuzinger*), HvJ EU 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer e.a.*) en HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck-Gesellschaft e.a.*) over het recht op vakantie. Zie eerder De Mol 2014, p. 29 en 244.

⁶²⁹ Zie ook Wissink 2014, p. 134 onder verwijzing naar HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez/CICOA*), r.o. 23: 'de vraag of een nationale bepaling voor zover zij indruist tegen het recht van de Unie buiten toepassing moet worden gelaten, doet zich slechts voor indien geen met het recht van de Unie strokende uitleg van de bepaling mogelijk is.' en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Küçükdeveci/Swedex*), overweging 53. Zie ook Betlem 2002, p. 399 en Jans 2013, p. 324.

⁶³⁰ Vgl. voor de uitlegmethode o.a. HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT e.a.*), r.o. 20 en hierna paragraaf 3.4.

⁶³¹ *Objective direct effect*. Craig & De Búrca 2015, p. 185 en 186.

⁶³² *Subjective direct effect*. Prechal 2006, p. 304; De Witte 2011, p. 330; Craig & De Búrca 2015, p. 186.

⁶³³ Craig & De Búrca 2015, p. 186. Zie ook Prechal 2006, p. 99-106 en 305, die uitgaat van de objectieve leer en het toekennen van rechten als een afzonderlijk leerstuk ziet. Zij wijst erop dat sommige auteurs menen dat het vaststellen van de aanwezigheid van EU-rechten als eerste vereiste voor lidstaataansprakelijkheid feitelijk neerkomt op dezelfde test als voor directe werking, Prechal 2006, p. 306. Zie weer anders Asser/Hartkamp 3-I 2018/12: 'Van directe werking zou ik willen spreken wanneer het Europese recht de geldigheid, inhoud of uitleg van een rechtsverhouding tussen particulieren rechtstreeks beïnvloedt.' Alsmade Asser/Hartkamp 3-I 2018/42. In het element 'rechtstreeks' ligt volgens Hartkamp het onderscheid met andere, indirecte, invloed van Europees recht, bijvoorbeeld via richtlijnconforme interpretatie: 'Anders gezegd, dat zij leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten of verplichtingen in verhoudingen tussen particulieren.' Deze definitie acht ik voor dit onderzoek niet bruikbaar doordat hiermee niet wordt aangegeven waardoor de rechten ontstaan, wijzigen of tenietgaan, namelijk door het EU-recht zelf of door het privaatrecht dat van nature open normen kent. Zie tevens kritisch Timmermans 2016.

⁶³⁴ Craig & De Búrca 2015, p. 186, die als voorbeeld van de enge leer HvJ EG 16 juni 1966, 57/60

(*Lütticke/Hauptzollamt Saarlouis*) noemen.

⁶³⁵ Craig & De Búrca 2015, p. 186 en 187.

lidstaataansprakelijkheid.⁶³⁶ Wanneer rechten worden toegekend dan moeten deze ook in rechte kunnen worden beschermd (hierna nr. 79).⁶³⁷

Directe werking in ruime zin lijkt sowieso aanwezig indien de verplichtingen uit hoofdstuk 2 worden getoetst aan de inmiddels versoepelde vereisten uit Van Gend & Loos.⁶³⁸ Aangenomen mag worden dat Europese producteisen en de daaraan gekoppelde verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in het vorige hoofdstuk *sufficiently clear, precise and unconditional* zijn.⁶³⁹ De verplichtingen zijn voldoende duidelijk (ondubbelzinnig) geformuleerd om door een rechter zonder problemen toe te kunnen worden gepast. Het zijn weliswaar grotendeels open normen, maar zij zijn direct aan de marktdeelnemers gericht waardoor duidelijk is op wie de plicht rust. Zij hoeven niet nader door de lidstaten te worden uitgewerkt.⁶⁴⁰ Wanneer zij zijn vastgelegd in verordeningen staat derhalve niets aan de horizontale inroepbaarheid van dergelijke verplichtingen in de weg. Zij functioneren in onze nationale rechtsorde als wetten in materiële zin.⁶⁴¹ Daarmee is echter nog geen antwoord gegeven op de achterliggende vraag – die door mij separaat zal worden behandeld – of met EU-producteisen en daaraan gekoppelde verplichtingen Europese ‘rechten’ worden toegekend en zo ja, wat de aard en

⁶³⁶ In HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 - 9/90 (*Francovich*); HvJ EG 5 maart 1996, zaak C-46/93 & C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*). De term recht komt in dit verband tweemaal terug namelijk ten eerste als consitutief vereiste voor aansprakelijkheid (vb. *Francovich*, r.o. 11, 12 en 27) en ten tweede als rechtsgevolg (vb. *Francovich* r.o. 47), namelijk het recht op schadevergoeding. Volgens Prechal kan dat laatste eerder worden gezien als een remedie of worden omschreven als ‘*sanctioning right*’ dat wordt verleend als gevolg van een schending van een ‘*primary right*’, Prechal 2006, p. 301, en verder ook p. 303 en 305. Het toegekende recht en de door de staat geschonden verplichting van EU-recht zijn niet noodzakelijkerwijs hetzelfde, Dougan 2017, p. 127-130.

⁶³⁷ In de woorden van het Hof: ‘*Everytime a rule of law confers rights on individuals, those rights, without prejudice to the methods of recourse made available by the Treaty, may be safeguarded by proceedings brought before the competent courts.*’ HvJ 3 april 1968, 28/67 (*Firma Molkerei Zentrale c.s./Hauptzollamt*), p. 153, zoals aangehaald door Wilman 2014, p. 7 en Van Leuken 2015, p. 19. Deze laatste plaatst de uitspraak niet zozeer in de context van ‘*conferral of rights*’ maar in het licht van directe werking.

⁶³⁸ Zie onder andere HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne/Sabena II*), r.o. 69-75. Zie voor deze ontwikkeling o.a. Lenaerts & Nuffel 2011, p. 809-811; Barents & Brinkhorst 2012, p. 87; Craig & De Búrca 2015, p. 190 en 191; Chalmers e.a. 2014, p. 296 en 298.

⁶³⁹ Zie voor deze vereisten: Craig & De Búrca 2015, p. 192 en 198. Zie ook Concl. A-G Trstenjak bij HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez/CICOA*), onder 135: ‘*Inhoudelijk onvoorwaardelijk is een bepaling wanneer deze zonder voorbehoud en zonder voorwaarden toepasselijk is en geen enkele nadere handeling vereist van de instellingen van de lidstaten of de Unie.*(142) *Voldoende nauwkeurig bepaald is een bepaling wanneer deze ondubbelzinnig een verplichting schept*(143), *dus juridisch perfect is en als zodanig door iedere rechterlijke instantie kan worden toegepast*(144.).’ Volgens de A-G was onzeker of het algemene beginsel inhoudende een recht op jaarlijkse vakantie voldoet aan deze eisen, omdat dit recht toch om een nadere uitwerking van de wetgever vraagt, onder andere ten aanzien van het aantal dagen, overweging 136 van voornoemde conclusie. De directe werking van dit beginsel is in het uiteindelijke arrest niet meer aan de orde geweest. Recent echter wel in HvJ EU 6 november 2018, C-619-16 (*Kreuzinger*). Witte wijst erop dat het afhangt van de formulering van de bepaling, De Witte 2011, p. 335, onder verwijzing naar C-403/98 *Azienda Agricola Monte Arcosu* als voorbeeld van een zaak waarin directe werking niet werd aangenomen.

⁶⁴⁰ De Witte 2011, p. 330 onder verwijzing naar Concl. A-G Van Gerven onder 27 bij HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, ECLI:EU:C:1994:130 (*H.J. Banks & Company Ltd/British coal cooperation*); ‘*Is the norm ‘sufficiently operational in itself to be applied by a court’ in a given case.*’

⁶⁴¹ Asser/Hartkamp 3-I 2018/191.

omvang van die rechten in horizontale verhoudingen is en door wie er een beroep op kan worden gedaan.⁶⁴²

Voor richtlijnen is deze vraag eveneens relevant om te bepalen hoe ver de plicht tot richtlijnconforme interpretatie eigenlijk strekt.⁶⁴³ Richtlijnen kunnen immers ook de strekking hebben rechten toe te kennen die na implementatie horizontaal kunnen worden geëffectueerd (denk bijvoorbeeld aan het recht op schadevergoeding dat expliciet wordt toegekend onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid).⁶⁴⁴

79 Doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming

Het EU-recht is voor zijn effectuering afhankelijk van het nationale recht.⁶⁴⁵ Daar waar de Europese wetgever bij een niet-exclusieve bevoegdheid – zoals in het onderhavige geval (nr. 72) – de sancties of remedies niet heeft geharmoniseerd, hij niet tot uitputtende harmonisatie is overgegaan en Europees (proces)recht ter effectuering van EU-recht ontbreekt, worden de normen en rechten die voortvloeien uit het EU-recht verwezenlijkt met gebruikmaking van het nationale recht. De ruimte voor de lidstaten inclusief de nationale rechter om bij de effectuering van EU-recht gebruik te maken van het nationale (proces)recht wordt ook wel *nationale procedurele autonomie* genoemd.⁶⁴⁶

Uit het beginsel van loyale samenwerking⁶⁴⁷ vloeit voor de lidstaten, inclusief de nationale rechter, de plicht voort om de volle werking van het EU-recht te verzekeren (*het doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel*). Daarmee hangt samen de plicht dat zij de rechten die particulieren aan het Unierecht ontnemen effectief beschermen (*effectieve rechtsbescherming*).⁶⁴⁸

Zo is ‘doeltreffend’ in het criterium ‘doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend’ uit eerdergenoemde sanctieclausule (nr. 72) een verwijzing naar het doeltreffendheidsbeginsel en een expliciete eis aan de sanctionering die de lidstaat moet bieden.⁶⁴⁹

⁶⁴² Let wel, het Hof blijft ambigu in zijn aanpak. Zo lijken voornoemde eisen voor directe werking soms te worden gebruikt als voorstap ter bepaling of een ‘subjectief recht’ (‘individual right’) aanwezig is. Zie onder meer HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT c.s.*), r.o. 44-47. Zie ook: Prechal 2005a, p. 106; Barents & Brinkhorst 2012, p. 85. Deze voorstap is met voorgaande uiteenzetting in ieder geval door mij genomen.

⁶⁴³ Wissink 2014, p. 127.

⁶⁴⁴ Het traditionele consumenten acquis zit er bovendien vol mee. Zie voorts HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 - 9/90 (*Francovich*), r.o. 10, 11, 12 en 27, als aangehaald door Prechal 2006, p. 301. Vgl. voor lidstaataansprakelijkheid ook Meijer 2007, p. 107.

⁶⁴⁵ Zie o.a. Krans 2010, p. 9.

⁶⁴⁶ Van Gerven 2000, p. 501-536; Wilman 2014, p. 29-36; Chalmers e.a. 2014, p. 300; Prechal & Cath 2014, p. 180; Barents & Brinkhorst 2012, p. 317; Craig & De Búrca 2015, p. 226 en 227; Rott 2013, p. 183; Meijer 2014, p. 39 e.v. De kwalificatie van een bepaling of vereiste als procesrechtelijk of materieelrechtelijk van aard kan uiteraard per lidstaat verschillen.

⁶⁴⁷ Thans ook wel bekend als het loyaliteitsbeginsel (*the principle of loyal or sincere cooperation*), art. 4 lid 3 VEU. Voorheen ook wel het beginsel van gemeenschapstrouw.

⁶⁴⁸ Art. 19 lid 1, tweede zinsnede, EU-verdrag. Van Gerven 2000, p. 503-504.

⁶⁴⁹ Rott 2013, p. 183; Prechal & Cath 2014, p. 181, noot 4.

Het doeltreffendheidsbeginsel keert negatief geformuleerd in de rechtspraak terug daar waar materie niet onder het materiële toepassingsbereik van EU-recht valt of niet expliciet is gereguleerd.⁶⁵⁰ Deze rol van het doeltreffendheidsbeginsel dankt zijn bekendheid aan de klassieke arresten *Rewe en Comet*.⁶⁵¹ Hierin werd het beginsel door het Hof van Justitie EU naar voren geschoven naast het gelijkwaardigheidsbeginsel, ook wel het non-discriminatiebeginsel genoemd.⁶⁵² Dit laatste beginsel, inhoudende dat een vordering uit hoofde van Europees recht niet ongunstiger mag worden behandeld dan een vergelijkbare vordering uit hoofde van nationaal recht, is bij toepassing van productveiligheidsverplichtingen binnen ons nationale vermogensrecht van ondergeschikt belang. Het Nederlandse vermogensrechtelijke kader maakt namelijk geen onderscheid tussen normen van Europese en nationale herkomst.⁶⁵³ Het doeltreffendheidsbeginsel is van veel groter belang. Hierover oordeelde het Hof in *Rewe* dat bij het ontbreken van harmonisatiemaatregelen, de in het Gemeenschapsrecht toegekende rechten moeten worden uitgeoefend voor de nationale rechter met inachtneming van de door het nationale recht gestelde vereisten, tenzij deze vereisten en termijnen het in de praktijk onmogelijk (of uiterst moeilijk, zoals blijkt uit latere rechtspraak) zouden maken rechten uit te oefenen die de nationale rechter verplicht is te handhaven.⁶⁵⁴ Het negatief geformuleerde doeltreffendheidsbeginsel werd ook wel *practical possibility* genoemd. Deze negatieve effectiviteitstoets van nationale bepalingen en vereisten is later door het Hof van Justitie EU uitgewerkt in de zogeheten *rule of reason* uit de zaken *Peterbroek* en *Van Schijndel* en komt neer op een belangenafweging:

‘For the purposes of applying those principles, each case which raises the question whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration.’⁶⁵⁵

⁶⁵⁰ Vgl. Wilman 2014, p. 424.

⁶⁵¹ HvJ EG 16 december 1976, 33-76 (*Rewe-Zentralfinanz eG en Rewe-Zentral AG/Landwirtschaftskammer für das Saarland*) en HvJ EG 16 december 1976, 45-76 (*Comet/Produktschap voor siergewassen*), r.o. 5, derde alinea.

⁶⁵² HvJ EG 16 december 1976, 33-76 (*Rewe-Zentralfinanz eG en Rewe-Zentral AG/Landwirtschaftskammer für das Saarland*), Meijer 2014, p. 39 en 40, Dougan 2011, p. 408 e.v., Wilman 2014, p. 34-44, Barents & Brinkhorst 2012, p. 318 en 319.

⁶⁵³ Vgl. Meijer 2014, p. 40 voor voorbeelden waarin het gelijkwaardigheidsbeginsel werd geschonden.

⁶⁵⁴ HvJ EG 16 december 1976, 33-76 (*Rewe-Zentralfinanz eG en Rewe-Zentral AG/Landwirtschaftskammer für das Saarland*), r.o. 5, vijfde en zesde alinea; Craig & De Búrca 2015, p. 227.

⁶⁵⁵ Zie HvJ EG 14 december 1995, C-312-93, ECLI:EU:C:1995:439 (*Peterbroeck*), r.o. 14 en HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfondsen voor Fysiotherapeuten*), r.o. 19, zoals o.a. besproken door Krans 2010, p. 9, Snijders 2014, p. 97 en Prechal & Cath 2014, p. 184.

Naast deze beginselen bestaat het positief geformuleerde beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat is vastgelegd in art. 19 lid 1 tweede overweging EU-Verdrag; *'Member states shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by EU law.'* Hoewel het onderscheid met het doeltreffendheidsbeginsel lang niet altijd even duidelijk is, wordt wel aangenomen dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming een positieve, verstreckende verplichting behelst. Het is een meer constitutioneel beginsel dat volgt uit zowel de nationale constitutionele tradities als art. 6 en 13 EVRM, en art. 47 Handvest EU waarin onder meer het recht op een effectieve remedie is vastgelegd.⁶⁵⁶ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming zou met name op de bescherming van het fundamentele recht op toegang tot de rechter zien.⁶⁵⁷ Het negatief geformuleerde doeltreffendheidsbeginsel zou specifiek zien op het waarborgen van de effectieve toepassing van Europees recht.⁶⁵⁸ Deze uitleg is echter nog niet met zoveel woorden in de rechtspraak bevestigd.⁶⁵⁹ Wat daar ook van zij: doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming liggen in zekere zin in elkaars verlengde, kunnen overlappen en zullen qua werking veelal in dezelfde richting wijzen.⁶⁶⁰

80 Europese normen en doeltreffendheid; Europese rechten met ook Europese remedies of slechts nationale remedies?

Uit het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming volgt dat daar waar Europees recht 'rechten' toekent aan particulieren jegens andere particulieren, die rechten op nationaal niveau moeten worden beschermd. Wat onder 'recht' wordt verstaan – rechtsgrond, vorderingsrecht, remedie? – verschilt per rechtsorde.⁶⁶¹ Dit maakt het onmogelijk om te achterhalen wat het Hof van Justitie EU nu precies bedoelt met (het toekennen van) rechten.⁶⁶² Bij gebreke van handreikingen wordt door

⁶⁵⁶ Prechal & Widdershoven 2011, p. 36 e.v.; Meijer 2014, p. 48. Zie ook Prechal & Cath 2014, p. 189, onder verwijzing naar HvJ EG 15 mei 1986, 222-84 (*Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*) en HvJ EU (Tweede kamer) 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland*). Zie ook Wilman 2014, p. 44 en 424. Beginselen en handvestbepalingen kunnen van toepassing zijn in situaties die door het Unierecht worden beheerst, zie HvJ EU (Grote Kamer) 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åklagaren/Åkerberg Fransson*), r.o. 19 e.v., zoals eerder ook betoogd door Dougan 2013, p. 75.

⁶⁵⁷ Meijer 2014, p. 48; Zie ook Wilman 2014, p. 45 en 424. Vgl. ook het oordeel van het hof in HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson, Kamann/Nordrhein-Westfalen*), r.o. 23.

⁶⁵⁸ Meijer 2014, p. 48. Vgl. ook Ancery 2012, p. , nr. 174.

⁶⁵⁹ Wilman 2014, p. 47 en 442; Meijer 2014, p. 50 onder verwijzing naar Prechal & Widdershoven 2011, p 46.

⁶⁶⁰ Reich maakt geen duidelijk onderscheid tussen effectiviteit en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Reich 2014, p. 89-130. Hij onderscheidt drie functies van het doeltreffendheidsbeginsel: (1) the *eliminary function* (dat correspondeert met het oorspronkelijke negatieve criterium uit *Rewe/Comet*), (2) the *hermeneutical function* en (3) the *remedial function*. De laatste correspondeert met de meer positieve invulling die volgt uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming (nr. 79). Wilman 2014, p. 48.

⁶⁶¹ Het academische debat over wat wordt verstaan onder '*rights, remedies and procedures*' is uitvoerig, zie o.a.: Hilson & Downes 1999; Van Gerven 2000; Eilmansberger 2004; Prechal 2005a, p. 97.

⁶⁶² Van Gerven 2000, p. 502. Verder kan het recht naar zijn aard telkens verschillen (meer algemeen of zelfs universeel van aard zijn, dan wel een zeer specifieke rechtspositie met zich brengen, zoals bijvoorbeeld geldt voor een recht *in rem* of *in personam*), p. 503.

veel auteurs teruggегреpen op nationale vereisten als relativiteit,⁶⁶³ doch wat onder ‘recht’ wordt verstaan is een vraag van autonome uitleg. Zoals zal blijken, is het Hof van Justitie EU soms ruimhartiger voor wat betreft het toekennen van rechten dan de nationale civiele rechters binnen hun nationale kaders voor het toekennen van privaatrechtelijke rechtsbescherming zouden zijn.

Het Hof van Justitie EU benadrukte in eerdere rechtspraak dat het EU-recht geen verplichting inhield tot het in het leven roepen van nieuwe rechtsmiddelen of remedies, daar waar het EU-recht dat niet expliciet voorschrijft (*no new remedies*-doctrine).⁶⁶⁴ Inmiddels wordt in de literatuur op basis van latere Europese arresten als *Francovich* over staatsaansprakelijkheid en *Courage/Crehan* over schadevergoeding voor mededingingsrechtinbreuken,⁶⁶⁵ aangenomen dat Europese verdragsverplichtingen ook zelf bronnen kunnen zijn van Europese rechten in de zin van een Europees recht op schadevergoeding⁶⁶⁶ of vanuit Nederlands

⁶⁶³ Eilmansberger 2004, p. 1241-1244, mede onder verwijzing Ruffert 1997, p. 310-312, die uitgebreid ingaat op de oorsprong en achtergrond van het *Schutznorm*-principe in het Duitse recht en direct effect in verticale verhoudingen. Vgl. Concl. A-G Geelhoed overweging 46-49 bij *Muñoz/Frumar* zoals ook aangehaald door Betlem 2005, p. 137. Zie voor staatsaansprakelijkheid en relativiteit resp. *protective scope* uitgebreid Meijer 2007, p. 89 e.v. en 109 e.v. resp. Dougan 2017. Prechal merkt op dat het debat over ‘EU rights’ veelal de nationale opvattingen en uitgangspunten reflecteert. Prechal 2006, p. 303, met onder noot 28 een verwijzing naar het Duitse debat over ‘subjective public rights’ en ‘Individualrechtsschutz’. Zie uitgebreider Prechal 2005a, p. 102-104. Ze erkent echter dat men niet zomaar kan aansluiten bij het nationale recht voor beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een EU-recht, maar neigt hier zelf ook toe, Prechal 2005a, p. 113-118.

⁶⁶⁴ Voor een verticale zaak, waarbij het vooralsnog ging om een rechtsingang: HvJ EG 7 juli 1981, 158/80, ECLI:EU:C:1981:163 (*Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH and Rewe-Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel*) (*Butter buying cruises*), r.o. 44. Zie Craig & De Búrca 2015, p. 228 en 229. De Engelse tekst van *Butter buying cruises* spreekt van ‘remedy’, de Nederlandse tekst een ‘rechtsmiddel’. Nationale indelingen in rechten, remedies, vorderingsrechten, rechtsvorderingen enz. zijn in dit verband weinig behulpzaam, omdat het EU-recht autonoom moet worden uitgelegd, vgl. Van Gerven 2000. Zie voor een horizontale uitzondering op de *no new remedies*-doctrine *Muñoz/Frumar* hierna en de aldaar genoemde jurisprudentie. Zie voorts Craig & De Búrca 2015, p. 238.

⁶⁶⁵ HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage/Crehan*), r.o.25 onder verwijzing naar HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*), HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*) en HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 - 9/90 (*Francovich*), alsmede in r.o. 26: ‘The full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition.’ Deze laatste drie arresten zijn weliswaar de aanloop naar *Courage/Crehan* en *Muñoz/Frumar*, maar zullen niet worden behandeld omdat zij op verticale verhoudingen zien.

⁶⁶⁶ Dit was lange tijd de meerderheidsopvatting onder auteurs en lijkt nu ook door het HvJ EU te zijn bevestigd. Wilman onder verwijzing naar *Francovich*, *Courage* en *Muñoz*: ‘Indeed it is broadly agreed that the principle of private party liability is founded on EU law itself’, Wilman 2014, p. 67 met in noot 244 genoemde bronnen. Zie ook Zippio 2009, p. 322 en 325 onder verwijzing naar de conclusie van A-G Van Gerven in de zaak *Banks*, HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, ECLI:EU:C:1994:130 (*H.J. Banks & Company Ltd/British coal cooperation*). Zie ook Komninos 2002, Drake 2006 en Sieburgh 2014, p. 465 e.v. als aangehaald door De Graaff 2019, noot 36. Vgl. het Europese recht op schadevergoeding bij lidstaatsaansprakelijkheid voor schending van EU-recht, Dougan 2017, p. 130. Zie anders, doch voordat nadere rechtspraak was gewezen Reich 2007, p. 712-713 (zie hierna voor zijn nuanceringen). Zie recent dus HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17 ECLI:EU:C:2019:204 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions c.s.*), r.o. 45: ‘Zoals de advocaat-generaal in punt 80 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, maken vorderingen tot vergoeding van schade wegens schending van de mededingingsregels van de Unie dan ook integrerend deel uit van het stelsel voor de handhaving van die regels, dat ertoe strekt

perspectief gezien van een Europese grondslag voor aansprakelijkheid⁶⁶⁷ of een Europese verbintenis.⁶⁶⁸ *Courage/Crehan* vormt voor dit onderzoek het meest sprekende voorbeeld, nu dit een zuiver horizontaal geval betrof. Het recht op schadevergoeding bij schending van art. 101 VWEU vloeit in dat geval rechtstreeks uit het primaire Unierecht voort, ook al is dat recht niet met zoveel woorden in het verdrag genoemd. Bij een Europese grondslag voor aansprakelijkheid of een recht op schadevergoeding als art. 101 VWEU vergt de doeltreffendheid veel. Zo dient bij schending bijvoorbeeld ook schadevergoeding te worden geboden aan partijen die zich schuldig maken aan een inbreuk, zelfs daar waar het nationale recht noch het Europese geschreven recht in een dergelijke remedie voorziet (zie *Courage/Crehan*).⁶⁶⁹ Het doeltreffendheidsbeginsel kan in dat geval de overige (nationale) vereisten voor aansprakelijkheid zoals causaliteit en relativiteit beïnvloeden en een te strikte toepassing ervan beperken (*Kone*).⁶⁷⁰ Ook de soorten schade en de hoogte van de vergoeding kunnen uit hoofde van het doeltreffendheidsbeginsel, door Europees recht worden beïnvloed (*Manfredi*).⁶⁷¹

mededingingsversturende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en hen van dergelijke gedragingen te weerhouden.'

⁶⁶⁷ Vgl. Meijer 2007, p. 77.

⁶⁶⁸ De Graaff 2019, paragraaf 3.

⁶⁶⁹ HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage/Crehan*), r.o. 26. Een uitgangspunt waaraan naar Nederlands recht de relativiteit in de weg staat, vgl. HR 16 februari 1973, NJ 1973/463, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*). Inmiddels wordt deze materie deels beslagen door Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2017, L 349/1)) als geïmplementeerd in afdeling 6.3.3B BW.

⁶⁷⁰ Zie over causaliteit HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone c.s.*), r.o. 33 en 34. Uit de verwijzingsbeschikking van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof blijkt dat zowel causaliteit als relativiteit drempels voor schadevergoeding vormden. Naar Oostenrijks recht komt onder het daar geldende causaliteitscriterium alleen schade die redelijkerwijs te verwachten is voor vergoeding in aanmerking (vgl. de adequatieleer zoals deze in Nederland heeft gegolden). Oberste Gerichtshof 17 Oktober 2012, 7 Ob 48/12b (*Kone c.s./ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft*), overweging 5.

⁶⁷¹ HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04 (*Manfredi*), inhoudende dat punitieve schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht alleen is aangewezen als het nationale recht die route toelaat (r.o. 93, het gelijkwaardigheidsbeginsel) waarbij tegelijkertijd het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking naar nationaal recht een grens kan vormen die door het Europese recht niet opzij wordt gezet (r.o. 94). Desalniettemin volgt uit het doeltreffendheidsbeginsel dat niet alleen de reële schade voorvergoeding in aanmerking komt, maar ook de gederfde winst, alsmede de rente (r.o. 95) omdat zonder die mogelijkheid volledig herstel onmogelijk zou zijn (r.o. 96-97). Zie recent ook HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17 ECLI:EU:C:2019:204 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions c.s.*), r.o. 46 en 51, waarin het begrip onderneming in de zin van art. 101 VWEU door het Hof onder invloed van doeltreffendheid ruim en autonoom wordt uitgelegd.

Vgl. gevallen waar vaststaat dat het recht op schadevergoeding is geharmoniseerd doch de omvang van de schadevergoeding aan de nationale rechtsorde is gelaten, HvJ EG (Vijfde kamer) 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veedfald/Arhus Amtskommune*), r.o. 32, waaruit volgt dat bij productaansprakelijkheid tenminste een volledige en billijke vergoeding moet worden geboden, HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson, Kamann/Nordrhein-Westfalen*), zoals ook aangehaald door Van Boom 2006, p. 17, over non-discriminatie waaruit volgt dat wanneer de nationale wetgever kiest voor handhaving via het privaatrecht, de schadevergoeding wel een serieus pressiemiddel dient te vormen (r.o. 14) en meer moet zijn dan slechts een symbolische vergoeding (r.o. 28). HvJ EG 8 november 1990, C 177/88, ECLI:EU:C:1990:383 (*Dekker*), waarin het HvJ EU oordeelde dat bij de remedie schadevergoeding als sanctie op ongelijke

Indien de grondslag voor aansprakelijkheid, het recht op schadevergoeding of de remedie echter niet rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht, kan nog sprake zijn van een recht dat bescherming behoeft. In die gevallen is voor privaatrechtelijke rechtsbescherming mede een nationale materiële grondslag nodig. Het doeltreffendheidsbeginsel kan bij de toepassing van het nationale recht dan nog steeds een rol spelen, maar zijn rol lijkt dan beperkter. Het EU-recht lijkt dan minder diep in te grijpen in de nationale (privaatrechtelijke) rechtsorde (zie voorbeelden hierna). Reich heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie EU over de invloed van doeltreffendheid in die gevallen getracht te duiden. Hij ontwikkelde de theorie van de *hybridization approach*, die ik – zoals hierna zal blijken (nr. 93) – mede bruikbaar acht voor het bepalen van de betekenis van producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen voor privaatrechtelijke normstelling.⁶⁷² Onder deze aanpak hangt de beschikbaarheid van de remedie voor de effectuering van EU-rechten af van het nationale recht. Indien de Europese beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid dit vergen, moet de toepassing van het nationale recht onder invloed van die beginselen worden aangepast.⁶⁷³ Volgens zijn theorie wordt de Europeesrechtelijk norm als het ware in de nationaal privaatrechtelijke mal gegoten en wordt de uitkomst c.q. de invulling van de privaatrechtelijke vereisten voor de remedie, gecorrigeerd al naargelang het Europese doeltreffendheidsbeginsel in het gedrang komt.⁶⁷⁴ Die correctie c.q. hybridisering zou in de door hem genoemde gevallen kunnen worden bewerkstelligd via conforme interpretatie van het privaatrecht.⁶⁷⁵

3.3 DRIE ARRESTEN OVER HET HARMONISATIE- EN BESCHERMINGSBEREIK EN DE ROL VAN HET DOELTREFFENDHEIDSBEGINSEL

81 Schmitt/TÜV – Een algemene zorgplicht, een beschermd belang, doch geen Europees recht op schadevergoeding jegens NBs

Voornoemd kader ziet men terug in het arrest *Schmitt/TÜV*. PIP had vanaf 2000 productfraude gepleegd door borstimplantaten met niet-toegestane industriële silicone op de markt te brengen. De betrokken NB, TÜV Rheinland,

behandeling het toepassen Nederlandse vereisten ‘aanwezigheid van schuld’ en ‘afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’ het nuttig effect van de uitgangspunten van de richtlijn zou worden verzwakt. Prechal 2005a, p. 88 en 89, die op zowel *Dekker* als *Von Colson* wijst.

⁶⁷² Reich 2007, p. 709: ‘[A] “hybridization” of remedies which on the one hand are based on national law as a basis for a claim of compensation (*‘Anspruchsgrundlage’*), but this national law is reshaped under the influence of EC Law.’ Voordat de rechtspraak in het mededingingsrecht tot volle wasdom was gekomen, betoogde Reich in 2007 dat het recht op schadevergoeding bij mededingsrecht was gegrond in het nationale recht en er sprake was van hybridisering, p. 723 en 724. Later heeft hij dit genuanceerd, Reich 2014, p. 98 en 99.

⁶⁷³ Reich 2014, p. 98.

⁶⁷⁴ Vgl. Wissink 2001, p. 271-272, die een aantal voorbeelden bespreekt van ‘geschakelde regelingen’ in het BW (open normen als art. 6:162 lid 2 BW, art. 6:74 en art. 3:40 BW) die, daar waar Europees recht moet worden ingepast, anders dienen te worden ingevuld. De door hem aangehaalde voorbeelden zien evenwel op situaties waarin de nationale wetgever heeft gekozen voor civielrechtelijke sanctionering. Voorts koppelt hij dit niet direct aan het doeltreffendheidsbeginsel.

⁶⁷⁵ Reich 2014, p. 98 en 99.

had ex post slechts aangekondigde controles verricht op het kwaliteitsmanagementsysteem van PIP, terwijl de Richtlijn Medische Hulpmiddelen TÜV de bevoegdheid bood om ook onaangekondigde inspecties te doen.⁶⁷⁶ Een draagster van de implantaten, Schmitt, stelde TÜV hierop aansprakelijk voor de geleden schade in verband met onvoldoende toezicht nu PIP inmiddels failliet was verklaard. In de procedure rezen diverse vragen die enerzijds zagen op de inhoud, taak en verantwoordelijkheid van NBs uit hoofde van diens plichten onder die richtlijn (nr. 47) en anderzijds op de vraag in hoeverre in deze plichten een recht op schadevergoeding zou liggen besloten. De *Schutznorm*-doctrine uit het Duitse recht (die vergelijkbaar is met ons nationale relativiteitsvereiste dat eraan is ontleend, nr. 193) zou namelijk aan schadevergoeding in de weg kunnen staan. Aan het Hof van Justitie EU werden door het Bundesgerichtshof drie vragen gesteld, die in volgorde van beantwoording door het Hof van Justitie EU hierna worden besproken.

Het Hof beantwoordde eerst de vraag of de NB ook verplicht was om van die eerdergenoemde bevoegdheid gebruik te maken, alsmede of die gehouden was om hulpmiddelen te testen en bedrijfsdocumenten in te zien (vraag 2 en 3).⁶⁷⁷ In dat verband oordeelde het Hof van Justitie dat de bepalingen van bijlage II van de Richtlijn Medische Hulpmiddelen geen algemene verplichting bevatten tot het verrichten van onaangekondigde inspectiebezoeken.⁶⁷⁸ NBs komen bij het uitoefenen van hun verplichtingen en de hen toekomende bevoegdheden een passende beoordelingsmarge toe, doch de verplichtingen zouden ‘een dode letter blijven indien die beoordelingsmarge onbegrensd was’.⁶⁷⁹ Volgens het Hof hebben NBs voor zover zij op grond van art. 16 lid 6 de Richtlijn Medische Hulpmiddelen verplicht zijn na te gaan of een EG-certificering kan worden behouden een algemene zorgvuldigheidsplicht,⁶⁸⁰ bestaande uit een verplichting tot zorgvuldig onderzoek, zodat zij bij aanwijzingen dat een medisch hulpmiddel niet in overeenstemming is met de eisen alle toepasselijke maatregelen moet nemen.⁶⁸¹

De eerste vraag van het Duitse Bundesgerichtshof werd vervolgens behandeld: strekt de tussenkomst van NBs conform de richtlijn tot bescherming van de eindgebruikers van medische hulpmiddelen, en is die instantie bij toerekenbare niet-nakoming van haar verplichtingen bijgevolg aansprakelijk jegens die gebruikers?

In de beantwoording van die vraag, oordeelt het Hof dat de richtlijn

‘niet alleen de bescherming van de gezondheid *stricto sensu* tot doel heeft, maar tevens de veiligheid van personen en dat zij niet slechts betrekking heeft op

⁶⁷⁶ Artikel 11 lid 1 sub a en Bijlage II (Volledige kwaliteitsborging) onder 5.4 van Richtlijn 93/42/EEG (Medische hulpmiddelen (oud)). Dit laatste artikel is gebaseerd op Module H onder 4.4 van bijlage II bij het Modelbesluit.

⁶⁷⁷ Vraag 2 en 3 in HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*), als weergegeven onder 37.

⁶⁷⁸ HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*), r.o. 40.

⁶⁷⁹ R.o. 45.

⁶⁸⁰ R.o. 47.

⁶⁸¹ R.o. 47.

gebruikers van medische hulpmiddelen en patiënten, maar meer algemeen op „derden” en „andere personen”(…).’

Het Hof van Justitie verwijst daartoe naar een eerder arrest (*Nordiska Dental*) waarin het hof deze doelen afleidt uit de considerans van de desbetreffende richtlijn.⁶⁸²

Het Hof van Justitie EU steekt de zaak vervolgens in als een *de facto* verticaal geschil door in te gaan op de toezichtverplichtingen voor lidstaten uit de richtlijn.⁶⁸³ Voor wat betreft *NBs* zoekt het aansluiting bij het arrest *Peter Paul* over lidstaatsaansprakelijkheid voor schending van EU-recht:

‘55. Om te beginnen heeft het Hof in dit verband al geoordeeld dat uit het feit dat een richtlijn bepaalde instanties toezichtsverplichtingen oplegt of dat bescherming van benadeelden een van de doelstellingen van die richtlijn is, niet noodzakelijkerwijze voortvloeit dat die richtlijn rechten beoogt te creëren ten gunste van die benadeelden wanneer de instanties hun verplichtingen niet nakomen, en in het bijzonder niet wanneer die richtlijn geen uitdrukkelijk regel bevat waarbij dergelijke rechten worden toegekend (zie in die zin arrest van 12 oktober 2004, *Paul e.a.*, C-222/02, EU:C:2004:606, punten 38-40).⁶⁸⁴

56. Evenmin kan richtlijn 93/42, aangezien daarin niet wordt uiteengezet wanneer de aangemelde instanties burgerrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden, worden geacht ertoe te strekken de voorwaarden te bepalen waaronder eindgebruikers van medische hulpmiddelen eventueel een vergoeding kunnen krijgen voor een toerekenbare niet-nakoming door die instanties van hun verplichtingen.’⁶⁸⁵

Een Europees recht op schadevergoeding mag volgens het Hof ook niet worden afgeleid uit het enkele gegeven dat *NBs* verplicht zijn een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten.⁶⁸⁶ Het Hof wijst vervolgens op het *Skov/Bilka*-arrest, waarin is bepaald dat de Richtlijn Productaansprakelijkheid niet uitsluit dat andere stelsels van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid worden toegepast voor zover die op een andere grondslag berusten, zoals onrechtmatige daad.⁶⁸⁷ Hieruit volgt het niet uitputtende karakter van de Richtlijn Productaansprakelijkheid. De voorwaarden waaronder een toerekenbare niet-nakoming van één van de verplichtingen uit de Richtlijn Medische Hulpmiddelen door een *NB* kan leiden tot aansprakelijkheid jegens eindgebruikers, worden – aldus het Hof – volgens het

⁶⁸² HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*), r.o. 50 onder verwijzing naar HvJ EG 19 november 2009, C-288/08, ECLI:EU:C:2009:718 (*Kemikalieinspektionen/Nordiska Dental AB*), r.o. 29.

⁶⁸³ R.o. 52.

⁶⁸⁴ HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*), r.o. 55 onder verwijzing naar HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, ECLI:EU:C:2004:606 (*Peter Paul c.s./Bondsrepubliek Duitsland*), r.o. 38-40.

⁶⁸⁵ R.o. 56.

⁶⁸⁶ R.o. 57.

⁶⁸⁷ R.o. 58 onder verwijzing naar HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*).

ationale recht bepaald, mits daarbij het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.⁶⁸⁸

Het Hof neemt derhalve geen volledig Europees recht op schadevergoeding aan zoals bij art. 101 VWEU, maar legt wel de zorgplicht uit en geeft een uitdrukkelijke aanwijzing over de met productveiligheidsrecht te beschermen belangen, namelijk dat daartoe de veiligheid van personen behoort. Wat behelst dit arrest voor de betekenis van Europese producteisen en bijbehorende verplichtingen voor privaatrechtelijke normstelling in de hier onderzochte rechtsverhoudingen?

Zowel in de literatuur als door de A-G werd al gewaarschuwd voor analoge toepassing van het sterk bekritiseerde *Peter Paul* in *Schmitt* nu beide zaken te veel van elkaar zouden verschillen.⁶⁸⁹ Het Hof gaat daaraan voorbij. De vraag is desalniettemin of de analogie wel hout snijdt. Niet alleen ging het in *Peter Paul* – anders dan in *Schmitt* – om een voorvraag in het kader van lidstaataansprakelijkheid, ook de meeste argumenten voor het niet-toekennen van rechten als genoemd in de motivering van *Peter Paul* gaan niet op voor NBs. Volgens het Hof in *Peter Paul* was de doelstelling van die richtlijn de wederzijdse erkenning van toelating van en toezicht op kredietinstellingen,⁶⁹⁰ welke doelstelling ook zonder toezichthoudersaansprakelijkheid kon worden bereikt.⁶⁹¹ Voorts kon het uitsluiten van toezichthoudersaansprakelijkheid op nationaal niveau worden gerechtvaardigd vanwege het feit dat nationale autoriteiten een veelvoud aan algemene belangen moeten afwegen.⁶⁹² Bovendien bood de richtlijn in kwestie een extra, zij het beperkte, voorziening voor particulieren in de vorm van het depositogarantiestelsel.⁶⁹³ Hoewel NBs aan pre-marketing toezicht doen, enige discretionaire bevoegdheid hebben en niet 100% veilige producten kunnen garanderen,⁶⁹⁴ gaat de verdere analogie met *Peter Paul* niet op. *Peter Paul* zag op een instrument van prudentieel toezicht op financiële markten, terwijl de taak van NBs onder het productveiligheidsrecht – voor zover het al met het financieel toezichtrecht kan worden vergeleken – eerder lijkt op wat in de literatuur met gedragstoezicht wordt geduid.⁶⁹⁵ NBs hebben bovendien een overzichtelijke, afgebakende taak, het zijn veelal private rechtspersonen met winstoogmerk en patiënten kunnen (in ieder geval in Duitsland) niet terugvallen op een fonds.

⁶⁸⁸ R.o. 59.

⁶⁸⁹ Verbruggen & Van Leeuwen 2018, p. 400 onder verwijzing naar Reich 2016, p. 638, en Concl. A-G Sharpston onder 27 en in noot 27 bij *Schmitt*: 'Het toepassingsgebied en de inhoud van de regelgeving wijkt simpelweg te veel af om een zinnige parallel te kunnen trekken.'

⁶⁹⁰ HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, ECLI:EU:C:2004:606 (*Peter Paul* c.s./Bondsrepubliek Duitsland), r.o. 42.

⁶⁹¹ r.o. 43. Zie ook Meijer 2007, p. 94.

⁶⁹² R.o. 44.

⁶⁹³ R.o. 45. Reich 2016, p. 638. Zie ook Dougan 2017, p. 134.

⁶⁹⁴ Concl. A-G Sharpston bij *Schmitt* onder 46.

⁶⁹⁵ Van Europees gedragstoezicht wordt wel aangenomen dat dat eerder tot bescherming van de belangen van individuele derden strekt dan prudentieel toezicht, zie o.a. Tison 2005, p. 31, Giesen e.a. 2009, p. 81 en Van Praag 2014, p. 218-219, als aangehaald door Tegelaar 2016, p. 710.

Thans ligt bovendien nog open of het Hof bij bepaling van het doel en de strekking van verplichtingen voor private actoren zonder toezichtstaken (lees: de verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in hoofdstuk 2) eenzelfde terughoudende benadering zal hanteren in de zin dat het zal oordelen dat deze evenmin een recht op schadevergoeding aan bijvoorbeeld productgebruikers toekennen. Dougan wees er al op dat niet zeker is dat het vereiste of rechten zijn toegekend als voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid voor schending van EU-recht in die context hetzelfde moet worden ingevuld als in een zuiver horizontaal geschil ter beantwoording van de vraag of met bepaalde rechtsplichten '*subjective rights*' aan private partijen zijn toegekend die in privaatrechtelijke context effectief moeten worden beschermd.⁶⁹⁶ Onduidelijk is of het Hof *Peter Paul* gebruikt omdat toekennen van rechten in een verticale context volgens het Hof eenzelfde beoordeling is als toekennen van rechten in een zuivere horizontale context of omdat het meent dat NBs karaktertrekken vertonen van staatsentiteiten in de zin dat ze vergelijkbare toezichthouderstaken uitvoeren. In het laatste geval zou een oordeel van het Hof van Justitie EU in zuiver horizontale rechtsverhoudingen als die in dit onderzoek centraal staan wel eens anders kunnen uitvallen. Wellicht worden met de verplichtingen van marktdeelnemers volgens het Hof wel meer rechten toegekend.

Het aannemen van een Europeesrechtelijk recht op schadevergoeding staat mijns inziens echter op gespannen voet met de eerder omschreven taakverdeling tussen de EU en haar lidstaten bij gedeelde bevoegdheden en met name het beginsel van subsidiariteit (nr. 37 en 72). Van belang is dat het mededingingsrecht dat in *Courage* centraal stond, anders dan de interne markt, een exclusieve EU-bevoegdheid vormt, waardoor een stevigere basis bestaat voor harmonisatie van het privaatrecht in relatie tot mededingingsrecht,⁶⁹⁷ wellicht ook als dit plaatsvindt via rechterlijke rechtsvorming.

Slechts daar waar een productveiligheidsinstrument expliciet is over een recht op schadevergoeding, is mijns inziens sprake van een EU-recht op schadevergoeding. Zo een recht kan volgen uit een aan het productveiligheidsrecht complementaire civielrechtelijke regeling als de Richtlijn Productaansprakelijkheid, of bijvoorbeeld uit de uitzonderlijke aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordening Medisch hulpmiddelen (nr. 78). Los van de twijfelachtige feitelijke effectiviteit van deze laatste aansprakelijkheid, is hij in ieder geval kenbaar uit de tekst van de verordening waardoor rechtszekerheid niet in gedrang komt. De aansprakelijkheid is bovendien gelegitimeerd tot stand gekomen via het

⁶⁹⁶ Dougan 2017, p. 146-147. Vgl. Meijer 2007, p. 102 die wijst op het verschil tussen 'toekennen van rechten' in inbreukprocedures en in lidstaataansprakelijkheidsprocedures.

⁶⁹⁷ Inmiddels wordt deze materie deels beslagen door Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2017, L 349/1) als geïmplementeerd in afdeling 6.3.3B BW.

Europese wetgevingsproces. Ook voor de effectuering van Europese rechten op schadevergoeding valt men overigens deels terug op het nationale recht nu niet alle elementen zijn geharmoniseerd (vgl. causaliteit bij de Richtlijn Productaansprakelijkheid, nr. 188).⁶⁹⁸ Volgt een recht op schadevergoeding echter niet rechtstreeks uit het EU-recht maar is wel sprake van een Europees belang dat bescherming behoeft, dan is de wijze van bescherming ervan in grotere mate afhankelijk van het nationale recht en heeft de rechter een grotere beoordelingsruimte.

Verder ligt open of de benadering principieel anders zal zijn indien dezelfde verplichting niet in een richtlijn maar in een verordening is vastgelegd. Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet blijkt uit de rechtspraak dat richtlijnen net zo goed tot doel kunnen hebben rechten toe te kennen aan particulieren (nr. 80). Deze rechten kunnen echter pas na implementatie horizontaal worden geëffectueerd. Het verschil in rechtstreekse werking lijkt mij voor de uitleg van het instrument op het punt van de voorvraag⁶⁹⁹ of privaatrechtelijke rechten worden toegekend niet van belang,⁷⁰⁰ zeker nu productveiligheidsverordeningen en -richtlijnen qua inhoud nauwelijks verschillen, de keuze voor een richtlijn of een verordening inzake productveiligheid soms wat arbitrair lijkt en de effectuering van die rechten altijd aan de lidstaten wordt gelaten. Zie ook de eerder geciteerde sanctieclausule die qua inhoud in zowel richtlijnen als verordeningen gelijk is (nr. 72).

De verwijzing naar de Richtlijn Productaansprakelijkheid en het nationale recht door het Hof van Justitie EU is in lijn met de complementaire visie van de EU-wetgever op productveiligheidsrecht en privaatrecht, die mede volgt uit andere bepalingen van productveiligheidsrecht (nr. 177).

Verbruggen en Van Leeuwen hebben zich nog afgevraagd waarom doeltreffendheid en evenredigheid een rol kunnen spelen daar waar geen Europees recht op schadevergoeding bestaat.⁷⁰¹ Alsof er wel een '*abstract right*' op bescherming bestaat, doch niet op schadevergoeding. Met de verwijzing naar die beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid beperkt het Hof in hun ogen weer de ruimte die het juist net heeft gegeven. Mijns inziens is de verwijzing naar *Rewe* en *Comet* logisch: dat het privaatrecht niet met de Richtlijn Medische Hulpmiddelen wordt geharmoniseerd, maakt nog niet dat een Europese verplichting, wanneer die via open normen de

⁶⁹⁸ Zie voor meer voorbeelden van Europese aansprakelijkheden in andere instrumenten die uiterst summier zijn waardoor voor de verdere invulling in de praktijk bij het nationale recht moet worden aangesloten, De Graaff & Verheij 2017, p. 991 en 922.

⁶⁹⁹ De term 'voorvraag' werd al gebruikt door Meijer 2007, p. 100.

⁷⁰⁰ Vgl. Prechal 2005a, p. 96 en 132-137, en Prechal 2005b, p. 1461, waarin zij erop wijst dat de verplichting tot conforme interpretatie in het *Pfeiffer*-arrest voor het eerst werd gekoppeld aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Vgl. ook Betlem 2005, p. 141, die erop wijst dat *Muñoz* ook relevantie heeft bij richtlijnen, mits die rechten toekennen aan particulieren.

⁷⁰¹ Verbruggen & Van Leeuwen 2018, p. 400.

privaatrechtelijke normstelling beïnvloedt, opeens van kleur verschiet.⁷⁰² De verplichting is en blijft van EU-recht, het Hof van Justitie EU blijft tot uitleg ex art. 267 VWEU van die verplichting bevoegd en de civiele rechter is bij de toepassing van die plicht nog steeds aan loyale samenwerking en dus doeltreffendheid gebonden. In het licht van de bevoegdheidsverdeling, subsidiariteit en de beperkte mogelijkheden om op EU-niveau tot harmonisatie van het privaatrecht over te gaan (nr. 37), is de aanpak van het Hof toe te juichen, omdat het de bevoegdheidsverdeling respecteert (op dit punt dus geen activisme). Bovendien is voorstelbaar dat ook daar waar geen Europees recht op schadevergoeding wordt toegekend, de privaatrechtelijke toepassing van deze plichten toch in strijd kan komen met de *Rewe*-doeltreffendheid. Zo zou aanname van een veel lichtere civielrechtelijke zorgplicht van *NBs* ten opzichte van de richtlijn onder omstandigheden aan de nuttige werking van het EU-recht in de weg kunnen staan, net als onjuiste uitleg van EU-verplichtingen door een civiele rechter. Voorts lijkt de grens van doeltreffendheid bereikt indien slachtoffers stelselmatig iedere toegang tot de civiele rechter wordt ontzegd, zelfs bij flagrante schendingen van verplichtingen door *NBs* (vgl. *Muñoz/Frumar* hierna).

82 Muñoz/Frumar – Naleving van verplichtingen moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces

Een voorbeeld waarin het Hof het beginsel van doeltreffendheid actief laat ingrijpen in de nationale rechtsorde⁷⁰³ is het arrest *Muñoz/Frumar*.⁷⁰⁴ Het betrof een procedure tussen twee concurrerende handelaren over de schending van twee verordeningen inzake kwaliteitsnormen en classificatie van fruit.⁷⁰⁵ Het arrest betreft strik genomen geen productveiligheidsrecht, maar is daarvoor wel van bijzonder belang nu voornoemde verordeningen eveneens zijn gestoeld op de interne marktgrondslag. Zij laten bovendien de sanctionering volledig aan de lidstaten⁷⁰⁶ en bevatten daarnaast productnormen, zij het geen veiligheidsnormen. De doelen van deze verordeningen zijn voorts vergelijkbaar met die van productveiligheidsrecht (§ 3.4).

Frumar bracht tafeldruiven op de markt in het Verenigd Koninkrijk, die volgens *Muñoz c.s.* niet aan de op de verpakking vermelde kwaliteitsnormen voldeden. Door deze inbreuk op voornoemde verordeningen kreeg niet alleen de consument zo geen waar voor zijn geld, maar maakte Frumar zich – aldus *Muñoz c.s.* – tevens schuldig aan onrechtmatige concurrentie. Het High Court of Justice stelde vast dat de kwaliteitsnormen inderdaad waren geschonden,

⁷⁰² Vgl. bijvoorbeeld ook de verwijzing naar *Rewe/Comet*-doeltreffendheid in HvJ EU 30 mei 2013, C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344, *JOR* 2013/274, m.nt. D. Busch (*Genil c.s./Bankinter c.s.*), r.o. 57 als besproken door Prechal & Cath 2014, p. 185.

⁷⁰³ Wellicht ingegeven door de vragen en het feit dat reeds een negatieve beslissing van het High Court voorlag.

⁷⁰⁴ HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*).

⁷⁰⁵ Verordening (EEG) nr. 1035/72 en Verordening (EG) Nr. 2200/96.

⁷⁰⁶ Art. 10 lid 2 Verordening nr. 1035/72 en art. 14 lid 3, art. 19 lid 4, art. 44 lid 3 sub b en art. 48 Verordening nr. 2200/96.

maar wees de vordering tot een verbod van Muñoz c.s. af, nu deze verordeningen geen rechten voor concurrenten in het leven zouden roepen, maar slechts zouden strekken tot bescherming van de opvolgende kopers, met name consumenten (lees: *protective scope* (nr. 194)).⁷⁰⁷ Volgens het High Court kende deze regeling aan producenten zoals Muñoz c.s. niet het recht toe om een civiele vordering in te stellen wegens schending van Verordeningen (EEG) nrs. 1035/72 en 2200/96. In appel besloot het Court of Appeal hierover prejudiciële vragen te stellen.⁷⁰⁸

Het Hof van Justitie herhaalde in deze zaak dat verordeningen in staat zijn rechten te verlenen aan particulieren⁷⁰⁹ en dat het de lidstaten zijn die de volle werking van EU-recht dienen te verzekeren.⁷¹⁰ Het Hof van Justitie oordeelde vervolgens – anders dan het High Court – dat het doel en de strekking van voornoemde normen meerledig is:

‘29. Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals blijkt uit de vierde overweging van de considerans van verordening nr. 1035/72, de toepassing van de gemeenschappelijke kwaliteitsnormen tot doel heeft dat producten van ontoereikende kwaliteit van de markt verdwijnen, dat de productie aldus wordt gericht dat aan de eisen van de consument wordt voldaan, en dat de handelsbetrekkingen worden vergemakkelijkt op basis van eerlijke mededinging. Deze doelstelling wordt bevestigd in de derde overweging van de considerans van verordening nr. 2200/96, volgens welke de indeling van de producten in klassen op basis van verplichte gemeenschappelijke kwaliteitsnormen enerzijds een referentiekader beoogt te vormen waardoor het handelsverkeer eerlijker verloopt en de markt doorzichtiger wordt, en anderzijds beoogt producten van ontoereikende kwaliteit van deze markt te doen verdwijnen. De twintigste overweging van de considerans van dezelfde verordening preciseert dat de regels van de gemeenschappelijke marktordening door alle betrokken marktdeelnemers moeten worden nageleefd, wil men voorkomen dat de regeling wordt uitgehold.’⁷¹¹

Het Hof leidt klaarblijkelijk uit deze algemene belangen en doelen uit de considerans van de instrumenten af, dat een individuele partij – in casu een concurrent – aan die verplichtingen rechten kan ontleen (vgl. nr. 203).⁷¹² Opvallend is overigens dat de considerans onder 20 van verordening nr.

⁷⁰⁷ *Antonio Muñoz Y Cla SA and Another v Frumar Ltd and Another* [1999] 3 C.M.L.R. 684.

⁷⁰⁸ HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*), r.o. 23.

⁷⁰⁹ HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*), r.o. 27. Het Hof spreekt daarbij niet over directe werking en de vereisten daarvoor, terwijl over die vraag bij het High Court veel discussie was geweest, zie *Antonio Muñoz Y Cla SA and Another v Frumar Ltd and Another* [1999] 3 C.M.L.R. 684, r.o. 34 e.v., zoals ook opgemerkt door Biondi 2003, p. 1245 en Betlem 2005, p. 137.

⁷¹⁰ HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*), r.o. 28.

⁷¹¹ HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*), r.o. 29.

⁷¹² A-G Geelhoed gaat veel uitgebreider in op de vraag hoe het beschermingsbereik van de normen in relatie tot het geschonden belang moet worden bepaald onder nr. 47: ‘*Er moet een verband bestaan tussen het belang waarop een particulier zich in rechte beroept en de bescherming die een bepaling van de verordening biedt*’. Het Hof is echter zeer kort van stof. Zie ook Betlem 2005, p. 137 en 138 die hierin ook de *nationale protective scope*-doctrine ontwaart.

2200/96 die door het Hof wordt aangehaald juist ingaat op de publiekrechtelijke handhaving.⁷¹³ Het weerhoudt het Hof er niet van uit de daarin genoemde doelen een horizontale strekking van de verplichtingen af te leiden. Het Hof vervolgde:

'30. Bijgevolg moet worden overwogen, dat omwille van de volle werking van de regeling inzake kwaliteitsnormen en, in het bijzonder, het nuttig effect van de in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1035/72 én verordening nr. 2200/96 neergelegde verplichting, vereist is dat de naleving van deze verplichting kan worden verzekerd in een civiel proces tussen een marktdeelnemer en zijn concurrent.

31. Een dergelijke mogelijkheid vergemakkelijkt namelijk de toepassing van de gemeenschapsregeling inzake kwaliteitsnormen. Zij vormt een aanvulling op de maatregelen van de instanties die door de lidstaten zijn aangewezen om de in deze regeling bedoelde verificaties te verrichten, en helpt aldus gedragingen te ontmoedigen die vaak moeilijk op te sporen zijn en de mededinging kunnen vervalsen. Vanuit dit oogpunt zijn de vorderingen die door concurrerende marktdeelnemers bij de nationale rechterlijke instanties worden ingesteld zeer geschikt om wezenlijk bij te dragen tot de eerlijkheid van het handelsverkeer en de doorzichtigheid van de markten in de Gemeenschap.'⁷¹⁴

Door de privaatrechtelijke bril bekeken, zou men dit een functionele of instrumentele benadering kunnen noemen, aangezien privaatrechtelijke handhaving volgens het Hof zou kunnen bijdragen aan de naleving van deze plichten. In de volgende hoofdstukken zal ik betogen waarom er reeds goede argumenten zijn marktdeelnemers privaatrechtelijke rechtsbescherming te bieden. Nader onderzoek naar de daadwerkelijke effecten van eventuele aansprakelijkheid is echter gewenst (zie nader o.a. § 7.3.1.4, nr. 241 en slotbeschouwing nr. 285).⁷¹⁵

⁷¹³ '(20) Overwegende dat de regels van de marktordening door alle betrokken marktdeelnemers in acht moeten worden genomen, wil men voorkomen dat de regeling wordt uitgehold, met alle gevolgen van dien voor de besteding van overheidsmiddelen en de concurrentie tussen de marktdeelnemers; dat derhalve voor de sector groenten en fruit een korps van communautaire controleurs moet worden opgericht; dat dit korps om begrotingsredenen en uit een oogpunt van efficiëntie moet bestaan uit ambtenaren van de Commissie en eventueel andere functionarissen; dat het tevens noodzakelijk is communautaire sancties in te voeren, teneinde te waarborgen dat de nieuwe regeling in de hele Gemeenschap op uniforme wijze wordt toegepast;'

⁷¹⁴ HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*), r.o. 30.

⁷¹⁵ In latere arresten – die zagen op verticale situaties – zijn vergelijkbare uitzonderingen op de *no new remedies* –regel geformuleerd. Zie HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), r.o. 41, waaruit volgt dat een uitzondering slechts opgaat 'wanneer uit de opzet van de betrokken nationale rechtsorde zou blijken dat er geen rechtsmiddel beschikbaar is waarmee, ook al is het incidenteel, de eerbiediging kan worden verzekerd van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen (zie in die zin arrest van 16 december 1976, *Rewe*, reeds aangehaald, punt 5, en reeds aangehaalde arresten *Cornet*, punt 16, en *Factortame e.a.*, punten 19-23.'. Vgl. ook HvJ EU 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami III*), r.o. 104.

83 James Elliott Construction – Geen harmonisatie van vereisten onder het nationale kooprecht

Tot nu toe is met name rechtspraak behandeld over de buitencontractuele strekking van Europees productveiligheidsrecht en de verhouding tussen doeltreffendheid en het nationale privaatrecht in de buitencontractuele sfeer. Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat de daar genoemde verplichtingen voor hun operationalisering van afspraken van partijen en het nationale overeenkomstenrecht afhankelijk zijn (zie bijvoorbeeld nr. 62 en 58). Tegelijkertijd lijken die plichten meestal niet door de EU-wetgever bedoeld om contracten aan of in te vullen (§ 2.4).⁷¹⁶ Ander EU-recht kan stevig ingrijpen in de partijautonomie en in het nationale contractenrecht. Het gaat dan om EU-recht dat expliciet contractuele rechtsgevolgen noemt, zoals art. 101 lid 2 VWEU dat expliciet de nietigheid als rechtsgevolg noemt.⁷¹⁷ In dit verband kan ook worden gedacht aan consumentenrecht met een meer contractuele strekking, zoals de Richtlijn Oneerlijke Bedingen of bepalingen uit de Richtlijn Consumentenkoop.⁷¹⁸ Over art. 101 lid 2 VWEU en diverse Europese consumentenrechtelijke instrumenten die de contractueel zwakkere positie van de consument moeten versterken, heeft het Hof van Justitie zelfs geoordeeld dat deze bepalingen ambtshalve moeten worden toegepast.⁷¹⁹ In het productveiligheidsrecht ontbreken echter in bijna alle gevallen verwijzingen naar dergelijke contractuele rechtsgevolgen.⁷²⁰ Vooralsnog ontbreekt rechtspraak van het Hof van Justitie EU waaruit blijkt dat een rechtshandeling c.q. de partijautonomie direct door Europese

⁷¹⁶ Met uitzondering van bijvoorbeeld art. 11 lid 2 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) expliciteert dat het mandaat slechts geldig is als het schriftelijk door de gemachtigde is aanvaard.

⁷¹⁷ 'Yet even here private autonomy emerges as a value that deserves some degree of protection': Weatherill 2013b, p. 114.

⁷¹⁸ Richtlijn 93/13/EEG (Oneerlijke bedingen) en Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)).

⁷¹⁹ Zie ten aanzien van het mededingingsrecht: HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97 ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*), HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04 (*Manfredi*) r.o. 31 en 39, onder verwijzing naar *Eco Swiss/Benetton* en HvJ EG 4 juni 2009, C-08/8, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-mobile c.s./Raad van bestuur van de NMA*), r.o. 49. Zie kritisch Snijders 2014, p. 107. Zie anders Hartkamp 2010, p. 25, noot 40 en p. 36-37 en Ancery 2012, p. 165 e.v. Zie ten aanzien van oneerlijke bedingen: HvJ EG 27 juni 2000, C-240-98-244/98 (*Oceano Grupo*), HvJ EG (5e kamer) 21 november 2002, C-473/00 (*Cofidis SA/Jean-Louis Fredout*), HvJ EG (Eerste kamer) 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL*), HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/80, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*), HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi*) (ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd), HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*VB Pénzügyi Lízing Zrt./Ferenc Schneider*) (incl. plicht tot actieve opstelling m.b.t. de feiten), HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banco Espanol de Crédito/Camino, Banesto*). Zie ten aanzien van de Richtlijn Consumentenkrediet: HvJ EG (Eerste kamer) 4 oktober 2007, C-429-05, ECLI:EU:C:2007:575 (*Rampion en Godard/Franfinance SA en K par K SAS*). Ten aanzien van consumentenkoop: HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637 (*Soledad Duarte Hueros/Autociba & Automóviles Citroën España*), HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV*). Zie o.a. Ancery 2018, p. 94-95 en eerder Ancery & Krans 2016, p. 825 e.v.

⁷²⁰ M.u.v. het schriftelijkheidsvereiste uit art. 11 lid 2 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) (nr. 58). Volgens het artikel is alleen schriftelijke aanvaarding door de gemachtigde 'geldig', doch het exacte rechtsgevolg van het ontbreken van een schriftelijke aanvaarding (bijvoorbeeld geen overeenkomst of rechtsgevolg, nietigheid of vernietigbaarheid) is niet bepaald.

internemarktinstrumenten kan worden aangetast of dat het nationale contractenrecht kan worden geharmoniseerd door een Europese instrument dat geen contractuele rechtsgevolgen noemt (zoals nietigheid).⁷²¹

Het Hof van Justitie EU heeft verder in de zaak *James Elliott Construction* in antwoord op prejudiciële vragen van het Ierse Supreme Court geoordeeld dat de Richtlijn Bouwproducten⁷²² niet strekt tot harmonisatie van de nationale regels die van toepassing zijn op koopovereenkomsten.⁷²³ De feitelijke toedracht zal uitgebreid worden besproken omdat deze laat zien hoe een niet-bindende geharmoniseerde norm toch werking kan krijgen tussen private partijen via een contract. In hoofdstuk 6 volgen hiervan meer voorbeelden. De antwoorden van het Hof van Justitie EU geven informatie over het harmonisatiebereik van EU-productveiligheidsrecht in relatie tot het overeenkomstenrecht.

James Elliott Construction Ltd. (hierna: 'Elliott'), een grote aannemer in Ierland, werd ingeschakeld voor de bouw van een jeugdcentrum in Dublin. Volgens de door de opdrachtgever, Ballymun Regeneration Limited, aan Elliott verstrekte specificaties moest de vloer van het gebouw worden aangelegd op een ondergrond van 225 mm sterk gecompriëerde ruwe steenslag 'Clause 804'. 'Clause 804' is een aanduiding die stamt uit specificaties van het Ierse ministerie van Ondernemingen, Handel en Werkgelegenheid⁷²⁴ en moet worden gezien als '*a specification for material superior to what is usually needed for construction and underfloor support*'.⁷²⁵ Elliott kocht deze bouwmaterialen in bij Irish Asphalt Limited (hierna: 'Irish Asphalt') zonder te vermelden waarvoor het materiaal bestemd was. Tussen 27 augustus 2004 en 17 december 2004 leverde Irish Asphalt een als 'Clause 804' aangeduid product aan Elliott voor een totaalbedrag van € 25.000,- plus btw. Na voltooiing van het project ontstonden scheuren in de muren en vloeren van

⁷²¹ Uitzondering is de incidentele werking uit HvJ EG 26 september 2000, C-443/98, ECR I-7535 (*Unilever/Central Food*). Het aantasten van de partijautonomie in die zaak was evenwel niet het doel en de strekking van de notificatierichtlijn, maar het uiteindelijke effect van het ontbreken van binding van het nationale recht dat niet was genotificeerd. In de juridische literatuur bestaat uitgebreide theorievorming over de zogeheten '*constitutionalisation of contract law*', Cherednychenko 2007, p. 5 en aldaar genoemde bronnen, Low & Muir 2013, p. 1159 e.v. Deze theorievorming zal hier niet nader aan de orde komen. Zie voorts nog Reich 2014, p. 17 e.v., die spreekt van het Europese beginsel van privaatrecht van '*framed autonomy*': '*Autonomy and its corollary, freedom of contract, are 'framed' by EU Civil law by being both granted and limited.*' De belangrijkste autonomiebeperkende maatregelen van EU-recht zijn die uit primaire en secundaire wetgeving zoals mededingingsrecht en bepalingen die de economische belangen van '*weaker parties*' beschermen zoals consumenten en gelijke behandeling, zie p. 20.

⁷²² Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde producten (*PbEG* 1989, L 40) (Richtlijn Bouwproducten). Vanaf 1 juli 2013 is de Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten) van toepassing.

⁷²³ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*).

⁷²⁴ Meer in het bijzonder ging het om *Granular Material Type B/804* volgens de National Road Authority (*NRA*) *Specification for Roadworks Series 800*. De versie uit 2004 was van toepassing in deze zaak. De recentste versie is uit 2013: <http://www.tiipublications.ie/library/CC-SPW-00800-04.pdf>

⁷²⁵ Zoals weergegeven onder 10 van de uitspraak van het Supreme Court, onder verwijzing naar het High Court onder 40.

het gebouw. De schade was zodanig dat het gebouw niet zou kunnen worden gebruikt. Elliott nam de verantwoordelijkheid op zich en voerde saneringswerkzaamheden uit voor ten minste 1,55 miljoen euro, die zij op Irish Asphalt trachtte te verhalen, stellende dat de schade te wijten was aan uitzetting door pyrietoxidatie ('*pyrite heave*') door de vermeende aanwezigheid van pyriet in het Clause 804-toeslagmateriaal.

Na een lange procedure waarin de feitelijke toedracht centraal stond, oordeelde het High Court uiteindelijk dat de overeenkomst tussen Elliott en Irish Asphalt voorzag in de levering van het Clause 804-toeslagmateriaal. Het volgde bovendien Elliotts betoog dat deze specificatie impliceerde dat het product moest worden getest via de methoden als genoemd in de geharmoniseerde norm voor toeslagmaterialen onder de Richtlijn Bouwproducten, I.S. EN 13242:2002.⁷²⁶ De Richtlijn Bouwproducten is een Nieuwe Aanpak-richtlijn die werkt met het bewijsvermoeden van overeenstemming met de essentiële eisen (nr. 40 en hoofdstuk 4).⁷²⁷ De geharmoniseerde norm in kwestie bond Irish Asphalt derhalve niet via dwingende wettelijke verwijzing, maar Irish Asphalt had zichzelf gebonden via een contractueel beding (namelijk de specificatie 'Clause 804').

Na beoordeling van het bewijsmateriaal inclusief de resultaten van de tests conform I.S. EN 13242:2002 van het gebruikte toeslagmateriaal, kwam het High Court tot de conclusie dat het materiaal in verschillende opzichten niet aan de specificaties voor Clause 804 voldeed en dat Irish Asphalt derhalve de overeenkomst met Elliott niet was nagekomen.⁷²⁸ Het High Court oordeelde tevens dat naast de uitdrukkelijke verwijzing naar Clause 804, de impliciete vereisten (*implied terms*) uit de *Sale of Goods and Supply of Services Act 1980* onderdeel waren van de overeenkomst.⁷²⁹ (Zie over *implied terms*, nr. 134 en 154). Het toeslagmateriaal diende van gebruikelijke handelskwaliteit en geschikt voor het aan de leverancier meegedeelde gebruiksdoel te zijn (*merchantable quality and fit for purpose*), wat in dit geval betekende dat het voldoende inert, duurzaam en stabiel moest zijn. Het materiaal was in een later stadium getest volgens de I.S. EN 13242:2002 alsmede op andere manieren en bleek niet aan deze impliciete vereisten te voldoen.

Irish Asphalt ging in beroep bij het Supreme Court. Dit laatste stelde zes vragen aan het Hof van Justitie EU over de toepassing van geharmoniseerde normen onder de Richtlijn Bouwproducten en het daaraan gekoppelde bewijsvermoeden Nieuwe Aanpak in private verhoudingen. De vragen zagen

⁷²⁶ Een Iers guidance document bij de (*NRA*) *Specification for Roadworks Series 800* verwijst naar deze geharmoniseerde norm, zie Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11, onder 12 en 17.

⁷²⁷ Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde producten (*PbEG* 1989, L 40) (Richtlijn Bouwproducten), thans Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten). In deze instrumenten wordt niet het begrip '*essentiële eisen*', doch de term '*fundamentele voorschriften*' gehanteerd: de systematiek van de wetgeving en het doel van het gebruik van geharmoniseerde normen is echter conform de Nieuwe Aanpak.

⁷²⁸ Zoals weergegeven in Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11, onder 12.

⁷²⁹ Zoals weergegeven in Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11, onder 17.

mede op het harmonisatiebereik van het productveiligheidsrecht in relatie tot privaatrecht.⁷³⁰ De vragen en de antwoorden zullen in de volgorde van behandeling door het Hof van Justitie EU worden besproken.

Met vraag 1 onder a) wilde het Supreme Court weten of het Hof van Justitie EU bevoegd is tot uitleg van deze geharmoniseerde norm (lees: is deze integraal onderdeel van het EU-recht als bedoeld in art. 267 VWEU). Het Hof antwoordde dat geharmoniseerde normen wel deel uitmaken van het EU-recht in de zin van art. 267 VWEU. De gevolgen van dit oordeel voor de controle op geharmoniseerde normen komen uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 4.

Vraag 1 onder b) zag op het bewijs onder het nationale kooprecht en de vraag of het bezwaarlijk is dat de tests ter aantoning van non-conformiteit afwijken van de tests onder de geharmoniseerde norm en dat zij op een later moment waren uitgevoerd dan voor het 'in de handel brengen' (nr. 34). Hiermee wordt indirect gevraagd naar het harmonisatiebereik van de Richtlijn Bouwproducten. Zou de richtlijn immers mede het kooprecht omvatten dan zou met de gelding van het bewijsvermoeden onder de Nieuwe Aanpak wellicht ook de conformiteit zijn gegeven, reden waarom het Supreme Court voor dat geval ook wil weten wat nodig is om dat bewijsvermoeden te weerleggen.

Het Hof van Justitie EU overwoog echter expliciet:

'50 Niettemin zij eraan herinnerd dat richtlijn 89/106, zoals uit de vierde overweging ervan blijkt, tot doel heeft de handelsbelemmeringen uit de weg te ruimen door voorwaarden te scheppen waaronder bouwproducten vrij kunnen worden verhandeld binnen de Unie (zie in die zin arrest van 18 oktober 2012, Elenca, C-385/10, EU:C:2012:634, punt 15).

(...)

52 Noch richtlijn 89/106 noch de geharmoniseerde norm EN 13242:2002, en inzonderheid punt 6.3 van deze norm, waarin de voorschriften ter bepaling van het zwavelgehalte van het in die norm bedoelde toeslagmateriaal zijn neergelegd, harmoniseert dus de nationale regelingen inzake bewijs in het kader van een contractueel geschil als dat welk in het hoofdgeding aan de orde is. Dit geldt zowel wat de wijzen betreft waarop kan worden vastgesteld dat een bouwproduct beantwoordt aan de contractuele specificaties als wat het ogenblik betreft waarop deze vaststelling dient plaats te vinden.

53 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag, onder b), te worden geantwoord dat de geharmoniseerde norm EN 13242:2002 aldus moet worden uitgelegd dat zij voor de nationale rechter voor wie een geding aanhangig is over de uitvoering van een privaatrechtelijke overeenkomst die een partij ertoe verplicht om een bouwproduct te leveren dat in overeenstemming is met een nationale norm tot omzetting van deze geharmoniseerde norm, *niet bindend is* [cursivering GV], noch wat de wijzen betreft waarop kan worden vastgesteld dat een bouwproduct beantwoordt aan de contractuele specificaties, noch wat het ogenblik betreft waarop deze vaststelling dient plaats te vinden.'

⁷³⁰ Zie voor een toelichting op de prejudiciële vragen; Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Supreme Court (Ierland) op 30 december 2014 — James Elliott Construction Limited/Irish Asphalt Limited (Zaak C-613/14) (vertaling beschikbaar gesteld door MinBuZa).

Het Hof behandelde vervolgens vraag 3, namelijk of een private rechter gebonden is aan het bewijsvermoeden onder de Richtlijn Bouwproducten.⁷³¹ Hierop herhaalt het Hof dat de richtlijn niet mede nationale regels harmoniseert die van toepassing zijn op de overeenkomsten voor de verkoop van bouwproducten.⁷³²

‘Bijgevolg geldt het vermoeden van geschiktheid voor gebruik (...) niet wanneer in het kader van een contractueel geschil moet worden geoordeeld of een van de partijen bij de overeenkomst een nationaal vereiste van contractuele aard heeft nageleefd.’⁷³³

De betekenis van het Nieuwe Aanpak-vermoeden binnen een nationale contractenrechtelijke context wordt derhalve aan de nationale rechtsorde gelaten. Dat het bewijsvermoeden niet een-op-een het bewijs van conformiteit bij koop invult, is het logische gevolg van het beperkte harmonisatiebereik van het productveiligheidsrecht.⁷³⁴ Het bewijsvermoeden lijkt in de praktijk met name bestuursrechtelijke werking te hebben in verticale verhoudingen.⁷³⁵ Zoals we zullen zien, is deze uitleg bovendien in lijn met de nationale stelsels van privaatrecht die door mij zijn onderzocht, nu de naleving van publiekrechtelijke veiligheidseisen in die stelsels niet per definitie met zich brengt dat een tekortkoming afwezig is of dat sprake is van conformiteit bij koop (§ 6.3). (Vgl. ook de Richtlijn Productaansprakelijkheid dat geen ruim *regulatory compliance*-verweer kent, nr. 178). Mijns inziens mag uit de hiervoor weergegeven overweging overigens niet de conclusie worden getrokken dat het bewijsvermoeden voor het contractenrecht geheel betekenisloos is.⁷³⁶ Het Hof is niet gerechtigd te oordelen over uitleg van het nationale recht. Zoals uit hoofdstuk 6 zal blijken, kunnen producteisen en geharmoniseerde normen uit het productveiligheidsrecht via partijafspraken, uitleg en aanvulling toch de contractuele norm tussen partijen invullen. In zulke gevallen meen ik dat aan het bewijsvermoeden wel enige betekenis moet worden gehecht. Dit volgt alleen niet uit het EU-recht, maar uit het stelsel van het privaatrecht zelf.

Vraag 4 en 5 zagen op uitleg van de geharmoniseerde norm, maar werden door het Supreme Court voorwaardelijk gesteld, namelijk voor het geval de vraag 1 onder a) en vraag 3 positief werden beantwoord. Dit is de reden dat het Hof ze onbeantwoord laat. In hoofdstuk 4 en de slotbeschouwing (nr. 271)

⁷³¹ R.o. 54 t/m 61.

⁷³² R.o. 57.

⁷³³ R.o. 59.

⁷³⁴ R.o. 55 t/m 61.

⁷³⁵ Vgl. het Hof in de zaak *AMG. COS-MET*, waarin is vastgesteld dat producenten jegens de staat (lees: verticaal) rechten kunnen ontlenen aan bijvoorbeeld art. 4 lid 1 van dat bepaalt dat lidstaten producten die voldoen aan de productnormen bij die richtlijn niet mogen verbieden, verhinderen of beperken, HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, *NJB* 2007, 1168, *NTer* 2008, nr.7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*), r.o. 79, zoals besproken door Reich 2008.

⁷³⁶ Vgl. Concl. A-G onder 75, die oordeelt dat het vermoeden geen effect heeft.

licht ik toe waarom het Hof van Justitie EU ook in horizontale verhoudingen bereid moet zijn tot uitleg van geharmoniseerde normen.

Vraag 2 resteerde nog, namelijk of de nationale rechter die in een contractueel geschil moet oordelen over conformiteit bij koop, de nationale privaatrechtelijke normen buiten toepassing moet laten, omdat deze niet zijn genotificeerd onder de Notificatierichtlijn (zie nr. 2 over wat notificeren inhoudt en de aldaar aangehaalde zaken *CIA-security* en *Unilever*).⁷³⁷ Het Hof kwalificeert privaatrechtelijke vereisten niet als ‘technische eisen’ of ‘andere eisen’ in de zin van de Notificatierichtlijn, waardoor zij niet hoeven te worden genotificeerd.⁷³⁸ Het antwoord komt niet als een verrassing en is het enige juiste. Een notificatieplicht zou tot grote rechtsonzekerheid leiden in de lidstaten, aangezien in dat geval in potentie ook andere privaatrechtelijke vereisten en ongeschreven normen zou moeten worden genotificeerd om hun werking te behouden.⁷³⁹

3.4 DOELEN EN TE BESCHERMEN BELANGEN

84 Algemeen

Uit *Muñoz/Frumar* en *Schmitt/TÜV* volgt dat voor de beoordeling of met Europese verplichtingen rechten worden toegekend die moeten worden beschermd en zo ja, aan wie, het Hof van Justitie EU met name kijkt naar de doelen uit de considerans van de desbetreffende instrumenten. Daarbij valt met name in *Muñoz/Frumar* op dat uit het algemene doel c.q. het belang eerlijke mededinging uit de considerans, de bescherming van individuele concurrenten wordt afgeleid⁷⁴⁰ in de zin dat de naleving van de verplichtingen van marktdeelnemers door concurrenten moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces. Nu de considerans en daarin genoemde doelen de nadruk krijgen, wordt daarop hier gefocust. Daarbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat hoewel in voornoemde rechtspraak de nadruk op deze doelstellingen ligt, de considerans uiteindelijk niet altijd doorslaggevend hoeft te zijn. Per bepaling afzonderlijk moet uiteindelijk de strekking worden bepaald en daartoe kan mede naar andere factoren worden gekeken.⁷⁴¹ Deze doelen vormen evenwel belangrijke aanwijzingen.

⁷³⁷ De vraag was eerder al een opgeworpen door Weatherill 2001, p. 181, waarnaar wordt verwezen in de voornoemde verwijzingsbeslissing, p. 9: ‘*The opportunities for parties seeking to escape obligation that have become unappealing because of changing market conditions are real, and await the attention of ingenious legal minds ready to exploit the Unilever ruling. Might it be argued, for example, that a party in England to whom goods are delivered that are not of “satisfactory quality” within the meaning of section 14 of the Sale of Goods Act (as amended) can nevertheless not refuse to accept the goods on the basis of their non conformity with the statutory condition because the United Kingdom has not notified the Sale and Supply of Goods Act 1994 to the Commission?*’

⁷³⁸ R.o. 67 onder verwijzing naar het arrest

⁷³⁹ Volledigheidshalve wordt vermeld dat een Franse bewijsregel van B2B-contractenrecht dat nog niet is geharmoniseerd, volgens het HvJ evenmin een kwantitatieve beperking kan vormen, HvJ EG 24 januari 1991, C-339/89, ECLI:EU:C:1991:28 (*Alsthom Atlantique SA/Compagnie de Construction Mecanique Sulzer SA*), r.o. 15.

⁷⁴⁰ Vgl. in het kader van lidstaataansprakelijkheid ook Prechal 2006, p. 310.

⁷⁴¹ De bepaling moet in haar context worden geplaatst en worden uitgelegd in het licht van het recht als geheel, zijn doelstellingen en zijn ontwikkelingsstand op het moment waarop de betrokken bepaling moet

85 Interne markt en de overige doelen van EU-beleid: veiligheid, volksgezondheid en consumentenbescherming

Kijken we naar de considerans van diverse productveiligheidsinstrumenten dan zijn de totstandbrenging van de interne markt, de bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid en consumentenbescherming de belangrijkste doelen van productveiligheidsrecht.⁷⁴²

In de RAPV als horizontaalinstrument staat consumentenbescherming als doel van de daarin vervatte verplichtingen centraal, waardoor in het licht van *Muñoz* voor de hand ligt dat individuele consumenten aan die verplichtingen enige rechten kunnen ontlelen.⁷⁴³

Sectorspecifieke instrumenten concretiseren echter in veel mindere mate wiens belang met het instrument wordt beschermd. Soms worden in het kader van de doelstellingen van het instrument in de considerans niet zozeer de veiligheid van de consument, als wel algemene belangen als volksgezondheid en veiligheid genoemd.⁷⁴⁴ Soms worden wel groepen personen genoemd (zoals ‘patiënten, gebruikers of andere personen’ bij medische hulpmiddelen).⁷⁴⁵ Op bepalingsniveau zijn de specifieke verplichtingen van de marktdeelnemers soms wel, maar veelal niet zodanig geformuleerd dat deze expliciet *jegens* een

worden toegepast, HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT e.a.*), r.o. 20. Zie verder Dougan 2017, p. 134 die onder verwijzing naar *Dillenkorfer* en *Rechtberger* naast de considerans en de doelen nog de aard van de verplichtingen noemt. De uitlegmethoden zoals die door het Hof van Justitie EU worden gebezigd, zijn grotendeels gelijk aan die van de nationale rechters, namelijk tekstuele, systematisch en teleologische interpretatie, zie hierover uitgebreid o.a. Bengoetxea 1993, p. 218 e.v., Beck 2012, p. 187 e.v. en Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2013, p. 1 e.v.

⁷⁴² Vgl. Weatherill 2013a, p. 255 en 256, die m.b.t. de RAPV en de Speelgoedrichtlijn spreekt over een ‘*dual focus*’, bestaande uit enerzijds realisering van de interne markt en anderzijds consumentenbescherming in de zin van bescherming van diens gezondheid en veiligheid. Zie ook Reich e.a. 2014, p. 8-10 en Weatherill 2013c, p. 6, onder verwijzing naar de consumentenrechten zoals genoemd in Council Resolution on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy (*PbEG* 1975, C92/1), waarin ‘*the right to protection of health and safety*’ voor het eerst werd genoemd. Vgl. Reich en Micklitz die menen dat bij het privaatrechtelijke consumenten acquis, de doelen die binnen secundaire wetgeving worden genoemd niet altijd verschillen in gewicht of ondergeschikt aan elkaar te zijn. Zij leiden dit af uit HvJ EG 8 oktober 1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94 (*Dillenkofer e.a./Duitsland*) over de richtlijn pakketreizen, Reich e.a. 2014, p. 18.

⁷⁴³ Vb. considerans sub 4 Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw): ‘*Om een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen moet de Gemeenschap bijdragen tot de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de consument. Horizontale Gemeenschapswetgeving ter invoering van een algemeen productveiligheidsvereiste en bepalingen betreffende de algemene verplichtingen van de producenten en distributeurs, betreffende de handhaving van de communautaire productveiligheidseisen en betreffende snelle uitwisseling van informatie en maatregelen op communautair niveau in bepaalde gevallen dienen tot dit doel bij te dragen.*’

⁷⁴⁴ Vb. considerans sub 4 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica): ‘*Deze verordening harmoniseert in hoge mate de regels in de Gemeenschap om tot een interne markt voor cosmetische producten te komen en tevens een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te waarborgen.*’

⁷⁴⁵ Vb. considerans sub 101 van de Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen): ‘*(...)hoge mate van bescherming van de gezondheid en veiligheid van patiënten, gebruikers en andere personen*’. Vgl. ook HvJ EG 19 november 2009, C-288/08, ECLI:EU:C:2009:718 (*Kemikalieinspektionen/Nordiska Dental AB*), r.o. 29 als aangehaald in Schmitt: ‘*Wat richtlijn 93/42 [medische hulpmiddelen OUD] betreft, blijkt met name uit de overwegingen van de considerans hiervan dat zij niet alleen de bescherming van de gezondheid stricto sensu tot doel heeft, maar tevens de veiligheid van personen. Bovendien heeft zij niet slechts betrekking op gebruikers van medische hulpmiddelen en patiënten, maar meer algemeen op „derden” en „andere personen”.*’

bijzondere persoon gelden.⁷⁴⁶ Hoewel deze inconsistenties vanuit wetgevingsperspectief en met het oog op de rechtszekerheid bezwaarlijk zijn, dient de civiele rechter er rekening mee te houden dat het Hof van Justitie uit algemene belangen de bescherming van individuele belangen kan afleiden (*Muñoz*), waardoor dit soort nuances die op nationaal niveau bij bijvoorbeeld relativiteit een rol spelen (§ 7.3.1.4) bij de uitleg van EU-verplichtingen minder relevant zouden kunnen zijn.

Soms wordt de koppeling tussen normadressaat en het beschermde belang bij richtlijnen gemaakt in de verplichting van de lidstaten. Zo vermeldt art. 4 lid 1 Machinerichtlijn:

‘De lidstaten treffen alle dienstige maatregelen om te waarborgen dat machines uitsluitend in de handel gebracht en/of in bedrijf gesteld kunnen worden indien zij voldoen aan de erop van toepassing zijnde bepalingen van de richtlijn en geen gevaar opleveren voor de veiligheid en de gezondheid van personen en, in voorkomend geval, huisdieren of goederen, wanneer zij op passende wijze worden geïnstalleerd en onderhouden en overeenkomstig hun bestemming of in redelijkerwijze voorzienbare omstandigheden worden gebruikt.’⁷⁴⁷

Voor art. 157 VWEU is reeds uitgemaakt dat hoewel deze bepaling is gericht aan de lidstaten, dit niet aan het toekennen van rechten aan particulieren in de weg hoeft te staan.⁷⁴⁸ Leest men art. 4 lid 1 Machinerichtlijn in het Europese perspectief dan lijken de individuele belangen van personen in het algemeen, bedrijfsmatige gebruikers en andere derden die aan het product worden blootgesteld daartoe behorend,⁷⁴⁹ met de essentiële eisen uit de Machinerichtlijn en daarmee samenhangende verplichtingen te worden beschermd. Daarbij gaat het – blijkens de tekst – niet alleen om hun persoonlijke veiligheidsbelang, doch ook dat van hun goederen en huisdieren.

Los van de bewoordingen uit de considerans moeten richtlijnen en verordeningen als instrumenten met regels afgeleid van het Verdrag mede worden uitgelegd in licht van de verdragsbepalingen. De verdragsbepalingen bevestigen deze algemene doelen – interne markt,⁷⁵⁰

⁷⁴⁶ Uitzonderingen vormen de post-marketingmededelingsplichten naar boven en naar beneden in de keten, zie hoofdstuk 2.

⁷⁴⁷ Art. 4 lid 1 Richtlijn 2006/42/EG (Machines). Zie ook considerans sub 3. In de nationale implementatie van de Machinerichtlijn onder art. 1 onder 4 Warenwetbesluit Machines staat bij de definitie van essentiële gezondheids- en veiligheidseisen vermeld: ‘bepalingen betreffende het ontwerp en de bouw van machines om te zorgen voor een hoog niveau van de veiligheid of gezondheid van de mens en, in voorkomend geval, van huisdieren en de veiligheid van zaken en, indien van toepassing, de bescherming van het milieu, als bedoeld in bijlage I bij de richtlijn.’

⁷⁴⁸ HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne/Sabena II*), r.o. 31: ‘Indeed, as the Court has already found in other contexts, the fact that certain provisions of the Treaty are formally addressed to the Member States does not prevent rights from being conferred at the same time on any individual who has an interest in the performance of the duties thus laid down.’

⁷⁴⁹ Vgl. ook HvJ EG 19 november 2009, C-288/08, ECLI:EU:C:2009:718 (*Kemikalieinspektionen/Nordiska Dental AB*), r.o. 29 zoals hiervoor aangehaald.

⁷⁵⁰ Uit de grondslag voor harmonisatie volgen het tot stand brengen en bevorderen van de interne markt en het bevorderen van het vrije verkeer van goederen als doelen, zoals voor de Richtlijn 93/42/EEG (Medische

consumentenbescherming⁷⁵¹ en bescherming van de volksgezondheid.⁷⁵² Daarnaast zijn de instellingen van de EU en de lidstaten bij het ten uitvoer brengen van EU-recht aan het Handvest van Grondrechten van de EU gebonden (art. 51 lid 1 Handvest). Zo verwijst het Handvest naar een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid in art. 35 Handvest en wordt consumentenbescherming in art. 38 Handvest genoemd. Veel maatregelen vormen een beperking van het recht op vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest), doch zijn volgens de Europese Commissie ‘noodzakelijk om een hoog veiligheidsniveau van (...) producten te waarborgen’.⁷⁵³ Daarnaast houden de regels verband met art. 6 Handvest (dat aansluit bij art. 5 EVRM) zijnde het recht op vrijheid en veiligheid en in art. 17 Handvest (dat aansluit bij art. 1 van het eerste protocol EVRM), zijnde het recht op eigendom. Deze handvestbepalingen illustreren het gewicht van de bescherming van deze doelen en belangen.⁷⁵⁴ Zoals blijkt uit de hoofdstukken 6 en 7 (nr. 265) is de civielrechtelijke bescherming van personen tegen schade aan hun lichamelijke integriteit en hun zaken ruim. De bescherming van andere belangen, zoals bescherming tegen economische schade, is minder evident.

86 Eerlijke mededinging als expliciet doel

Productveiligheidsrecht is geen mededingingsrecht *stricto sensu* (denk aan art. 101 en 102 VWEU). Eerlijke mededinging is een exclusieve bevoegdheid en vormt niet de grondslag voor harmonisatie van EU-productveiligheidsrecht (nr. 37).⁷⁵⁵ Desalniettemin komt het soms als expliciet doel in de secundaire productveiligheidsinstrumenten terug.⁷⁵⁶ Komt het terug, dan wordt het in

hulpmiddelen (oud)) bevestigd in HvJ EU 14 juni 2007, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337 (*Medipac-Kazantzidis AE/Venizeleio-Pananeio*), r.o. 51.

⁷⁵¹ Art. 169 lid 1 VWEU: ‘Om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Unie bij tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van consumenten (...)’. Art. 12 VWEU: ‘Met de eisen terzake van consumentenbescherming wordt rekening gehouden bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en het optreden van de Unie op andere gebieden.’ Zie ook Weatherill 2013a, p. 256 (tevens verwijzend naar art. 114 lid 3 VWEU, m.b.t. de RAPV en de Speelgoedrichtlijn). ‘The right to the protection of health and safety of the consumer’ werd als eerste als recht van de consument genoemd in de Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy (*PbEG* 1972, C92/1), Weatherill 2013c, p. 6.

⁷⁵² Art. 168 lid 1 VWEU bevat als algemene beleids- en reguleringsdoelstelling het verzekeren van ‘een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid’. Uit art. 114 lid 3 VWEU volgt dat de Commissie bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming zal uitgaan van een hoog beschermingsniveau; ‘daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd.’ En: ‘Ook het Europees Parlement en de Raad zullen binnen hun respectieve bevoegdheden deze doelstelling trachten te verwezenlijken.’

⁷⁵³ Vgl. COM(2013) 78 final - Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on consumer product safety and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC, p. 6.

⁷⁵⁴ De zelfstandige betekenis van deze handvestbepalingen is niet nader onderzocht.

⁷⁵⁵ Grondslag voor harmonisatie van het mededingingsrecht is art. 3 lid 1 sub b VWEU. Zie ook het 27^{ste} protocol bij het werkingsverdrag.

⁷⁵⁶ Dit doel ontbreekt overigens in het Geneesmiddelenwetboek, de Cosmeticaverordening en de Machinerichtlijn. Zie bijv. considerans sub 4 Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek): ‘De verschillen tussen sommige nationale voorschriften inzonderheid tussen de voorschriften inzake geneesmiddelen [...]’

oudere instrumenten soms in de marge als aanleiding voor harmonisatie aangestipt (hierna: overwegingen ‘oude stijl’). Zo vermeldt de RAPV uit 2001:

‘Dergelijke verschillen [lees: in niveau van bescherming] en het ontbreken van horizontale wettelijke voorschriften in sommige lidstaten kunnen leiden tot handelsbelemmeringen en mededingingsvervalsingen binnen de interne markt’.⁷⁵⁷

Echter, in nieuwe sectorspecifieke Nieuwe Aanpak-wetgeving zoals in de recentelijk herziene richtlijnen van het *alignment package* (zie nr. 30),⁷⁵⁸ de Richtlijn Speelgoed en de Richtlijn Pleziervaartuigen⁷⁵⁹ wordt eerlijke mededinging als expliciet doel *van naleving van de verplichtingen door marktdeelnemers* benoemd, gelijkwaardig aan het bereiken van een hoog niveau van bescherming van consumenten en de volksgezondheid.⁷⁶⁰ In het Modelbesluit staat namelijk vermeld:

‘Het is de verantwoordelijkheid van de marktdeelnemers dat producten in overeenstemming zijn met deze richtlijn, gelet op de respectieve rol die zij vervullen in de toeleveringsketen, teneinde voor een hoog niveau van bescherming van onder deze richtlijn vallende algemene belangen te zorgen en eerlijke mededinging op de markt van de Unie te waarborgen.’⁷⁶¹

De aannahme op EU-niveau dat het niet-naleven van productveiligheidsrecht resulteert in oneerlijke mededinging waartegen moet worden opgekomen, vindt zijn oorsprong in o.a. *public consultation* naar aanleiding van het *New Legislative Framework* (nr. 2):⁷⁶²

hebben ten gevolge dat de handel in geneesmiddelen binnen de gemeenschap wordt belemmerd en daardoor rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt. Considerans sub 5: ‘Het is derhalve van belang deze belemmeringen op te heffen en omdeze doelstelling te verwezenlijken is een aanpassing van de desbetreffende voorschriften noodzakelijk.’ Considerans sub 4, Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica): ‘Deze verordening harmoniseert in hoge mate de regels in de Gemeenschap om tot een interne markt voor cosmetische producten te komen en tevens een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te waarborgen.’ Richtlijn 2006/42/EG (Machines).

⁷⁵⁷ Considerans sub 3 RAPV. Sub 4 wordt consumentenbescherming als doel genoemd.

⁷⁵⁸ Considerans sub 6 Richtlijn 2014/35/EU (Laagspanning, herschikking), sub 16 Richtlijn 2014/30/EU (EMC-richtlijn, herschikking), sub 10 Richtlijn 2014/34/EU (ATEX-producten, herschikking), sub 8 Richtlijn 2014/33/EU (Liften), sub 7 Richtlijn 2014/29/EU (Eenvoudige drukvaten), sub 11 Richtlijn 2014/28/EU (Explosieven voor civiel gebruik, herschikking). Zie ook sub 28 Verordening (EU) 2016/424 (Kabelbaaninstallaties).

⁷⁵⁹ Considerans sub 9 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed) en sub 9 Richtlijn 2013/53/EU (Pleziervaartuigen).

⁷⁶⁰ Vb. considerans sub 9 van Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed): ‘*Speelgoed dat in de communautaire handel wordt gebracht, dient te voldoen aan de desbetreffende communautaire wetgeving en het is de verantwoordelijkheid van de marktdeelnemers dat hun speelgoed voldoet aan de gestelde eisen, in overeenstemming met de respectieve rol die ze vervullen in de toeleveringsketen, teneinde algemene belangen zoals gezondheid en veiligheid, en de consumenten en het milieu in grote mate te beschermen en eerlijke mededinging op de communautaire markt te waarborgen.*’ Een bijna gelijkkluidende bepaling vormt considerans sub 9 Richtlijn 2013/53/EU (Pleziervaartuigen). In Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) komt het doel niet terug.

⁷⁶¹ Overweging 17 Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit)

⁷⁶² SEC(2011) 1376 final - New Legislative Framework (NLF) Alignment Package (Implementation of Goods Package) Commission Staff Working Paper. Impact Assessment. Accompanying document to the 10 Proposals

'Operators not adhering to the rules can make significant savings on compliance costs by, for example, avoiding costly conformity assessment procedures. They can consequently offer their products at lower prices than their competitors who respect the law. The situation "punishes" the law-abiding manufacturer, as compliance becomes a "competitive disadvantage". 87% of economic operators responding to the public consultation consider that they suffer from unfair competition due to this situation.'

De naleving van verplichtingen uit instrumenten die naar het Modelbesluit zijn gemodelleerd, waarin dit doel terugkomt, moet mijns inziens uit hoofde van doeltreffendheid door concurrenten kunnen worden verzekerd in een civiel proces (vgl. *Muñoz*).

De vraag is of de Europese en nationale civiele rechter het doel en de strekking van oude en nieuwe instrumenten vanwege tekstuele verschillen in de considerans ook anders dienen te interpreteren. Grammaticaal zou men de overwegingen 'oude stijl' kunnen interpreteren als doel van harmonisatie en niet als doel van de verplichtingen als deze eenmaal zijn ingevoerd, waardoor de economische belangen van concurrenten niet door de in het instrument genoemde verplichtingen lijken te worden beschermd of concurrenten daaraan geen privaatrechtelijke rechten zouden kunnen ontleen. Nu men secundair EU-recht echter mede teleologisch en systematisch (onder meer in het licht van het EU-Verdrag en Werkingsverdrag) dient uit te leggen, is de tekst alleen weliswaar niet doorslaggevend. De bescherming van de eerlijke mededinging c.q. concurrentie zou via verdragsconforme uitleg ook in gevallen waarin dit doel niet expliciet in de considerans is benoemd, als strekking van de verplichtingen kunnen worden gezien, waaraan privaatrechtelijke rechtgevolgen kunnen worden verbonden. Het belang van een eerlijke mededinging zou daarnaast mede besloten kunnen liggen in het eerdergenoemde doel van het wegnemen van handelsbelemmeringen en het tot stand brengen van de interne markt. Het aannemen van deze strekking voor alle productveiligheidsverplichtingen heeft – zoals we zullen zien – als voordeel dat wellicht een prikkel vanuit het privaatrecht kan worden gerealiseerd die in potentie zou kunnen bijdragen aan meer preventie en daardoor een indirecte vorm van consumentenbescherming. Anderzijds is het aannemen van deze strekking bezwaarlijk in het licht van de rechtszekerheid en legaliteit, gezien de oorspronkelijke bevoegdheidsverdeling tussen de EU en haar lidstaten: in beginsel geven deze laatste de sancties en remedies vorm. In dat licht is het wenselijker dat deze doelen door de wetgever ook met zoveel woorden in de considerans worden genoemd, zodat over uitleg en strekking van het beschermingsdoel van productveiligheidsrecht geen twijfel hoeft te

to Align Product Harmonisation Directives to Decision No 768/2008/EC, p. 17. Zie ook de aangehaalde quote onder noot 24: *'Quote from reply obtained in the 2006 public consultation on the NLF: "Expert estimations say that fulfilling the safety and administrative provisions required by our regulations can add up to a fifth of total manufacturing costs. In the absence of efficient enforcement mechanisms some manufacturers might be tempted to "take the easy way" and to market non-compliant products."*

bestaan en het Hof van Justitie EU niet de grenzen van diens bevoegdheid via te ruime uitleg hoeft te overschrijden (zie hierna). Gelukkig noemt de wetgever de bescherming van de eerlijke mededinging in recentste instrumenten expliciet als doel.

87 Wel of geen bescherming van de economische belangen van marktdeelnemers in de keten

Uit de tekst van de instrumenten en voornoemde doelen van het secundaire productveiligheidsrecht zoals die kunnen worden afgeleid uit de consideransen, de verdragen en het handvest, blijkt niet expliciet dat productveiligheidsrecht en de daarin vervatte verplichtingen mede dienen om de economische belangen van andere marktdeelnemers in de keten te beschermen. Wat onder eerlijke mededinging in voornoemde zin moet worden verstaan is nog niet uitgelegd. Bij een strikte interpretatie ziet het op de bescherming van concurrentiebelangen en niet direct op partijen binnen dezelfde handelsketen die niet met elkaar mededingen c.q. concurreren. Indien een fabrikant fraudeert met de verklaring van overeenstemming en ten onrechte een CE-markering aanbrengt en een distributeur lijdt hierdoor reputatieschade of krijgt na ontdekking door de autoriteiten een waarschuwing dan wel last tot bestuursdwang opgelegd tot het terugnemen van reeds uitgeleverde de producten waarvoor kosten moeten worden gemaakt, dan kan deze bijvoorbeeld belang hebben bij een gebod tot nakoming van de recall-plicht jegens de fabrikant. In het licht van de bewoordingen van de instrumenten lijken de door de fabrikant na te leven of reeds geschonden plichten niet direct te strekken tot bescherming van de economische belangen van de distributeur.⁷⁶³ Dergelijke praktijken kunnen *de facto* natuurlijk de handel belemmeren en het vertrouwen in de interne markt en daarmee de werking ervan schaden. Een verwijzing naar eerlijke *handel* in de considerans, hetgeen eerder met individuele belangen van partijen in de keten correspondeert, zoals in de verordeningen uit *Muñoz* of in de Warenwet (nr. 74), ontbreekt echter. De beantwoording van de vraag of met deze verplichtingen Europese rechten aan andere marktdeelnemers in de keten rechten worden toegekend, vormt in zekere zin een rechtspolitieke keuze. Voor wat betreft de uitlegfase van het geschreven recht is dit een vraag van EU-recht.⁷⁶⁴ Indien men ervan overtuigd is dat privaatrechtelijke handhaving een wezenlijke bijdrage kan leveren aan de naleving van deze verplichtingen (zoals het Hof in *Muñoz* van oordeel lijkt te zijn, doch empirisch nog onzeker

⁷⁶³ Op bepalingsniveau zijn slechts de mededelingsplichten expliciet gericht op de schakels boven en onder in de keten (zie hoofdstuk 2). De overige plichten lijken tekstueel gezien niet geschreven met het oog op individuele belangen van marktdeelnemers in de keten. Art. 10 lid 16 van de nieuwe Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) lijkt een uitzondering nu daarin expliciet een recht op schadevergoeding voor rechtspersonen wordt genoemd. De bepaling verwijst wel weer naar het Unierecht en het nationale recht en expliciteert niet welke rechtspersonen een dergelijk recht toekomt.

⁷⁶⁴ Vgl. in algemene zin in het kader van lidstaataansprakelijkheid eerder Meijer 2007, p. 114.

is),⁷⁶⁵ pleit dit voor een ruime uitleg van de strekking van de verplichtingen. Marktdeelnemers zullen als onderdeel van de handelsketen veelal de meeste kennis over inbreuken bezitten (bijvoorbeeld doordat zij klachten ontvangen van afnemers).⁷⁶⁶ Daarnaast zullen deze actoren in de praktijk van de schending van productnormen het meeste nadeel ondervinden en dit het eerste voelen, met name in hun portemonnee. Ik ben dan ook geneigd marktdeelnemers in de keten privaatrechtelijke rechtsbescherming toe te kennen. Verdere argumenten voor en tegen, mede vanuit nationaal privaatrechtelijk perspectief, zullen bij de bespreking van relativiteit van de wettelijke verplichtingen (§ 7.3.1.4) en zorgplichten onder het ongeschreven recht (§ 7.3.2.4) de revue passeren.

Uiteraard worden regelmatig andere te beschermen algemene belangen als de duurzaamheid en het milieu genoemd doch de horizontale betekenis van die belangen wordt niet behandeld (zie nr. 6).

3.5 GEVOLGEN VAN HET EUROPESE KADER VOOR PRIVAATRECHTELIJKE NORMSTELLING

88 Beperkt harmonisatiebereik en geen Europees recht op schadevergoeding

Wat betekent voornoemd kader voor de toepassing van Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen in de in dit onderzoek centraal staande horizontale verhoudingen?

Het Europese productveiligheidsrecht strekt niet tot volledige harmonisatie van het gehele privaatrecht en dus de privaatrechtelijke normen die de normstelling tussen marktdeelnemers in de keten en eindgebruikers dan wel concurrenten beheersen. Het harmonisatiebereik van het productveiligheidsrecht is in relatie tot het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht beperkt (vgl. *Schmitt*). Het Europese productveiligheidsrecht harmoniseert evenmin het privaatrechtelijke kooprecht en de daarbinnen geldende vereisten (*James Elliott*).

Europese producteisen zijn in combinatie met de pre-marketingverplichtingen, anders dan art. 101 VWEU of het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schending van EU-recht, in mijn ogen geen zelfstandige bron van bijvoorbeeld een Europees recht op schadevergoeding (vgl. *Schmitt*). De belangrijkste uitzondering hierop vormt de aansprakelijkheid

⁷⁶⁵ Zie voor nationale aanhangers van een meer instrumentele visie op privaatrecht onder meer De Jong 2016, p. 1 e.v.; Keirse 2017, p. 6 e.v.; Spier 2014, paragraaf 3. Zie voor belangrijke nuancerings, Hartlief 2017, p. 2303. A-G Spier vat de vraag naar preventieve werking van aansprakelijkheidsrecht samen als een discussie tussen 'believers' en 'non-believers', overweging 5.17 bij HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).

⁷⁶⁶ Indien private partijen binnen de respectieve relaties meer kennis bezitten over de niet-naleving dan autoriteiten, kan dit pleiten voor een nadere afstemming tussen publieke en private handavingsinstrumenten. Vgl. Van Boom maar dan ten aanzien van de handhaving van het privaatrecht zelf via privaatrechtelijke remedies, van Boom 2007b, p. 9. Meer in het algemeen, van Boom 2006a, p. 30 onder verwijzing naar Shavell 1984b, p. 271 e.v.

van de gemachtigde onder de Verordening Medische hulpmiddelen jegens slachtoffers van gebrekkigheid van deze hulpmiddelen (nr. 58). Voor de overige rechtsverhoudingen geldt dat bij zowel producteisen en verplichtingen uit verordeningen als uit richtlijnen niet het productveiligheidsrecht zelfstandig, maar in combinatie met het Europese en nationale privaatrecht de bron van verbintenissen is (*James Elliott* en vgl. *Schmitt*).

89 Ruim beschermingsbereik: ten minste enige civielrechtelijke rechtsbescherming voor bepaalde personen

Aan Europese producteisen, en dan met name in de daarmee samenhangende verplichtingen voor marktdeelnemers, kunnen echter, ook indien slechts algemenere doelen worden genoemd, toch rechten worden ontleend door bepaalde private personen, waardoor ook in een privaatrechtelijke context aan hen een zekere minimale rechtsbescherming moet worden geboden (vgl. *Muñoz*).

Met Europese producteisen en de daarmee samenhangende verplichtingen worden meerdere doelen nagestreefd en belangen beschermd, namelijk enerzijds de totstandbrenging van de interne markt en anderzijds de bescherming van de volksgezondheid, van consumenten en van veiligheid. Deze doelen komen in alle instrumenten terug, zij het dat deze soms wat algemener (sectorspecifieke wetgeving) soms wat meer gericht op concrete personen – bijvoorbeeld consumenten in de RAPV – zijn geformuleerd.

Met de naleving van verplichtingen wordt echter ook een eerlijke mededinging nagestreefd. Dit doel komt als zodanig niet altijd expliciet in de secundaire wetgeving terug. Het verschil in doelen in de considerans per instrument valt lastig te verklaren of te rechtvaardigen en veroorzaakt rechtsonzekerheid ten aanzien van de vraag welke partijen rechten kunnen ontleenen aan het productveiligheidsrecht, of deze rechten nu direct voortvloeien uit het EU-recht dan wel gestalte krijgen via het nationale privaatrecht. Daar waar eerlijke mededinging wordt genoemd lijken concurrenten rechten te kunnen ontleenen aan productveiligheidsrecht, doch of ook de economische belangen van marktdeelnemers zijn beschermd, is onzeker.

90 Uitzonderingen die de regel bevestigen: aansprakelijkheid gemachtigde in de Vo. Medische Hulpmiddelen en de Richtlijn Productaansprakelijkheid

De impact van EU-recht op het privaatrecht is, onder invloed van het doeltreffendheidsbeginsel in de nationale rechtsorde, groter indien een richtlijn of verordening subjectieve vermogensrechten, privaatrechtelijke remedies of 'sanctioneringsrechten' expliciet harmoniseert zoals de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordening Medische hulpmiddelen of de aansprakelijkheid van de producent onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid. In dat geval heeft de doeltreffendheid grote invloed op de invulling van bijbehorende vereisten voor aansprakelijkheid (vgl. de voorbeelden voor het mededingingsrecht onder nr. 80). Zo dient de te

vergoeden schade bij productaansprakelijkheid – die deels aan het nationale recht wordt gelaten – bijvoorbeeld billijk en volledig te zijn.⁷⁶⁷ Kiest een lidstaat bewust voor handhaving door middel van bepaalde privaatrechtelijke remedies, dan vormen deze sancties in de zin van de sanctieclausule (nr. 72) en lijkt mij de doeltreffendheidstoets eveneens indringender. Deze sancties dienen voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn.⁷⁶⁸

91 Maximum harmonisatie, minimumnormen in het privaatrecht

Een van de gevolgen van hybridisering enerzijds en het beperkte harmonisatiebereik in relatie tot privaatrecht anderzijds is dat de Europeesrechtelijke maximumharmonisatienormen binnen het harmonisatiebereik in het privaatrecht dat daarbuiten ligt functioneren als minimumnormen.⁷⁶⁹ Doordat EU-recht strikt genomen geen onderscheid maakt tussen publiekrecht en privaatrecht is in het financieel toezichtrecht een academische discussie aangezwengeld over de implicaties van met name maximumharmonisatie buiten het traditionele consumenten acquis voor normstelling in het privaatrecht.⁷⁷⁰ De scholenstrijd kent enerzijds auteurs die uitgaan van een ruimer harmonisatiebereik van de MIFID I en II waardoor de normen daaruit, waarvan door sommigen wordt aangenomen dat ze maximumharmonisatie beogen,⁷⁷¹ ook in het privaatrecht zowel het plafond als de vloer van het beschermingsniveau zouden dicteren.⁷⁷² Daartegenover staat het kamp dat uitgaat van een beperkt harmonisatiebereik, waardoor

⁷⁶⁷ HvJ EG (Vijfde kamer) 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veedfald/Arhus Amtskommune*), r.o. 27. In dat geval worden ook striktere eisen aan de omzetting gesteld (o.a. vereiste dwingende kracht en specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid), HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*), r.o. 48 en aldaar genoemde rechtspraak.

⁷⁶⁸ Vgl. HvJ EG 8 november 1990, C 177/88, ECLI:EU:C:1990:383 (*Dekker*), waarin het HvJ EU oordeelde dat met het toepassen Nederlandse vereisten ‘aanwezigheid van schuld’ en ‘afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’ bij de beoordeling van aansprakelijkheid op grond van ongelijke behandeling, het nuttig effect van de uitgangspunten van de richtlijn zou worden verzwakt. Voorts HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson, Kamann/Nordrhein-Westfalen*), zoals ook aangehaald door Van Boom 2006, p. 17. De Duitse implementatiebepalingen van Richtlijn 76/207 (gelijke behandeling) schreef expliciet schadevergoeding voor als enige sanctie of remedie op schending van de richtlijn. Indien een lidstaat voor dergelijke sanctionering kiest, dan dient die sanctionering ook voldoende doeltreffend en afschrikkend te zijn en dus geen symbolische vergoeding in te houden, zie r.o. 28 van voornoemd arrest. Prechal 2005a, p. 88 en 89, die op zowel *Dekker* als *Von Colson* wijst.

⁷⁶⁹ Zie ook Verbruggen 2018, p. 849 die opmerkt dat aard en doelstelling van de regelingen verschillen.

⁷⁷⁰ Cherednychenko 2014a, p. 62; Caria 2014, paragraaf 4.3; Busch 2012, p. 394 en 395. Zie ook Wallinga 2018, p. 65. Vgl. ook maximumharmonisatie in meer privaatrechtelijke instrumenten als Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid) en Richtlijn 2005/29/EG (Oneerlijke handelspraktijken), Asser/*Hartkamp 3-I* 2018/177; Weatherill 2012, p. 188 en Mak 2011. Maximumharmonisatie hoeft uiteraard geen uitputtende harmonisatie te betekenen.

⁷⁷¹ Cherednychenko 2014b, p. 672 onder verwijzing naar P.O. Mülbert, ‘The Eclipse of Contract Law in the Investment Firm-Client-Relationship: The Impact of the MiFID on the Law of Contract from a German Perspective’, in G. Ferrarini & E. Wymeersch (eds), *Investor Protection in Europe: Corporate Law Making, the MiFID and beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 299 at 318 (niet geraadpleegd) en V. Colaert, *De rechtsverhouding financiële dienstverlener-belegger* (Brugge: Die Keure, 2011), pp. 347–348 (niet geraadpleegd); Busch 2012, p. 386 at 395 et seq. Zie ook Wallinga 2018, p. 77 en aldaar genoemde bronnen, die zelf overigens betoogt dat het onduidelijk is, p. 78-81.

⁷⁷² Busch 2012, p. 394 en 395; Busch 2017, p. 1014 e.v.

privaatrechtelijke normstelling daarbuiten zou vallen en onder omstandigheden ook strikter mag zijn.⁷⁷³ In de rechtspraak van het Hof van Justitie EU is dit punt nog nooit aan de orde geweest.⁷⁷⁴ De discussie wordt hier aangestipt omdat van productveiligheidsrecht wordt aangenomen dat daarmee eveneens maximumharmonisatie is beoogd (nr. 42), doch uit de uitspraken hiervoor blijkt echter dat het Hof van Justitie EU een beperkt harmonisatiebereik van productveiligheidsrecht voorstaat.⁷⁷⁵ Dat de productveiligheidsnorm niet de privaatrechtelijke norm een-op-een invult, blijkt voorts expliciet uit het beperkte *regulatory compliance*-verweer uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid voor producenten waaruit volgt dat naleving van producteisen niet per definitie bevrijdt van aansprakelijkheid (nr. 178). In hoofdstuk 6 en 7 volgen nadere argumenten waarom dit wenselijk is.

92 Beperkte conforme interpretatie en de consequenties voor prejudiciële vragen

Door de hiervoor genoemde hybridisering valt de grens tussen EU-recht en nationaal recht niet zo hard meer te trekken. De plicht tot conforme interpretatie van nationaal recht en de plicht om bij onduidelijkheden over de uitleg van EU-recht prejudiciële vragen te stellen, gelden strikt genomen alleen ten aanzien van materie die binnen het harmonisatiebereik van EU-recht valt.⁷⁷⁶ De verplichtingen voor marktdeelnemers vallen sowieso binnen het harmonisatiebereik van EU-recht, los van de vraag of er horizontale EU-rechten of EU-remedies mee worden toegekend, hetgeen een kwestie van interpretatie van die plichten is. Europese producteisen en verplichtingen hebben echter betekenis voor privaatrechtelijke open normen als de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid (hoofdstukken 6 en 7). Zij kunnen voorts van betekenis zijn voor contractuele

⁷⁷³ Beide stromingen zijn door Cherednychenko wel omschreven als het *substitution* respectievelijk het *complementary model*, Cherednychenko 2012, p. 232 en 233; Cherednychenko 2014b, p. 669 en 672. Zij onderscheid ook nog het *integration* en *separation model*, maar het academische debat kanaliseert zich tot deze twee modellen. Zie ook Wallinga 2018, p. 65 die zelf uitgaat van het *complementary model*.

⁷⁷⁴ HvJ EU 30 mei 2013, C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344, JOR 2013/274, m.nt. D. Busch (*Genil c.s./Bankinter c.s.*) en HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2014:1921 (*Nationale Nederlanden Levensverzekeringen Mij/Van Leeuwen. Woekerpolis*) zagen op minimumharmonisatie.

⁷⁷⁵ Zie ook Verbruggen 2018, p. 849 die dit mede relateert aan de aard van de regels – marktregulering ex ante, aansprakelijkheidsrecht ex post. Dat vind ik voor productveiligheidsrecht een minder overtuigend argument aangezien het productveiligheidsrecht steeds verder hybridiseert, zie bijv. de aansprakelijkheid van de gemachtigde en het schriftelijkheidsvereiste voor diens acceptatie, nr. 58.

⁷⁷⁶ Voor de plicht tot uitleg: Wissink 2014, p. 127. Eerder ook Wissink 2001, p. Vgl. HvJ EG 7 november 1989, C-125/88, ECLI:EU:C:1989:401 (*HFM Nijman*), r.o. 10. Over prejudiciële vragen: Lagere rechters mogen vragen stellen (art. 267 lid 2 VWEU), de rechters in laatste instantie moeten vragen stellen (art. 267 lid 3 VWEU) behoudens het geval dat er sprake is van een acte clair of acte éclairé volgens bekende Cilfit-maatstaf, HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT e.a.*). Schendt een rechter in laatste instantie de verplichting tot het stellen van vragen, dan kan deze (lees: de Staat) daarvoor aansprakelijk worden gehouden, HvJ EG 30 september 2003, C-22/01, EU:C:2003:513 (*Köbler*), Chalmers e.a. 2014, p. 187. Het voorgaande laat onverlet dat de nationale rechter bij toepassing van nationaal recht toch bij een niet-toepasselijke EU-richtlijn kan aansluiten, zie bijv. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*SEBA/Amsterdam I*), r.o. 5.4.1. In dat geval geldt alleen geen plicht tot conforme interpretatie, zie ook Concl. A-G Wissink bij dit arrest onder 6.1 en 6.22.1.

verbintenissen doordat private partijen zelf naar EU-recht verwijzen (partijautonomie). Van belang is dat indien verplichtingen werking krijgen buiten het materiële toepassingsbereik ervan, het Hof van Justitie nog steeds kan worden geadieerd voor de uitleg van de inhoud, doel en strekking van die verplichtingen, zoals ook gebeurde in *Schmitt/TÜV* en *Muñoz/Frumar* (§ 3.3). Het Hof van Justitie achtte zich eerder al bevoegd tot uitleg van EU-rechtelijke begrippen in andere situaties die feitelijk buiten het harmonisatiebereik van het instrument vielen. Het ging dan bijvoorbeeld om gevallen waarin de nationale wetgever bij de implementatie van EU-recht verder is gegaan dan het EU-recht vergde door ook zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die onder het EU-recht vallen.⁷⁷⁷ Hoewel in die gevallen geen plicht bestaat tot het stellen van prejudiciële vragen, achtte het Hof van Justitie EU zich wel bevoegd tot uitleg nu dit in het belang is van een coherente uitleg van EU-recht.

Met name bij richtlijnen die in het nationale recht zijn geïmplementeerd, zal niet altijd evident zijn dat een plicht uit een warenwetbesluit een Europese plicht betreft die EU-conform moet worden uitgelegd. De nationale civiele rechter kan dan geneigd zijn de EU-plicht als een blote rechtsplicht te zien die hem voldoende duidelijk voorkomt, waarna geen vraag wordt gesteld.⁷⁷⁸ Ook de Nederlandse rechter stelt niet altijd vragen over productveiligheidsrecht.⁷⁷⁹ Nu het stellen van prejudiciële vragen de belangrijkste route is om de juiste toepassing van Europees recht in horizontale verhoudingen te waarborgen, dient de nationale civiele rechter vragen te stellen over bijvoorbeeld de met het productveiligheidsrecht beschermde belangen als de strekking van de instrumenten onduidelijk is en deze belangen vanuit het privaatrechtelijke beoordelingskader bezien relevant zijn. Duidelijkheid over deze belangen is cruciaal voor een al dan niet consistente uitleg en toepassing van het Europese recht en de rechtsontwikkeling (zie nader o.a. nr. 204 en 280).⁷⁸⁰

93 Hybridisering van privaatrechtelijke normstelling via de nationale rechtsgronden en bijbehorende vereisten voor remedies

Door het beperkte harmonisatiebereik geldt als hoofdregel dat het aan de interne rechtsorde is de rechtsbescherming vorm te geven,⁷⁸¹ waarbij de ruimte van de lidstaten inclusief de rechter wordt begrensd door het doeltreffendheidsbeginsel doordat het nationale recht de bescherming van EU-rechten niet praktisch onmogelijk of buitengewoon moeilijk mag zijn (*Rewe en*

⁷⁷⁷ HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, Jur. 1997, p. I-04161, NJ 1998/793 (*Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst*) en HvJ EU 12 juli 2012, C-602-10, ECLI:EU:C:2012:443 (*SC Volksbank România SA/CJPC*). Zie uitgebreid over *spill over effects* van richtlijnen: Van Loock e.a. 2017, p. 403 e.v.

⁷⁷⁸ Vgl. ook Meijer 2014, p. 53 e.v.

⁷⁷⁹ Zie voor voorbeelden bijv. paragraaf 7.3.1.4 hierna en bijvoorbeeld het arrest HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, JGR 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*). Dat in deze zaak sprake was van een acte clair in de zin van HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT e.a.*) en daarop volgende arresten, kan worden betwijfeld. Zie nader nr. 204.

⁷⁸⁰ Vgl. onder meer Loth 2014, p. 22 e.v.

⁷⁸¹ Zie voor de constatering dat *‘het gemeenschapsrecht het nationale recht nodig [heeft] als “voortuig”* in de zin dat het afhankelijk is van het nationale recht om zijn werking te krijgen, al vroeg Keus 1993, p. 35.

Comet). Voor operationalisering van deze toets kan Reichs hybridiseringsaanpak bruikbaar zijn. Reich illustreerde zijn aanpak in 2014 aan de hand van een aantal casestudy's over secundair EU-recht. Al deze casestudy's zien op EU-recht met een meer privaatrechtelijke strekking.⁷⁸² Desalniettemin acht ik het model ook bruikbaar voor de beoordeling van de invloed van Europese producteisen en de daarmee samenhangende verplichtingen voor marktdeelnemers op privaatrechtelijke normstelling. Zijn aanpak sluit namelijk het meest aan bij de taakverdeling tussen de EU en haar lidstaten bij gedeelde bevoegdheden in het licht van het loyaliteitsbeginsel waaruit het uitgangspunt volgt dat het Europese recht voor zijn effectuering afhankelijk is van het nationale recht dat voor wat betreft de remedies het uitgangspunt vormt.⁷⁸³ De invloed van het doeltreffendheidsbeginsel op de invulling van privaatrechtelijke vereisten is bij het productveiligheidsrecht echter minder groot dan in de door Reich besproken voorbeelden nu Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen een minder privaatrechtelijk karakter dragen en daarmee mijns inziens geen Europees recht op schadevergoeding wordt toegekend. De effectiviteitscorrectie blijft hierdoor mijns inziens beperkt tot de negatieve toets uit *Rewe* en *Comet* (nr. 79). Dat betekent dat wanneer de nationale civiele rechter de betekenis van Europese producteisen voor privaatrechtelijke normstelling onderzoekt, hij bijvoorbeeld een strikte invulling van civielrechtelijke vereisten als relativiteit kan onderwerpen aan de *rule of reason* uit *Peterbroek* en *Van Schijndel* (zie nr. 79 en nader § 7.3.1.4).⁷⁸⁴

Het probleem blijft uiteraard dat het doeltreffendheidsbeginsel, zoals kenmerkend is voor beginselen, wel enige richting geeft, maar zal moeten worden gewogen tegen andere beginselen. Worden in het EU-recht meerdere – soms zelfs tegenstrijdige – doelen genoemd, dan geeft het beginsel weinig sturing. Bovendien is er nog veel onbekend over de daadwerkelijke effecten en dus effectiviteit van het toekennen van privaatrechtelijke rechtsgevolgen (slotbeschouwing, nr. 285). Daarnaast geeft het effectiviteitsbeginsel geen duidelijke grens.⁷⁸⁵ Wanneer kan immers de volle werking van het productveiligheidsrecht niet meer worden verzekerd of wordt de effectuering van EU-recht uiterst moeilijk of onmogelijk? De rechtspraak van het Hof van Justitie is vooralsnog zo incidenteel en fragmentarisch dat geen duidelijke grens kan worden getrokken. Men valt, net zoals het Hof in *Muñoz* lijkt te

⁷⁸² Reich 2014, p. 99-111. Over discriminatie: HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson, Kamann/Nordrhein-Westfalen*) en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci/Swedex*). Over oneerlijke bedingen: HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt*), HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz/Catalunyacaixa*), HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banco Espanol de Crédito/Camino, Banesto*). Over consumentenkoop: HvJ EU 16 juni 2011, C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 (*Weber en Putz*). Over colportage: HvJ EG 13 december 2001, C-481/99, ECLI:EU:C:2001:684 (*Heininger/ Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*). Vgl. eerder ook Keus 1993, p. 45-54 onder verwijzing naar oudere rechtspraak.

⁷⁸³ Craig & De Búrca 2015, p. 225.

⁷⁸⁴ Vgl. ook Wallinga 2018, p. 91 voor het financiële toezichtrecht.

⁷⁸⁵ Wilman 2014, p. 467 e.v.

doen,⁷⁸⁶ terug op onder andere grammaticale, systematische en teleologische interpretatie van het secundaire instrument en de norm in kwestie. Het Hof gaat daarbij uit van nog niet bewezen aannames over de effecten van privaatrechtelijke remedies bij de beoordeling of in private verhoudingen meer zou moeten worden gedaan om het EU-recht te waarborgen en/of private handhaving in een concreet geval zou moeten worden toegestaan. De test laat veel ruimte voor nationale (privaatrechtelijke) beginselen.⁷⁸⁷ Aangezien in het productveiligheidsrecht in de regel geen privaatrechtelijke remedies liggen besloten, komt Europees opgelegde ambtshalve toepassing van de daarin vervatte verplichtingen mijns inziens ook niet snel in beeld.⁷⁸⁸

94 Samenvattend

Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen zijn, anders dan art. 101 VWEU of het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schending van EU-recht, geen zelfstandige bron van een Europees recht op schadevergoeding. De Europese producteisen en daarmee samenhangende verplichtingen zijn niet zelfstandig, maar in combinatie met het Europese en nationale privaatrecht de bron van verbintenissen (vgl. *James Elliott en Schmitt*), of ze nu vastliggen in een richtlijn of in een verordening. Er vindt wel hybridisering plaats, namelijk doordat het doeltreffendheidsbeginsel invloed uitoefent binnen de privaatrechtelijke normstelling (volgens de hybridiseringsaanpak van Reich als bevestigd in *Schmitt*). Het is de taak van de nationale civiele rechter om uit hoofde van het loyaliteitsbeginsel die doeltreffendheid een plaats te geven c.q. mee te wegen binnen het nationale privaatrechtelijke kader waarbinnen privaatrechtelijke normstelling plaatsvindt. Het Hof van Justitie EU functioneert in dat verband slechts als grensrechter (*Rewe/Comet* en *Muñoz*). Daarbij dient de nationale rechter er evenwel acht op te slaan dat uit algemene belangen de bescherming van individuele belangen kan worden afgeleid en dat bescherming van eerlijke mededinging in de nieuwste sectorspecifieke instrumenten een belangrijk doel is van de in het productveiligheidsrecht vervatte verplichtingen, waardoor de rechter gehouden is concurrenten onder die instrumenten in ieder geval een privaatrechtelijke rechtsingang te bieden bij schending van de daaronder vervatte verplichtingen door andere marktdeelnemers.

⁷⁸⁶ Zie de verwijzingen van het Hof in *Muñoz* naar de doelen als genoemd in de considerans van de desbetreffende regelgeving in r.o. 29.

⁷⁸⁷ Prechal 2005a, p. 174 en 175; Tridimas 2006, p. 424. Vgl. Wissink 2001, p. 316. Vgl. voor financieel toezichtsrecht ook Wallinga 2018, p. 91.

⁷⁸⁸ Vgl. eerder in deze zin over het financieel toezichtrecht, Ancery 2018, p. 98-99.

4 Randvoorwaarden voor het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen

4.1 INLEIDING

95 Algemeen

In dit hoofdstuk zullen de volgende vragen worden beantwoord:

- *Welke randvoorwaarden zijn in de doctrine geïdentificeerd waaraan moet zijn voldaan, wil de navolging of schending van geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regulering binnen privaatrechtelijke normstelling meer betekenis hebben dan het zijn van een gezichtspunt of van één van de omstandigheden van het geval?*
- *In hoeverre is momenteel aan die randvoorwaarden voldaan?*⁷⁸⁹
- *Wat zijn de privaatrechtelijke gevolgen van de beslissing van het Hof van Justitie dat een geharmoniseerde norm ‘deel uitmaakt van het Unierecht’?*

Hiertoe zal eerst kort uiteen worden gezet welke relevante factoren reeds in de literatuur zijn geïdentificeerd ter beantwoording van de vraag of aan alternatieve regulering, waaronder geharmoniseerde normen, betekenis toekomt bij privaatrechtelijke normstelling (§ 4.2). Uit paragraaf 4.2 volgt dat de kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift van belang, maar niet doorslaggevend is, nu alternatieve normen ook op andere wijze relevant kunnen zijn voor privaatrechtelijke normstelling, namelijk via het ongeschreven recht. Voorts volgt uit de daar besproken doctrine dat het gebruik van alternatieve regelgeving belangrijke voordelen kent, doch dat daaraan gelijktijdig belangrijke risico's of nadelen zijn verbonden. Normstelling via alternatieve regulering is niet altijd democratisch gelegitimeerd (hierna: 'traditionele legitimatie'). Een aantal privaatrechtelijke auteurs sluit daarom aan bij de (meer) publiekrechtelijke doctrine, waarin steeds meer aandacht uit naar de vraag of de representativiteit en controleerbaarheid van alternatieve regulering op andere, alternatieve wijze wordt gewaarborgd (hierna te noemen: 'alternatieve legitimatie'). Voor zover traditionele legitimatie ontbreekt, ziet alternatieve legitimatie op de beoordeling van de waarborgen in het totstandkomingsproces van normen en in de controlemechanismen achteraf. Zijn deze waarborgen voldoende om een evenwichtige en representatieve norm tot stand te brengen, dan wel om systeemfalen achteraf te corrigeren? Zijn deze waarborgen bij geharmoniseerde normen voldoende, dan zou van alternatieve legitimatie kunnen worden gesproken. De binding van burgers aan deze normen kan dan eerder worden gerechtvaardigd.

In paragraaf 4.3 zal daarom worden onderzocht in hoeverre geharmoniseerde normen traditioneel zijn gelegitimeerd of dat, indien traditionele legitimatie ontbreekt, deze normen op alternatieve wijze zijn gelegitimeerd, waardoor deze normen toch van bijzonder gewicht kunnen zijn

⁷⁸⁹ De term 'randvoorwaarden' wordt door Giesen gebruikt ter duiding voor één van de twee mogelijke denkrampen voor de omgang met alternatieve regelgeving, Giesen 2007, p. 53. Ik gebruik de term hier eveneens, doch betrek in mijn beoordelingskader ook randvoorwaarden die door andere auteurs zijn benoemd.

bij privaatrechtelijke normstelling. Paragraaf 4.3 is getiteld 'de legitimatie van geharmoniseerde normen', omdat traditionele en alternatieve legitimatie in deze paragraaf samen worden besproken. Achtereenvolgens komen de bijzondere voor- en nadelen van het gebruik van geharmoniseerde normen door de Europese wetgever (§ 4.3.1), het proces van totstandkoming van geharmoniseerde normen (§ 4.3.2) en de externe controlemechanismen op geharmoniseerde normen (§ 4.3.3) aan bod. Op deze manier kan duidelijk per stap worden aangegeven of sprake is van traditionele of alternatieve legitimatie, of dat legitimatie in het geheel ontbreekt. Paragraaf 4.3.3 zal mede ingaan op de keuze van het Hof van Justitie EU om geharmoniseerde normen als recht te kwalificeren. Ook zal daarin de vergelijking worden gemaakt met nationale normalisatienormen waarnaar in nationale wet- en regelgeving wordt verwezen. In dat verband zullen ook de criteria die de Hoge Raad hanteert om normen te kwalificeren als recht in de zin van art. 79 RO worden besproken.

In de conclusie zullen de gevolgen voor de betekenis van geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling worden samengevat (§ 4.4).

In dit hoofdstuk zullen alleen de randvoorwaarden voor de betekenis worden behandeld die samenhangen met het gegeven dat geharmoniseerde normen niet *de jure* binden, een onduidelijke legitimatie hebben en afkomstig zijn van normalisatie-instituten als alternatieve normstellers. De factoren en gezichtspunten die samenhangen met het privaatrechtelijke kader en zien op de inhoud en het informatieniveau van de geharmoniseerde norm – zoals of de norm de *state of the art* weergeeft en wat het juridische gehalte van de norm is – komen in de volgende hoofdstukken aan de orde. Uiteraard hoopt men dat naarmate de hier besproken legitimatie en de waarborgen toenemen, dit ook de inhoud van de norm, de accuraatheid ervan in relatie tot de informatie waarop hij is gebaseerd en het veiligheidsniveau dat hij reguleert ten goede komt, maar het moge duidelijk zijn dat net als bij democratisch gelegitimeerde wetgeving alternatieve waarborgen niet altijd leiden tot inhoudelijk kwalitatief goede, actuele normen.

4.2 PRIVAATRECHTELIJKE THEORIEVORMING OVER DE BETEKENIS VAN ALTERNATIEVE REGULERING VOOR PRIVAATRECHTELIJKE NORMSTELLING

96 AVV's in het publiek- en het privaatrecht en de kwalificatie van geharmoniseerde normen

De kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift (AVV) is vanuit publiekrechtelijk perspectief relevant wil een norm zelfstandig een grondslag vormen voor publiekrechtelijke handhaving, alsmede in verband met de publicatie-eisen uit art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet. Vanuit privaatrechtelijk perspectief is deze kwalificatie van belang voor de vraag waar deze normen in het systeem van het privaatrecht moeten worden geplaatst. Op meerdere plekken wordt naar 'de wet' in materiële zin verwezen, zijnde een of meer algemeen verbindende voorschriften. Denk bijvoorbeeld

aan aanvulling van de overeenkomst door de wet (art. 6:248 lid 1 BW, nr. 139)⁷⁹⁰ of strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2 BW, § 7.3.1.3).⁷⁹¹

De Hoge Raad heeft met het arrest *Knooble/Staat* duidelijk gemaakt dat nationale NEN-normen waarnaar in de Woningwet wordt verwezen, geen AVV's zijn ex art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet. Volgens de Hoge Raad zijn AVV's 'naar buiten werkende, de burgers bindende regels' (hierna: vereiste 1) die 'uitgaan van een orgaan dat de bevoegdheid tot die regelgeving aan de wet in formele zin ontleent' (hierna: vereiste 2).⁷⁹² Art. 3 Woningwet, dat toestaat dat bij of krachtens AMvB naar normen kan worden verwezen, beoogt niet het instituut dat die normen opstelt, bevoegd te maken tot het vaststellen van AVV's, aldus de Hoge Raad. Omdat NNI ook anderszins niet bij of krachtens de wet bevoegd is tot het vaststellen van algemeen verbindende regels, zijn NEN-normen geen AVV's, ook niet wanneer het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit ernaar verwijzen.⁷⁹³

Voor geharmoniseerde normen ligt deze kwalificatievraag nog open. Indien sprake zou zijn van geldige delegatie (vereiste 2, zie hierna nr. 119), dan nog zijn geharmoniseerde normen mijns inziens geen naar buiten werkende, *burgers bindende regels* (vereiste 1). Dat zijn ze ook niet indien zij hangen onder verordeningen, omdat ook dan de burger uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt gelaten op alternatieve wijze de conformiteit met essentiële eisen aan te tonen (lees: zij zijn *de jure* vrijwillig).⁷⁹⁴ Desalniettemin verbindt de wetgever wel rechtsgevolgen aan het volgen van een geharmoniseerde norm, namelijk een bewijsvermoeden van conformiteit aan de wettelijke normen, dat de marktdeelnemer rechtstreeks of na implementatie kan invoeren jegens de

⁷⁹⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/381.

⁷⁹¹ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.2.1, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/44, allen onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 615 waar staat: 'De aard van het wetsvoorschrift waarin de plicht wordt gecreëerd of omschreven, is in beginsel irrelevant. Zowel plichten neergelegd in het Burgerlijk Wetboek, als die neergelegd in andere wetboeken of in bijzondere wetten, vallen onder de besproken categorie, onverschillig of het bepalingen betreft die tot het privaatrecht dan wel tot het publiekrecht worden gerekend. Aldus ook het bestaande recht in Nederland en elders [hier wordt, wat Nederland betreft, verwezen naar het bekende arrest van HR 20 november 1924, NJ 1925, 89, inzake Ostermann tegen de Staat]. Eveneens irrelevant is of de verplichting is neergelegd in een wet in formele zin: iedere plicht, omschreven in een algemeen voorschrift dat bindt uit hoofde van zijn vaststelling of bekrachtiging door de algemene Nederlandse wetgever of een ander daartoe bevoegd Nederlands overheidsorgaan is een wettelijke plicht in de zin van de onderhavige bepaling.'

⁷⁹² HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.8. Zie ook ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.3 onder verwijzing naar *Kamerstukken II 1985/86*, 19 583, nr. 3 (MvT, Bekendmakingswet), p. 3.

⁷⁹³ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.8. Vgl. voor Europees recht art. 15 en 297 VWEU, waaronder alleen wetgevingshandelingen publicatieplichtig zijn.

⁷⁹⁴ De verwijzingssystematiek onder de Nieuwe Aanpak wijkt af van de nationale systematiek (nr. 124). Normalisatienormen waarnaar in het Bouwbesluit wordt verwezen, waarbij een gelijkwaardige oplossing wordt toegestaan, zijn evenmin algemeen verbindende voorschriften, doch zijn wel 'naar buiten werkende, de burgers bindende regels', ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.5. De Hoge Raad spreekt van 'algemeen geldende normen', HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.5, zoals ook aangehaald door Neerhof 2016, p. 204.

autoriteiten. Voor de autoriteiten zijn geharmoniseerde normen tot op zekere hoogte⁷⁹⁵ dus wel bindend. Hoewel er wat voor valt te zeggen dat dit rechtsgevolg reeds voldoende rechtvaardigt dat geharmoniseerde normen beter bekend moeten worden gemaakt (zie mede nr. 125 en 281),⁷⁹⁶ is het mijns inziens echter onvoldoende om aan te kunnen nemen dat schending van een geharmoniseerde norm per definitie resulteert in schending van een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW of dat het een directe, zelfstandige grond kan zijn voor publiekrechtelijke handhaving. Zo oordeelde de ABRvS over een last onder dwangsom opgelegd door ILT in het kader van het Vuurwerkbesluit, zijnde de implementatie van de Richtlijn Pyrotechnische artikelen,⁷⁹⁷ dat zo'n besluit niet uitsluitend mag zijn gebaseerd op een schending van geharmoniseerde normen waarnaar niet uitdrukkelijk in een ministeriële regeling is verwezen en waarvan referenties slechts in de Staatscourant zijn gepubliceerd.⁷⁹⁸ Het schenden van de essentiële eisen uit de richtlijn (resp. het Vuurwerkbesluit) was niet aan het besluit ten grondslag gelegd.⁷⁹⁹ Wordt een handhavingsbesluit genomen onder verwijzing naar de geschonden en eventueel geïmplementeerde essentiële eisen in combinatie met een verplichting voor de marktdeelnemers, dan wordt daadwerkelijk naar een bindende regeling verwezen en is aan het eerste vereiste voor een AVV voldaan. Het tweede vereiste, namelijk of sprake is van delegatie komt hierna aan de orde (nr. 119).⁸⁰⁰

De kwalificatie als AVV is voor het toekennen van betekenis aan deze normen binnen privaatrechtelijke normstelling overigens geen doorslaggevende voorwaarde. Het privaatrecht is – anders dan het staats- en bestuursrecht – van nature een open systeem waarbinnen niet alleen rechtsnormen, maar ook andere normen een rol kunnen spelen via het ongeschreven recht.⁸⁰¹ Via open normen als de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid kunnen niet-wettelijke regels in de rechtsvorming doorwerken, waarbij de civiele rechter gezien het open karakter van deze vereisten een grotere waarderingsvrijheid ten aanzien van de rol van geharmoniseerde normen toekomt. De vraag is of geharmoniseerde normen binnen dat kader meer (kunnen) zijn dan alleen een bijkomende, feitelijke omstandigheid of een gezichtspunt. Aan welke randvoorwaarden moet volgens de doctrine zijn voldaan voordat geharmoniseerde normen meer zijn dan slechts een feitelijke omstandigheid of gezichtspunt bij de vaststelling van onder meer normen van ongeschreven recht?

⁷⁹⁵ 'Tot op zekere hoogte' omdat het vermoeden zoals besproken weerlegbaar is.

⁷⁹⁶ Vgl. ook Van Gestel 2018, p. 404.

⁷⁹⁷ Richtlijn 2007/23/EG (Pyrotechnische artikelen (oud)).

⁷⁹⁸ ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3295, r.o. 3.2.

⁷⁹⁹ Hier zou ook aan voldaan kunnen zijn indien in ministeriële regeling dwingend naar normalisatienormen verwezen. Op EU-niveau is dit strijdig met het Nieuwe Aanpak-beleid. Dit komt op nationaal niveau vaker voor.

⁸⁰⁰ Zie over de rol van de bestuursrechter en rechtmatigheidstoetsing van NEN-normen ook Neerhof 2017, paragraaf 2.1.4. Hij merkt op dat hierover weinig rechtspraak is.

⁸⁰¹ Hartlief 2007a, paragraaf 6, nr. 171.

97 Theorievorming over privaatrechtelijke betekenis van alternatieve normen: binding en rechtsvorming

In de nationale privaatrechtelijke doctrine bestaan theorieën over de vraag hoe alternatieve regelgeving van betekenis zou kunnen zijn voor privaatrechtelijke normstelling. Giesen neemt het concept binding als beginpunt voor privaatrechtelijke rechtskracht van alternatieve regulering. Grondslag van de binding kan in het privaatrecht worden gevonden in de partijautonomie (via consensus of contract, zijnde vormen van zelfbinding zie hoofdstuk 6), in de bindende kracht van een wettelijke regeling of in rechterlijke binding via de invulling van open normen in het privaatrecht.⁸⁰² Giesen sluit daarmee voor een groot deel aan bij onder andere Vranken en Scholten die uitgaan van het bestaande paradigma op basis van de traditionele scheiding der machten, waarbij wetgever en rechter de rechtsvormende (en in het laatste geval ook -vindende) taak hebben.⁸⁰³ Alternatieve regelgeving kan een rechtsvormende rol spelen,⁸⁰⁴ maar de binding aan private regelgeving via de categorie 'open normen' vindt volgens Giesen en Vranken eveneens via de rechter plaats.⁸⁰⁵

Daartegenover staan auteurs die menen dat deze uitgangspunten moeten worden losgelaten, wil men tot nieuwe inzichten komen die recht doen aan de maatschappelijke realiteit.⁸⁰⁶ Akkermans pleit voor een nieuw paradigma, een 'juridische smeltkroes van normen' als het gaat om de herkomst, dat zou kunnen helpen bij een realistischer beeld en de ontwikkeling van het recht (mede via onderzoek en onderwijs).⁸⁰⁷ Akkermans stelt voor niet uit te gaan van indirecte binding aan alternatieve normen, dat wil zeggen via wetgever of rechter, maar binding te zien als eigenschap die maatschappelijke regulering reeds uit zichzelf in uiteenlopende gradaties kan hebben.⁸⁰⁸ Het door Akkermans voorgestelde nieuwe paradigma impliceert geen ongeclausuleerde binding, maar helpt volgens Akkermans bij het bestuderen van 'andere vormen van legitimatie'.⁸⁰⁹ Hoe deze andere vormen van legitimatie eruit zouden moeten zien en hoe en onder welke voorwaarden alternatieve normen binden, werkt hij niet nader uit.⁸¹⁰

⁸⁰² Giesen 2007, p. 55 e.v.

⁸⁰³ Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/91 en 71; Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 7 e.v.

⁸⁰⁴ Giesen 2007, p. 98-99.

⁸⁰⁵ Giesen 2007, p. 68; Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/93.

⁸⁰⁶ Akkermans 2011, maar eerdere aanzetten konden worden gevonden bij Hirsch Ballin 1998, p. 91 e.v. en Van der Burg 2001, p. 105 e.v. zoals aangehaald door Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/93.

⁸⁰⁷ Akkermans 2011, paragraaf 6 en 7. Menting 2013, p. 120-121 onderscheidt twee denkrichtingen voor aanvulling van het exclusiviteitsdenken (schema wetgever-rechter), namelijk enerzijds het herijken van de interne exclusiviteit dat uitgaat van de juridische kracht van private regelgeving binnen het schema (Vranken en Giesen) en anderzijds het herzien van de externe exclusiviteit dat uitgaat van de zelfstandige juridische bindende kracht van private regelgeving. Akkermans zou tot de tweede denkrichting behoren.

⁸⁰⁸ Akkermans 2011, paragraaf 6.

⁸⁰⁹ Akkermans 2011, paragraaf 8.

⁸¹⁰ Hij sluit aan bij Vranken en Giesen. Vgl. Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/93: 'Maar, is mijn vraag, kan men daaruit concluderen dat private regelgeving dan ook rechtstreeks zelf bindende kracht heeft, zonder de sluis van wetgeving en rechtspraak? Niet alle private regelgeving berust op keurig vooraf afgebakende samenwerkingsafspraken met de wetgeving. Vaak is men in een bepaalde sector gewoon begonnen, omdat

Een nieuw paradigma lijkt mij niet noodzakelijk. Zowel Vranken als Giesen zien al ruimte voor het denken over alternatieven of aanpassing van het schema wetgever-rechter in de toekomst met betrekking tot de toepassing van en rechtsvorming door alternatieve regulering. Vranken omschrijft dit als het 'doorbreken van het schema wetgeving-rechtspraak door nieuwe confrontaties'.⁸¹¹ Giesen spreekt over een 'geleidelijke erkenning van een derde rechtsvormende macht en een herziene hiërarchie van rechtsbronnen'.⁸¹²

De aarzeling om intrinsieke binding nu al aan te nemen lijkt met name te komen doordat vooralsnog geen consensus bestaat over een alternatief toetsingskader voor de waardering van alternatieve regelgeving.⁸¹³

98 Waarborgen tegen nadelen van alternatieve regelgeving als alternatieve legitimatie

De vervolgvraag is dan of voor de toepassing van geharmoniseerde normen in private verhoudingen als vorm van alternatieve regulering, eerst een algemeen toetsingskader voor toepassing van alternatieve regulering moet worden geformuleerd voordat de betekenis van één specifieke categorie, namelijk geharmoniseerde normen, kan worden geduid. Meerdere auteurs hebben vanuit een oogpunt van rechtszekerheid voor een dergelijk toetsingskader gepleit, omdat dit richting zou kunnen geven aan de rechtsontwikkeling.⁸¹⁴ Het nut van toetsingscriteria is erin gelegen dat aan alternatieve regulering risico's of nadelen zijn verbonden, die met behulp van die criteria makkelijker kunnen worden geïdentificeerd. Deze nadelen zijn afhankelijk van het soort alternatief instrument telkens anders.⁸¹⁵

men niet langer kon wachten. Zeker op nieuwe terreinen die in een internationale context opereren, is dit het geval. Heeft deze private regelgeving dan bindende kracht? Op zichzelf is er misschien niets op tegen de vraag bevestigend te antwoorden. Maar wat zegt dit? Gesteld dat in zo'n situatie meer private regelgevingen tot stand komen op hetzelfde terrein, zodanig dat - en het komt voor - sprake is van een woud van regels zonder veel samenhang. Welke binden? Allemaal? (...) Dan zal de oplossing van elders moeten komen: van de wetgever, de rechter of, wat bij private regelgeving steeds vaker gebeurt, van een wettelijk ingestelde toezichthouder.'

⁸¹¹ Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/94.

⁸¹² Giesen 2007, p. 104. Kritisch hierop is Hartlief 2007a, paragraaf 8.

⁸¹³ Giesen 2007, p. 52, die twee modellen omschrijft die de mate van binding aan en rechtsvormende invloed van alternatieve regulering kunnen vormgeven onder verwijzing naar diverse auteurs, alsmede p. 137. Vgl. ook Menting 2016, p. 280 (en eerder Menting 2013, p. 123), die meent dat de toepassing van gedragscodes in het privaatrecht thans niet nader hoeft en kan worden gereguleerd. De verscheidenheid aan gedragscodes, de uiteenlopende wijzen van totstandkoming ervan en het gebrek aan empirische gegevens zou het onmogelijk maken een uniform wettelijk toetsingskader te formuleren.

⁸¹⁴ Vranken 2004, par. 7. Vranken meent dat het aan de Hoge Raad is om nieuwe criteria te formuleren voor controle op alternatieve regelgeving, Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/83 en 91. Zo ook Menting 2013, p. 123 en 124. Giesen noemde al 'randvoorwaarden' voor binding, Giesen 2007, p. 53, doch ook waar het gaat om de invloed van alternatieve regelgeving op de privaatrechtelijke rechtsvorming pleit hij voor het ontwikkelen van 'Aanwijzingen voor Alternatieve Regelgeving' zoals procedurerichtlijnen, p. 140 en 141. Recentelijk pleit hij wederom voor een regierol voor de wetgever, Giesen 2018, p. 135-138. Zie voor een eerste aanzet qua criteria, Kristic e.a. 2009. Zie ook Van Gestel 2018, p. 408 en 409, die pleit voor 'rules of recognition' voor de rechter onder verwijzing naar eerdere publicaties van zijn hand.

⁸¹⁵ Giesen 2007, p. 75 en 76.

Volgens Vranken worstelt alternatieve regulering primair met de volgende problemen: de legitimiteit, de representativiteit en de inspraak van alle betrokkenen (bevoegdheid en procedure), het toezicht op het resultaat en het juridisch gehalte van de norm.⁸¹⁶ Giesen merkt op dat wanneer we gaan zoeken naar randvoorwaarden, de eisen aan alternatieve regelgeving deels gelijk zullen lopen met de eisen die we stellen aan wetgeving:

‘Zorgvuldigheid, kenbaarheid, eenduidigheid, transparantie (openbaarheid) en waarborgen om alle belangen recht te doen, is wat geëist wordt;[...] de motivering moet voldoende stevig zijn[...] en de geschillenregelingen dienen aan de eisen van een behoorlijk proces te voldoen.[...]’⁸¹⁷

Mentink merkt terecht op dat indien wij alleen zouden accepteren dat nadelen van alternatieve regulering kunnen worden ondervangen met de waarborgen uit het bestaande paradigma, we paradoxaal bezig zouden zijn.⁸¹⁸ Alternatieve waarborgen zouden deze nadelen wellicht ook kunnen ondervangen, zo wordt ook in de internationale, meer publiekrechtelijke literatuur opgemerkt.⁸¹⁹ Privaatrechtelijke auteurs sluiten aldus aan bij de meer publiekrechtelijke auteurs, waarbij de nadruk bij het zoeken naar waarborgen met name ligt in procedurele c.q. institutionele waarborgen.⁸²⁰

Hoewel de privaatrechtelijke opvattingen over alternatieve regulering uiteenlopen, vindt het merendeel van de auteurs elkaar op het punt dat naarmate de waarborgen ten aanzien van de totstandkoming van en controle op alternatieve regelgeving steviger zijn, de waarde van de norm – ook in het privaatrecht – aan kracht wint.⁸²¹ In de literatuur wordt dan van alternatieve

⁸¹⁶ Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/ 89. Eerder merkte Vranken over medische protocollen op (nr. 84): ‘De mate waarin zij verbindend zijn, kan variëren, en hangt onder meer af van hoe en tussen wie ze overeengekomen zijn, waarop ze betrekking hebben (levensbedreigende kwesties of niet), hoe ze zich verhouden tot de ‘state of the art’, en of de belangen van alle betrokkenen voldoende zijn gewaarborgd’. Het juridisch gehalte van de norm en de ‘state of the art’ zien op de inhoud van de norm. Deze gezichtspunten komen terug in de hoofdstukken 5, 6 en 7.

⁸¹⁷ Giesen 2007, p. 141 en 142. Vgl. de criteria als genoemd in Kristic e.a. 2009, p. 209 en 210.

⁸¹⁸ Menting 2013, p. 124 en Menting & Vranken 2014, p. 11 onder verwijzing naar Scott 2008, p. 263. In haar proefschrift betoogt zij dat de nadere inbedding van gebruik van gedragscodes in het privaatrecht via feitenrechtspraak en Hoge Raad dient plaats te vinden, Menting 2016, p. 280.

⁸¹⁹ Scheltema 2013b, p. 191, die erop wijst dat de waarborgen uit het publiekrecht wel nuttige inspiratiebronnen vormen. Zie vanuit publiekrechtelijk, internationaal perspectief ook Svilpaite 2007. Zie ten aanzien van normalisatie in het bijzonder Schepel 2005, p. 246 en 247 onder verwijzing naar o.a. Bleckmann en Falke 1997, p. 224 die verdere juridisering van normalisatie bepleiten. Schepel zelf staat echter alternatieve waarborgen voor, p. 256-258 en 413. Over alternatieve waarborgen ook Joerges e.a. 1999, p. 45.

⁸²⁰ Giesen 2007, p. 141 en 142 en aldaar genoemde auteurs. Zie later ook Kristic e.a. 2009, p. 199 e.v. die zich ook laten inspireren door de klassieke rechtstatelijke beginselen.

⁸²¹ Zie voor normalisatie een vergelijkbaar argument bij Schepel 2005, p. 256-258 en Cafaggi 2009b, p. 25 en 26; ‘The process through which rules are produced should at least contribute to their evidentiary weight in litigation.’ Cafaggi 2009b, p. 26: ‘Privately produced rules, concerning product safety, only unilaterally enacted (industry driven) should be given different, and lower, evidentiary weight than rules negotiated among different constituencies. This is especially true if the latter were agreed upon according to procedural rules directed at ensuring accountability and effectiveness and based on legitimacy associated not with a bureaucratic selection of the most representative private organisations, but to ex post judicial review.’ Zie meer algemeen Van Gerven

legitimatie gesproken.⁸²² De legitimatie is bij geharmoniseerde normen extra relevant nu marktdeelnemers het gebruik van geharmoniseerde normen als feitelijk de enige mogelijkheid beschouwen om deel te nemen aan de Europese interne markt. Dat zij ‘*de facto* als verplichtend worden ervaren’⁸²³ komt niet alleen door het rechtsgevolg dat de Europese wetgever aan het volgen van de geharmoniseerde norm verbindt – namelijk het bewijsvermoeden – maar ook doordat het feitelijk leveren van bewijs van conformiteit op alternatieve wijze te kostbaar en te gecompliceerd zou zijn.⁸²⁴

4.3 DE LEGITIMATIE VAN GEHARMONISEERDE NORMEN

99 Algemeen

In het licht van paragraaf 4.2 laat zich betogen dat het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen via privaatrechtelijke normstelling vraagt om een nadere rechtvaardiging. Daarvoor moeten de worden gekeken naar de waarborgen die in het totstandkomingsproces en na de totstandkoming zijn ingebouwd om de nadelen te ondervangen die aan geharmoniseerde normen zijn verbonden. Of zulke waarborgen aanwezig zijn en voldoen, zal hierna worden onderzocht. Hiertoe zullen eerst de belangrijkste voor- en nadelen die in het bijzonder gelden voor het gebruik van geharmoniseerde normen binnen het productveiligheidsrecht worden geïnventariseerd, alsmede de door auteurs voorgestelde oplossingen die deze nadelen kunnen ondervangen (§ 4.3.1). Omdat veel van de voor- en nadelen mede gelden voor het gebruik van andere normalisatienormen, bijvoorbeeld voor normen waarnaar in nationale wetten wordt verwezen, zal in die paragraaf worden gesproken van normalisatienormen, tenzij in het bijzonder geharmoniseerde normen worden bedoeld. Vervolgens zullen het totstandkomingsproces van geharmoniseerde normen (§ 4.3.2) en de externe controlemechanismen (§ 4.3.3) in kaart worden gebracht.

& Lierman 2010, p. 298-299. Zie voor Engels recht, Lee 2011, p. 575 e.v. die focust op ‘*purpose, tools and participation*’ als aandachtspunten voor het beoordelen van de normatieve kracht van ‘*standards*’ in *tort*. Volgens haar zijn meerdere omstandigheden ten aanzien van het totstandkomingsproces relevant (process model). Zij pleit echter niet voor een stricte hiërarchie tussen normen. Cafaggi: ‘*Negotiated standardization, in compliance with clear procedural rules concerning openness, transparency and accountability, and independent standardisation could give rise to a rebuttable presumption of safety when here is compliance with the technical standard. Negotiated standardization without procedural guarantees should be treated as unilateral standardization and produce only evidentiary effects.*’, Cafaggi 2009a, p. 221 en 229, alsmede Cafaggi 2011a, p. 110 e.v., paragraaf 6 en eerder in deze zin al Stuurman 1995, p. 259. Ook van Leeuwen lijkt van de aanname uit te gaan dat vanwege de aanwezigheid van een wettelijk kader aan normalisatienormen een groter gewicht toe komt in private verhoudingen, dan wanneer zo’n wettelijk kader ontbreekt; Van Leeuwen 2015, p. 170 onder verwijzing naar Cafaggi voornoemd.

⁸²² Akkermans 2011 noemt in paragraaf 8 eveneens Giesen en Vranken, die reeds voorzetten hebben gedaan.

⁸²³ Van Gestel 2012a, p. 254. Zie ook SEC(2011) 671 final - Impact Assessment. Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Standardisation and amending Council Directives 89/686/EEC and 93/15/EEC and Directives 94/9/EC, 94/25/EC, 95/16/EC, 97/23/EC, 98/34/EC, 2004/22/EC, 2007/23/EC, 2009/105/EC and 2009/23/EC, p. 67.

⁸²⁴ O.a. Hofmann e.a. 2011d, p. 593; Hofmann e.a. 2011a, p. 248.

4.3.1 Reeds geïdentificeerde voor- en nadelen van het gebruik van geharmoniseerde normen

100 Voordelen

Een van de belangrijkste redenen voor gebruik van normalisatie door overheden, zo ook door de Europese, is het besparen van transactiekosten voor overheden.⁸²⁵ Normalisatie-instituten hebben hun eigen verdienmodel en worden grotendeels gefinancierd uit de verkoop van hun eigen normalisatienormen. Normalisatie is daardoor aanzienlijk goedkoper dan overheidsregelgeving. Gezien de kosten, de snelle maatschappelijke vooruitgang en de omvang van normalisatie zou het overgaan op publieke regelgeving op deze gebieden volgens Schepel simpelweg niet meer mogelijk zijn. Hoewel de oude aanpak heeft gefaald (nr. 2), wordt hij voor cosmetica en speelgoed nog gebruikt (nr. 39). Hoewel bewijs van deze stelling ontbreekt, is aannemelijk dat overheden thans in grote mate van normalisatie afhankelijk zijn.⁸²⁶ De overheid zou de kennis voor het opstellen van wetgeving ter eventuele vervanging van normalisatienormen niet in huis hebben.⁸²⁷ De snelheid van totstandkoming en flexibiliteit indien een normalisatienorm moet worden aangepast, wordt vaak als voordeel genoemd ten opzichte van traditionele wetgeving.⁸²⁸ Bij de totstandkoming wordt bovendien geprofiteerd van een hoge mate van deskundigheid. Daarmee zouden normalisatienormen dichter de *state of the art* benaderen dan traditionele wetgeving.⁸²⁹ Verder zou normalisatie ook leiden tot besparing van transactiekosten voor het bedrijfsleven nu de handel in zijn algemeenheid wordt vergemakkelijkt.⁸³⁰ Producten zouden hierdoor goedkoper worden voor consumenten.⁸³¹ Door middel van het gebruik van normalisatienormen worden kennisachterstanden overbrugd. Niet alleen de wetgever, maar ook marktdeelnemers hoeven niet meer over ieder detail van een product te spreken. Zij kunnen volstaan met het verwijzen naar de toepasselijke normalisatienorm. Normalisatienormen bieden een hoge mate van gedetailleerdheid en daarmee concrete sturing voor marktdeelnemers. Een normalisatienorm zou ook de rechter een grote mate van sturing geven, omdat hij er open normen mee kan invullen. Doordat de markt de normalisatienorm heeft opgesteld, zou er in potentie een grotere bereidheid tot naleving zijn.⁸³²

⁸²⁵ Falke 1997, p. 216.

⁸²⁶ Schepel 2005, p. 403, 406-407.

⁸²⁷ Falke 1997, p. 216.

⁸²⁸ Ladeur 1997, p. 78; Falke 1997, p. 216; Previdi 1997, p. 234; Mataija 2016, p. 5 en 12.

⁸²⁹ Falke 1997, p. 216; Joerges e.a. 1999, p. 28; Mataija 2016, p. 4 en 12. Vgl. *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/91.

⁸³⁰ Falke 1997, p. 216; Mataija 2016, p. 5; Mattli & Bütke 2011, p. 68.

⁸³¹ Mattli & Bütke 2011, p. 69 onder verwijzing naar een OECD-studie die niet met naam en toenaam wordt genoemd.

⁸³² Falke 1997, p. 216 en Mataija 2016, p. 5 onder verwijzing naar Schepel 2005, en p.12. Meer in het algemeen over zelfregulering, Van den Bergh 2008, paragraaf 1.1.3.

101 Nadelen

Het meest in het oog springende nadeel van het gebruik van geharmoniseerde normen is dat de traditionele legitimatie van de normen ontbreekt.⁸³³

Daarnaast is de macht van de grote ondernemingen een punt van zorg.⁸³⁴

Normen zouden ook kleinere spelers kunnen binden en, al dan niet bewust,⁸³⁵ mededingingsbeperkend kunnen werken.⁸³⁶ In het meest gevreesde geval kan alleen aan een geharmoniseerde norm worden voldaan door gebruik van gepatenteerde technologie. De octrooihouder bepaalt dan wie de technologie mag gebruiken en zo via de norm dus de markt.⁸³⁷ Maar ook het feitelijke *lock in*-effect – denk aan de QWERTY-standaard voor toetsenborden, VHS, MP3 en HDTV – kan maken dat een normalisatienorm na introductie lastig kan worden losgelaten.⁸³⁸ Een normalisatienorm kan zo voor nieuwe aanbieders een belemmering vormen om de markt te betreden.⁸³⁹ Dit risico zou mede worden vergroot door onvoldoende representatie van het MKB en andere belanghebbenden, zoals consumenten, in het normalisatieproces.⁸⁴⁰ De ondervertegenwoordiging van deze partijen komt door gebrek aan expertise en coördinatie, maar ook doordat stakeholders moeten betalen voor deelname aan het totstandkomingsproces van normalisatienormen.⁸⁴¹

Daarnaast zouden binnen het proces andere belangrijke publieke belangen (zoals het milieu) onvoldoende worden behartigd en gewaarborgd.⁸⁴² Als algemeen nadeel van alternatieve regulering wordt het risico op daling van het niveau van regulering genoemd: betrokkenen zouden belang hebben bij soepelere of lagere normen.⁸⁴³ Hierdoor heerst ook twijfel of normalisatienormen wel het optimale veiligheidsniveau vastleggen.⁸⁴⁴ Tegelijkertijd kan marktafscherming plaatsvinden door juist bijzondere

⁸³³ Ogus 1995, p. 98 en 99, Joerges e.a. 1999, p. 11, Van Leeuwen 2015, p. 78 onder verwijzing naar Werle & Iversen 2006, p. 21-23.

⁸³⁴ Ladeur 1997, p. 84; Spindler 1998, p. 327; Schepel 2005, p. 356; Hofmann e.a. 2011d, p. 602. Vgl. Giesen 2007, p. 35 en 76.

⁸³⁵ Zie voor historische voorbeelden en strategieën t.a.v. normalisatienormen, Austin & Milner 2001, p. 418 e.v. Meer in het algemeen, Giesen 2007, p. 76.

⁸³⁶ Over geharmoniseerde normen in het bijzonder, Van Gestel & Micklitz 2013, p. 152. Over zelfregulering algemeen, Van Gerven & Lierman 2010, p. 124. Zie uitgebreid over normalisatienormen en mededingingsrecht, Lundqvist 2014, p. 1 e.v. en Mataija 2016, p. 237. Zie voor concrete voorbeelden: Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, p. 44.

⁸³⁷ Sattler 2011, p. 344; Lundqvist 2014, p. 230 e.v.; Mataija 2016, p. 235 e.v.

⁸³⁸ Spindler 1998, p. 315. Zie voor verdere voorbeelden: Austin & Milner 2001, 411-427; Mattli & Büthe 2010, p. 455.

⁸³⁹ Ogus 1995, p. 99.

⁸⁴⁰ McGee & Weatherill 1990, p. 585 en 595, zoals ook aangehaald door Craig & De Búrca 2015, p. 627; Stuurman 1995, p. 90-91; Falke 1997, p. 208-210; Joerges e.a. 1999, p. 11; Neerhof 2013b, p. 147. Zie ook Van Leeuwen 2015, p. 78-79, maar dan met name ten aanzien van *services standards*.

⁸⁴¹ COM(2008) 905 fin - REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND TO THE COUNCIL on the implementation of Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety, p. 10.

⁸⁴² Falke 1997, p. 205-207 en Winn & Jondet 2008, p. 464 onder verwijzing naar McGee & Weatherill 1990, p. 582.

⁸⁴³ Giesen 2007, p. 36 onder verwijzing naar Eijlander & Voermans 1999, p. 75.

⁸⁴⁴ Joerges e.a. 1999, p. 11; Lierman 2004, p. 397.

specificaties in normalisatienormen op te nemen die niet per se soepeler hoeven te zijn, maar juist extra belastend kunnen zijn voor kleine marktpartijen, waardoor zij uit de markt kunnen worden gedrukt.⁸⁴⁵

Verder wordt het feit dat de normalisatienormen zelf en het totstandkomingsproces niet-openbaar zijn als probleem ervaren. Indien aan geharmoniseerde normen rechtsgevolgen worden verbonden, dan dient iedereen daar ook toegang toe te hebben, menen velen.⁸⁴⁶ Dit bezwaar van ontoegankelijkheid hangt samen met de opvatting dat geharmoniseerde normen *de jure* weliswaar vrijwillig, maar *de facto* bindend zijn (zie voor een uitzondering op het beginsel van vrijwilligheid nr. 110).⁸⁴⁷ Deze binding wordt sterker naar mate een normalisatienorm niet alleen de eigenschappen van één product regelt, maar ook diens compatibiliteit met andere producten. Tegelijkertijd heeft het volgen van de geharmoniseerde norm *de jure* gevolgen, omdat de gebruiker van de geharmoniseerde norm dan het vermoeden van conformiteit geniet.⁸⁴⁸ Van Gestel wijst op de hoge aanschafkosten van de normen en de nationale verschillen in prijzen.⁸⁴⁹ In de praktijk blijken niet de aanschafkosten maar met name de implementatie en compliance kosten voor ondernemingen zwaar te drukken.⁸⁵⁰

De technische complexiteit van normalisatienormen maakt verder dat de inhoud en gevolgen van de daarin vastgelegde, soms zelfs normatieve keuzes door partijen met onvoldoende technische kennis niet op waarde kan worden geschat.

Een punt dat onderbelicht is gebleven in de juridische literatuur, maar wel relevant is, is dat ook de complexiteit van het juridisch kader aan toegankelijkheid in de weg staat. Er bestaan nationale normalisatienormen,

⁸⁴⁵ Door bijvoorbeeld in normalisatienormen specificaties of testmethoden op te nemen, waarvoor speciale kennis of technologie nodig is die kleinere partijen niet in huis hebben, kunnen zij uit de markt worden gewerkt.

⁸⁴⁶ Van Gestel & Micklitz 2013; Smits 2015, p. 29. Zie ook Van Leeuwen 2015, p. 79-81, t.a.v. *services standards*. Het Europees parlement heeft eveneens gepleit voor integrale publicatie van normen onder de RAPV, welk voorstel niet is overgenomen; REPORT on the proposal for a European Parliament and Council directive on general product safety (COM (2000) 139 – C5-0224/2000 – 2000/0073(COD)), 20 October 2000, A5-0309/2000, p. 10. GEMEENSCHAPPELIJK STANDPUNT (EG) Nr. 11/2001 door de Raad vastgesteld op 12 februari 2001 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2001/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... inzake algemene productveiligheid (*PbEG* 2001, C 93/24), art. 3 lid 2.

⁸⁴⁷ Daelemans 1997, p. 259; Schepel 2005, p. 226; Van Gestel & Micklitz 2013, p. 165. Zie ook Hoenkamp 2015, p. 9 onder verwijzing naar Schepel 2013a, p. 528 en Winn & Jondet 2008, p. 646. Hoenkamp merkt op p. 108 met betrekking tot technologiestandaarden op, dat ook de Commissie dit met zoveel woorden zou hebben erkend: *‘once a standard has been adopted and widely implemented by the industry and in the absence of competing standards, firms that use these technologies may be severely limited in their ability to use another technology. The very purpose of choosing a standard is that the industry agrees on a specific technological solution rather than alternative technologies.’* Citaat uit Commission Decision of 4 December 2013, C(2013)8873, § 188. Op nationaal niveau blijkt dat uit het volgende onderzoek; Actal, *Advies van 28 oktober 2015, Regeldruk door wettelijk verwezen normen*, JtH/RvZ/HS/2015/117: 2015. Van Leeuwen 2015, p. 78, onder verwijzing naar Werle & Iversen 2006, p. 23. Schepel 2013b, p. 192.

⁸⁴⁸ Daelemans 1997, p. 260.

⁸⁴⁹ Van Gestel 2012a, p. 249.

⁸⁵⁰ European Parliament resolution of 21 October 2010 on the future of European standardisation (2010/2051(INI)), onder 49.

Europese EN-normen en geharmoniseerde normen (tevens EN-normen). Alleen de laatste dienen ter invulling van Europeesrechtelijke vereisten en komen via een specifiek gereguleerd proces tot stand. Het onderscheid tussen deze normen is niet altijd duidelijk. Omdat tot voorkort het productveiligheidsrecht alleen in richtlijnen was vervat, die moesten worden geïmplementeerd, konden nationale regelingen zowel naar geharmoniseerde normen als naar nationale normalisatienormen verwijzen. Daarnaast zou onvoldoende controle bestaan op de overeenstemming van de geharmoniseerde norm met de wettelijke essentiële eis. Doordat verder met essentiële eisen, zijnde vage open normen, wordt gewerkt, is onduidelijk welk exact veiligheidsniveau met een geharmoniseerde norm moet worden gehaald.⁸⁵¹ Doordat de essentiële eis als het ware de buitengrenzen van de opdracht aan normalisatie-instituten vormt, zou de normalisatie-instituten een te grote beoordelingsruimte worden gegeven.⁸⁵²

Tot slot wordt nog wel het gebrek aan *accountability* als probleem genoemd; partijen die betrokken zijn bij zelfregulering hoeven geen politieke verantwoording af te leggen.⁸⁵³ Ook is het onduidelijk in hoeverre zij op andere wijze verantwoordelijk of aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het eindproduct.⁸⁵⁴ Bovendien zou een gebrek aan publieke controle op deze private partijen bestaan.⁸⁵⁵

102 Gesuggereerde oplossingen

Meerdere auteurs hebben gepleit voor de gratis publicatie van normen en van het totstandkomingsproces uit openbare middelen.⁸⁵⁶ De politiek en normalisatie-instituten menen daarentegen dat het kosteloos ter beschikking stellen van normen geen optie is, gezien de businessmodellen van normalisatie-instituten.⁸⁵⁷ Volgens Neerhof gaat het om de achterliggende vraag wie de kosten van normalisatie moeten dragen: de belastingbetaler, omdat met normalisatie ook publieke belangen zijn gediend, of gebruikers van de normen, omdat zij met name economische voordelen behalen met het

⁸⁵¹ Egan & Zito 1997, p. 287.

⁸⁵² Joerges e.a. 1999, p. 11, die spreekt van *'the discretion left to private bodies by excessively vague legislative requirements.'* Hofmann e.a. 2011a, p. 248: *'European standards are not merely technical translations of political mandates, but entail a good deal of political judgement.'* De term 'discretionair' in relatie tot bevoegdheid is niet gepast, omdat een overheidsorgaan (of andere private entiteit als daaraan zou mogen worden gedelegeerd) nooit een ongelimiteerde beslissingsruimte heeft, vgl. Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 1 (HSB)* 2017/120-122.

⁸⁵³ Giesen 2007, p. 35 onder verwijzing naar Ogus 1995, p. 98 en 99.

⁸⁵⁴ Schepel 2005, p. 400. Zie voor nuancering Black 1996, p. 42, die zich afvraagt of het privaatrecht dat tot doel heeft economisch te ordenen, tevens geschikt is als middel om private entiteiten met regelgevende macht te controleren.

⁸⁵⁵ Joerges e.a. 1999, p. 11.

⁸⁵⁶ Elferink 1998, p. 274-275; Van Gestel 2012a, p. 225.

⁸⁵⁷ De Vries e.a., *SME access to European standardization. Enabling small and medium-sized enterprises to achieve greater benefit from standards and from involvement in standardization, August 2009*, Rotterdam Rotterdam School of Management, Erasmus University 2009, p. 6. Neerhof 2013b, p. 155 onder verwijzing naar Van Ommeren 2012, p. 220-221; Van Gestel 2012a, p. 253-254; Van Gestel & Micklitz 2013, p. 176; Van Leeuwen 2015, p. 79 onder verwijzing naar Werle 2001, p. 392.

gebruik van normalisatienormen.⁸⁵⁸ In zijn ogen is een bijdrage van gebruikers daarom tot op zekere hoogte te rechtvaardigen, maar is ook (gedeeltelijke) financiering door de overheid op zijn plaats.⁸⁵⁹ Deze aanpak lijkt door de Nederlandse regering te worden gevolgd voor normalisatienormen waar dwingend naar wordt verwezen, door deze kosteloos beschikbaar te (laten) stellen door het NEN en daar uit publieke gelden regelingen voor te treffen.⁸⁶⁰ Deze regeling geldt nog niet voor geharmoniseerde normen en onduidelijk is of zo'n regeling op EU-niveau haalbaar is (nr. 125). Van Gestel wijst erop dat ETSI de normen gratis aanbiedt en vraagt zich af waarom andere normalisatie-instituten dat niet doen.⁸⁶¹

Falke formuleerde in 1997 een aantal voorwaarden waaronder de Commissie de invulling van essentiële eisen zou kunnen overlaten aan normalisatie:

- ‘ It [lees: de Europese wetgever, toevoeging GV] must itself determine to a high level and as precisely as possible the essential requirements which products or technical plants must satisfy for the protection of safety and health, the environment, and other non-economic interests.*
- The technical specifications must satisfy the essential requirements, must have no legally binding character whatsoever and must be regularly be reviewed.*
- The relevant expertise must be fully represented in the standardization committees.*
- The interested parties, in particular the public offices, industry, users, consumers, trade unions, environmental protection associations, as well as a representative of the European Commission, must be able to participate in the making of the technical specifications. The public is to be given the opportunity to express its opinion on the drafts.*
- The draft standards and the outcome of the standardisation work must be easily accessible to all those parties who are interested.’⁸⁶²*

Hij pleitte voor een secundair instrument voor normalisatie, die er inmiddels is gekomen.⁸⁶³ De impact van deze Normalisatieverordening zal hierna verder worden besproken.

Naar aanleiding van het arrest *Knooble/Staat* merkte Van Gestel op dat op de nationale wetgever de plicht zou moeten rusten om de inhoud en het totstandkomingsproces van die normen te controleren, opdat de NEN-normen tot stand komen in een proces waarbij alle relevante partijen daadwerkelijk worden betrokken en normstelling niet wordt gebruikt om marktmacht te misbruiken of concurrenten buiten de deur te houden.⁸⁶⁴ Schroeder wees er

⁸⁵⁸ Neerhof 2013b, p. 155-156.

⁸⁵⁹ In zijn preadvies gaat hij nader op deze problematiek, Neerhof 2016, p. 240-243.

⁸⁶⁰ *Kamerstukken II* 2010/11 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie kenbaarheid NEN-Normen en normalisatie).

⁸⁶¹ Van Gestel 2012a, p. 255.

⁸⁶² Falke 1997, p. 219, zoals ook aangehaald door Schepel 2005, p. 248.

⁸⁶³ Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁶⁴ Van Gestel 2012a, onder verwijzing naar G. Evers, ‘Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift’, *NJB* 1999, p. 1814 met naschrift van Elferink, die verdedigd heeft dat, hoewel NEN-normen door verwijzing geen AVV's worden, de wetgever wel verantwoordelijk wordt voor de opname van de inhoud van de normen in wettelijke voorschriften.

eerder op dat de structuur van maatschappelijke groeperingen hierin een waarborgfunctie kan vervullen alsmede rechterlijke controle. Hij relativeerde de grote macht van de industrie door erop te wijzen dat overheidsregulering evenmin vrij is van lobby.⁸⁶⁵

Giesen noemde reeds als mogelijke waarborgen voor verbetering van de positie van alternatieve regulering, de mogelijkheid om besluiten van de beroepsgroep terug te kunnen draaien⁸⁶⁶ en de mogelijkheid om *accountability* te vergroten door middel van het betrekken van buitenstaanders in het totstandkomingsproces, geschillenbeslechtsmechanismen en eventuele externe controle.⁸⁶⁷

Hoenkamp wijst op de discussie over *open standards*, normalisatienormen waarbij het totstandkomingsproces open is voor alle mogelijke betrokkenen en belanghebbenden.⁸⁶⁸ Nadeel van een volledig open systeem is uiteraard het risico dat het totstandkomingsproces zal worden vertraagd.⁸⁶⁹

Schepel gebruikte het Amerikaanse voorbeeld van de aansprakelijkheid van normalisatie-instituten door het aannemen en uitwerken van een zorgplicht als controlemechanisme.⁸⁷⁰ Verdere juridisering van het totstandkomingsproces achtte hij niet per se een goede ontwikkeling (zie nader nr. 119).⁸⁷¹

Ten aanzien van het gebruik van normalisatie door de nationale wetgever noemt Neerhof verder de waarborgen die normalisatie-instituten zelf dienen te treffen, zoals openbaarheid van de interne organisatie (procedures en werkwijzen, statuten en reglementen), een klachtenregeling en het leren van klachten.⁸⁷² Hoewel er bij het NEN een klachtenregeling bestaat, zijn de beslissingen ten aanzien van klachten en de jaarlijkse rapportages hierover aan het bestuur niet openbaar. In paragrafen 4.3.2 en 4.3.3 zal worden bekeken of voor geharmoniseerde normen zulke waarborgen inmiddels aanwezig zijn.

4.3.2 Proces van totstandkoming geharmoniseerde normen⁸⁷³

103 Algemeen

In deze paragraaf zal het totstandkomingsproces van geharmoniseerde normen worden besproken. Dit totstandkomingsproces maakt dat wellicht toch van regelgevende delegatie van bevoegdheden kan worden gesproken

⁸⁶⁵ Schroeder 2003, p. 276-277, als aangehaald door Giesen 2007, p. 76. Zie tevens Ogus 1995, p. 100.

⁸⁶⁶ Giesen 2007, p. 76.

⁸⁶⁷ Giesen 2007, p. 123.

⁸⁶⁸ Hoenkamp 2015, p. 148.

⁸⁶⁹ Vgl. Schepel 2005, p. 256.

⁸⁷⁰ Schepel 2005, p. 400.

⁸⁷¹ Schepel 2005, p. 256. Zie eerder ook al Joerges e.a. 1999, p. 44.

⁸⁷² Neerhof 2016, p. 247 en 287.

⁸⁷³ De Normalisatieverordening, het Vademecum Normalisatie alsmede de huishoudelijke reglementen van de Europese normalisatie-instituten zijn de belangrijkste informatiebronnen over het totstandkomingsproces. De belangrijkste auteurs die het proces van totstandkoming van geharmoniseerde normen hebben beschreven zijn, Schepel & Falke 2000, p. 1 e.v., Schepel 2005, p. 1 e.v., Hofmann e.a. 2011d, p. 587 en Lundqvist 2014, p. 1 e.v. Voorts gaat het proefschrift van Hoenkamp 2015, p. 1 e.v. in op normalisatie in het kader van EU-smart gridwetgeving en het proefschrift van Van Leeuwen 2015, p. 1 e.v. op *services-standards*. Deze bronnen zijn als basis gebruikt voor deze paragraaf.

(nr. 119). Voorts kan het maken dat bij de vaststelling van het ongeschreven recht meer gewicht aan deze normen toekomt nu de totstandkoming met betere waarborgen is omkleed dan nationale normalisatie of andere alternatieve regulering (alternatieve legitimatie).

104 Het kader van de essentiële eisen

Een belangrijk uitgangspunt van de Nieuwe Aanpak is dat de geharmoniseerde normen worden gebruikt ter invulling van de essentiële eisen uit Europese secundaire productwetgeving (nr. 2 en 40). Net als essentiële eisen wijzen geharmoniseerde normen geen specifieke normadressaat aan: deze normen zijn niet per definitie gericht op een specifieke persoon maar zien op de eigenschappen van het product. Essentiële eisen komen via het traditionele Europese wetgevingsproces tot stand. De essentiële eisen moeten aldus worden geformuleerd dat zij zonder ontwikkeling of toepassing van een geharmoniseerde norm zelfstandig kunnen worden toegepast.⁸⁷⁴ In zoverre zijn het complete of volledige normen. Schepel benadrukte al dat dit niet moet worden overschat nu de essentiële eisen veelal open zijn geformuleerd.⁸⁷⁵ In de praktijk dient te worden beoordeeld of de essentiële eis op zichzelf voldoende bepaald is als zelfstandige grondslag voor handhaving.⁸⁷⁶ Essentiële eisen zijn in zoverre *performance*-standaarden omdat ze einddoelen specificeren: de geharmoniseerde normen vormen de middelen of technische methodes waarmee deze doelen kunnen worden bereikt. De essentiële eisen vormen voorts de buitengrenzen van de bevoegdheid van de Commissie die zij in acht moet nemen bij de beslissing tot publicatie van de verwijzing naar de geharmoniseerde norm (nr. 119).

Nu de doelen van productveiligheidswetgeving divers kunnen zijn (§ 3.4) en geharmoniseerde normen ook buiten het veiligheidsrecht worden gebruikt (ten aanzien van diensten, milieuwetgeving etc.), kunnen geharmoniseerde normen ook diverse doelen vervullen.⁸⁷⁷ Essentiële eisen vormen maximumharmonisatie (nr. 42). Dit betekent dat een geharmoniseerde norm, die dient ter invulling van een essentiële eis, dit minimum en maximumbeschermingsniveau in beginsel dient te respecteren.⁸⁷⁸

105 Totstandkoming mandaat (*standardisation request*)

Nadat de wetgeving is vastgesteld,⁸⁷⁹ wordt door de Europese Commissie een verzoek gedaan aan de Europese normalisatie-instellingen tot het opstellen

⁸⁷⁴ Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie (*PbEU* 1985, C 136/01), Annex II, punt B onder III als aangehaald door Falke 1997, p. en Schepel & Falke 2000, p. 201.

⁸⁷⁵ Schepel 2005, p. 233.

⁸⁷⁶ Vgl. HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, *NJ* 1993/476, over een nationaal warenwetvoorschrift over pesticiden in sla dat weliswaar een gesloten norm bevatte doch open liet voor welke typen sla deze norm gold, hetgeen desalniettemin voldoende bepaald werd geacht.

⁸⁷⁷ Art. 1 lid 4 sub a t/m d Normalisatieverordening.

⁸⁷⁸ Cafaggi 2011a, p. 102.

⁸⁷⁹ Zie ook Hoenkamp hoofdstuk 2 voor een case study over *smart grids* waaruit blijkt dat het uitrollen van normalisatie voordat het *legal framework* staat, problemen kan veroorzaken.

van een geharmoniseerde norm ter invulling van de essentiële eisen (mandaat).⁸⁸⁰ De totstandkoming van een mandaat, ook wel *request for standardisation* genoemd, is een gelaagd proces dat deels is gereguleerd door de Normalisatieverordening en deels is weergegeven in Guidance Documenten van de Commissie (het zogeheten Vademecum Standaardisatie).⁸⁸¹

Het conceptmandaat komt tot stand op basis van consultatie van een groot aantal stakeholders, zoals sociale partners, consumenten en vertegenwoordigers van het MKB en de industrie.⁸⁸² De deelname van belanghebbenden aan normalisatie op Europees niveau is veelal beperkt tot zogeheten '*partner organisations*'.⁸⁸³ Een van de belangrijkste partner organisations is ANEC, die consumenten vertegenwoordigt in normalisatie.⁸⁸⁴ Equivalent voor het MKB is SBS.⁸⁸⁵ Sociale partners zijn verenigd in ETUC⁸⁸⁶ en milieubelangen worden behartigd door ECOS.⁸⁸⁷ Daarnaast worden deskundigen van de lidstaten geconsulteerd. Deze zijn veelal mede georganiseerd in *administrative cooperation groups* (ADCO's), deskundigencomités van de Commissie met afgevaardigden van lidstaten, veelal van de nationale toezichthouders, die de Commissie voor allerlei beleids- of uitvoeringsmaatregelen consulteert.⁸⁸⁸ Formeel wordt voor het

⁸⁸⁰ De Europese Commissie gaf aan: '*Through a mandate, the public authorities ask the European standardisation bodies to draw up technical specifications of a normative nature that meet 'their' requirements. In practice, these standards must enable manufacturers to design and manufacture products that comply with the legal instruments. On the one hand, it is up to the public authorities to lay down strict requirements in order to safeguard the public interest. On the other, it is up to those responsible for preparing the standards to draw up suitable standards that meet these requirements and take account of 'the state of the art', in;* Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid), p. 4

⁸⁸¹ http://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/vademecum/index_en.htm. Het Vademecum bestond tot voorkort grotendeels uit *draft* documenten die nog definitief waren gemaakt: Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid). In oktober 2015 is dit alsnog gebeurd. Deel II ziet op de totstandkoming van het mandaat: SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations.

⁸⁸² Zie ook de preambule onder 28 en art. 5 en 6 van Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 5-7.

⁸⁸³ Guide 25 - The concept of Partnership with European Organizations and other stakeholders Edition 2, July 2017 (Updated version, September 2019). Dit zijn veelal dezelfde organisaties als die worden genoemd in Annex III, Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁸⁴ <http://www.anec.eu/anec.asp>. De taken van ANEC zijn breder dan alleen normalisatie: Falke 1997, p. 209; Mattli 2001, p. 331.

⁸⁸⁵ Small Business Standards. <http://sbs-sme.eu/sme-involvement/policy/representing-smes-standardisation>.

⁸⁸⁶ European Trade Union Confederation. <https://www.etuc.org/issue/standardisation>, en het daaraan gelieerde European Trade Union Institute (ETUI), dat kennis en expertise verzamelt.

⁸⁸⁷ European Environmental Citizens Organisation for Standardisation; <http://ecostandard.org/>.

⁸⁸⁸ Zie voor de taak van deskundigencomités en het register:

<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2>. SWD(2015) 205 final -

mandaat niet de ADCO geconsulteerd, maar het komt regelmatig voor dat de deskundigen die deelnemen in de ADCO's ook door lidstaten voor consultatie in het kader van een mandaat naar voren worden geschoven⁸⁸⁹ of dat ADCO's via andere belanghebbendenorganisaties over geharmoniseerde normen worden geraadpleegd.⁸⁹⁰ De Commissie zendt een eerste versie van het conceptmandaat aan het desbetreffende Europese normalisatie-instituut, die de tekst voorlegt aan zijn eigen *technical board*, zijnde de afdeling die uiteindelijk ook zal beslissen of het mandaat zal worden geaccepteerd en die de norm zal vaststellen.⁸⁹¹

Na de informele consultatie wordt het conceptmandaat gepubliceerd door de Commissie⁸⁹² en ter formele goedkeuring voorgelegd aan *the Committee on Standards* in de zin van art. 10 lid 2 jo. 22 lid 3 en 23 Verordening (EU) 1025/2012.⁸⁹³ Dit is een comité in de zin van Verordening (EU) nr. 182/2011 waarbinnen de lidstaten zijn vertegenwoordigd, beter bekend als comitologie.⁸⁹⁴ Hierbinnen vindt consultatie van en overleg tussen de lidstaten plaats. Ingevolge de Normalisatieverordening is het comité gehouden samen te werken met de Europese normalisatie-instituten en de Europese organisaties van belanghebbenden die van de EU financiering ontvangen.⁸⁹⁵ Het comité komt in de regel drie keer per jaar samen.⁸⁹⁶ Indien het comité positief over het mandaat adviseert, dan wordt het mandaat naar het desbetreffende Europese normalisatie-instituut gezonden ter acceptatie of

Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p 12.

⁸⁸⁹ Zo bleek uit gesprekken met diverse ADCO-leden. Zie ook art. 7 Verordening (EU) 1025/2012

(Normalisatieverordening).

⁸⁹⁰ Zie bijvoorbeeld: <https://www.kan.de/en/publications/kanbrief/close-co-operation-in-the-interests-of-greater-product-safety/adco-task-force-co-operation-in-the-interests-of-better-machine-safety-standards/> en <https://www.etui.org/fr/Themes/Sante-et-securite/Normalisation-et-securite-des-machines-en-anglais/Machinery-Legislation>.

⁸⁹¹ <https://www.cen.eu/work/supportLegislation/Mandates/Pages/default.aspx>, <http://www.cenelec.eu/aboutcenelec/whatwestandfor/supportlegislation/europeanmandates.html>

⁸⁹² Ingevolge art. 12 sub b. jo. 10 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Zie http://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/notification-system/index_en.htm.

⁸⁹³ Art. 10 lid 2 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁹⁴ Verordening (EU) Nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (*PbEU* 2011, L 55/13). Zie over de historie en achtergrond van comitologie, Hofmann e.a. 2011a, p. 224 e.v. De verwijzing naar de comitologieprocedure voor het vaststellen van het mandaat is een politieke keuze geweest, op voorstel van ANEC, om meer waarborgen in de procedure in te bouwen, Winn & Jondet 2008, p. 464 onder verwijzing naar ANEC (2006). Position paper on the revision of the New Approach. Brussels: European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardization. ANEC-GA-2006-G-036. Hoenkamp wees erop dat door in de Normalisatieverordening naar de comitologieprocedure te verwijzen, de suggestie wordt gewekt dat het vaststellen van het mandaat een *implementing act* van de Commissie is, althans dat de wetgever de bedoeling zou hebben gehad bijzondere status aan het mandaat te verlenen, Hoenkamp 2015, p. 53.

⁸⁹⁵ Art. 23 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁹⁶ De auteur is aanwezig geweest bij enkele comité-meetings tijdens een stage bij de EC. Vanwege de informele consultatie is de vaststelling van het mandaat vaak een hamerstuk.

verwerping.⁸⁹⁷ Wordt dit mandaat goedgekeurd, dan wordt het door de Commissie als uitvoeringsbesluit ex art. 291 lid 2 VWEU gepubliceerd.⁸⁹⁸

106 De formele en materiële functie van het mandaat (*standardisation request*)

Sinds jaar en dag bestaat er discussie over de vraag of met het geven van een mandaat, daadwerkelijk regelgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd aan een niet-EU-orgaan (nr. 119).⁸⁹⁹ Het mandaat vervult een belangrijke materiële functie, omdat het de noodzakelijke brug vormt tussen de essentiële eis en de geharmoniseerde norm. In het mandaat staat namelijk aangegeven op welke punten de essentiële eisen nadere uitwerking behoeven.⁹⁰⁰ De Commissie kan in het mandaat de doelen van en vereisten aan de te ontwikkelen norm vergaand sturen.⁹⁰¹ Om een voorbeeld te geven: in een mandaat van de Commissie onder de Laagspanningsrichtlijn wordt duidelijk aangegeven wat de achtergrond van het mandaat is, waar een bestaande norm tekort schiet en met welke andere normen rekening moet worden gehouden.⁹⁰² Tegelijkertijd mag de sturing van de Commissie niet te concreet zijn; de Commissie ontwikkelt immers niet zelf de geharmoniseerde norm.⁹⁰³ Het mandaat bevat nadere instructies aan het Europese normalisatie-instituut over opname in de

⁸⁹⁷ Art. 10 lid 3 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁹⁸ Zo blijkt uit het nieuwe Vademecum dat door de Commissie in de loop van de procedure in *James Elliott* werd gepubliceerd, SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART I - Role of the Commission's Standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 9. Sinds 2009 stond slechts een onvolledige conceptversie van het vademecum op de website, Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid). Daarin stond vermeld op p. 4: *'On the one hand, it is up to the public authorities to lay down strict requirements in order to safeguard the public interest. On the other hand, it is up to those responsible for preparing the standards to draw up suitable standards that meet these requirements and take account of "the state of the art". Therefore, it is not a question of delegating power but of recognising the specific competencies of each operator. It is the mandates which describe and justify, case by case, the tasks that the public authorities assign to the European standardisation bodies. It is on these mandates that the clarity of each party's role, the complementarity between regulations and standards and the quality of European standardisation depend.'*

⁸⁹⁹ Daelemans 1997, p. 257, Previdi 1997, p. 236 met betrekking tot bouwproducten, Joerges e.a. 1999, p. 25-39. Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid), p. 4, Schepel 2005, p. 239. Zie onder meer Colombo & Eliantonio 2017, p. 334.

⁹⁰⁰ Schepel 2005, p. 240: *'The mandate in practice is part contract – fixing target dates, arranging financial modalities and so forth, and part technical elaboration of the essential requirements.'*

⁹⁰¹ SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 15 e.v. R.o. 44 van HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*).

⁹⁰² M/392 EN - Standardisation Mandate under the Low Voltage Directive 73/23/EEC (LVD) addressed to the European Standards Body CENELEC for the revision of relevant safety standards for electrical household appliances with respect to the safety of children, older people and people with disabilities. De mandaten zijn toegankelijk via internet.

⁹⁰³ Zie voor kritiek op de positie van het mandaat onder de RAPV, Schepel 2005, p. 230.

geharmoniseerde norm van elementen die niet onder het mandaat vallen en die aan de Commissie ter goedkeuring moeten worden voorgelegd.⁹⁰⁴

107 De totstandkoming van de geharmoniseerde norm binnen de Europese normalisatie-instituten

Na publicatie van het mandaat gaat het Europese normalisatie-instituut aan de slag met het ontwikkelen van de geharmoniseerde norm. CEN en CENELEC beschikken over gezamenlijke huishoudelijke reglementen die de totstandkomingsprocedure beschrijven.⁹⁰⁵ Eerst wordt door de *technical board (TB)* een concept van de geharmoniseerde norm opgesteld. Dit werkdocument wordt gezonden naar de *technical committee (TC)*. De *TC* bestaat uit vertegenwoordigers van nationale normalisatie-instituten en stakeholders. Deze laatste moeten (eveneens) betalen voor deelname aan het totstandkomingsproces, maar hebben geen stemrecht.⁹⁰⁶ *Partner organisations* met stakeholders, zoals als ANEC en SBS, wijzen experts aan om hen te vertegenwoordigen binnen de *TCs*.⁹⁰⁷ Deze organisaties worden gefinancierd door de Europese Commissie om deel te nemen en kennis te kunnen inkopen.⁹⁰⁸ Desalniettemin betwijfelen sommigen of dit voldoende tegenwicht biedt aan de macht van de industrie.⁹⁰⁹ De industrie is immers vertegenwoordigd in de nationale normalisatie-instituten en dus ook in de *TCs*.⁹¹⁰

De *TCs* wijzen personen aan om een *working group* te vormen die een concept-geharmoniseerde norm (*draft*) opstellen.⁹¹¹ Dit concept wordt ter consultatie gepubliceerd binnen het ICT-systeem van CEN of CENELEC, de zogeheten *enquiry phase*. Het concept wordt daarbinnen weergegeven als een 'prEN'-norm.⁹¹² Hiertoe hebben voornoemde organisaties toegang, doch niet iedereen.⁹¹³ Uit het oogpunt van auteursrecht dat op het eindproduct zal rusten, is dat begrijpelijk, maar qua legitimatie laat dat te wensen over. Het

⁹⁰⁴ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o.14; Schepel 2005, p. 240.

⁹⁰⁵ CEN & CENELEC, *Internal Regulations Part 1: Organization and structure*, July 2018: 2018a en CEN & CENELEC, *Internal Regulations Part 2 - Common Rules For Standardization Work*, July 2018: 2018b.

⁹⁰⁶ Internal Regulations Part 2 - Common Rules For Standardization Work, July 2018, p. 15. Zie ook Hoenkamp 2015, p. 50.

⁹⁰⁷ <http://sbs-sme.eu/sme-involvement/policy/representing-smes-standardisation>.

⁹⁰⁸ Art. 5 lid 1 en Annex III alsmede art. 16 en 17 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Zie ook hun doelstellingen en de *WTO standardisation principles*. Zie over ANEC ook Van Leeuwen 2015, p. 83. Introductie van dergelijke belangengroeperingen en externe financiering daarvan is eerder voorgesteld, Spindler 1998, p. 330 onder verwijzing naar Fürh (niet kunnen raadplegen).

⁹⁰⁹ Hofmann e.a. 2011d, p. 602, onder verwijzing naar Egan 2001, p. 211; Van Gestel & Micklitz 2013. Zie over ANEC ook Van Leeuwen 2015, p. 83. Zie ook Colombo & Eliantonio 2017, p. 337.

⁹¹⁰ Lundqvist 2014, p. 126; Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, p. 44.

⁹¹¹ De *working group* bestaat veelal uit fabrikanten en die hebben op deze wijze veel invloed, Neerhof 2017, noot 65.

⁹¹² Hetgeen staat voor *pre-standard*.

⁹¹³ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 179, zoals ook aangehaald door Neerhof 2013b, p. 149.

concept wordt, net als de uiteindelijke geharmoniseerde norm, in drie talen gepubliceerd (Engels, Frans en Duits).⁹¹⁴

Volgens de *Guidelines* dienen Europese normalisatie-instituten rekenschap af te leggen van alle opvattingen die in het totstandkomingsproces naar voren komen en dienen zij gedurende het hele -proces open en transparant te zijn.⁹¹⁵ Op grond van art. 5 van de Normalisatieverordening moeten Europese normalisatieorganisaties in alle stadia van het totstandkomingsproces een passende vertegenwoordiging en effectieve deelname van alle belanghebbenden en hun Europese organisaties aan hun normalisatieactiviteiten bevorderen en vergemakkelijken.⁹¹⁶ De vraag is of dit ook de praktijk is.⁹¹⁷ Door het nieuwe ICT-systeem van Europese normalisatie-instituten is de toegang tot het proces weliswaar vergroot,⁹¹⁸ maar vanwege het ontbreken van stemrecht zijn *partner organisations*, die de belanghebbenden vertegenwoordigen, feitelijk nog steeds afhankelijk van de nationale normalisatie-instituten.⁹¹⁹ Vanwege de betalingsplicht zijn zij bovendien – ondanks EU-subsidie – niet altijd aanwezig.⁹²⁰ Op 13 juni 2016 heeft de Commissie een initiatief gelanceerd met stakeholders waarin niet-bindende toezeggingen zijn gedaan voor verbetering van Europese normalisatie, waaronder onder actie 10 het verbeteren van de betrokkenheid van stakeholders op nationaal niveau.⁹²¹

De tekst van de geharmoniseerde norm mag geen normatieve verwijzingen naar wetgeving bevatten: de reglementen van CEN en CENELEC melden expliciet dat verwijzing naar essentiële eisen en concrete EU-wetgeving dient

⁹¹⁴ <http://collaborationclc.iec.ch/lotusquickr/IECResources.nsf/myplaces?OpenForm>

⁹¹⁵ Hofmann e.a. 2011d, p. 602, onder verwijzing naar Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid), p. 11 en Schepel 2005, p. 244-246.

⁹¹⁶ Hofmann e.a. 2011d, p. 602.

⁹¹⁷ Schepel & Falke 2000, p. 111 e.v.; Van Leeuwen 2015, p. 74; Lundqvist 2014, p. 125.

⁹¹⁸ Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, p. 84 en recommendation 12. CEN en CENELEC hebben het totstandkomingsproces gedigitaliseerd, waardoor een deel van de feitelijke drempels voor deelname (denk aan reis- en verblijfkosten) zijn weggenomen, doch participatiekosten zijn nog steeds verschuldigd, <https://www.cen.eu/WorkArea/tools/Pages/default.aspx>.

⁹¹⁹ Op dit punt is weinig veranderd ten opzichte van de situatie zoals beschreven door Falke in 1997, Falke 1997, p. 208. Zie ook Schepel 2005, p. 244.

⁹²⁰ *Partner organisations* geven aan dat zij hun middelen tactisch moeten inzetten en keuzes moeten maken voor wat betreft de kennis die ze inkopen en de normen waarbij zij willen worden betrokken. Zoals o.a. aangegeven in de presentatie van Laura Degallaix, director van ECOS, van 7 april 2017 op de conferentie *European Standardisation for Internal Market and its Constitutional Challenges* te Lund, Zweden. De jaarlijkse tarieven voor lidmaatschap, alsmede voor deelname in de TCs, worden bekendgemaakt in Annex 1 bij Guide 25 - The concept of Partnership with European Organizations and other stakeholders Edition 2, July 2017 (Updated version, September 2019). Voor CEN bedraagt het lidmaatschap in 2019 € 5.250,- per jaar alsmede € 525,- per TC met een cap van max. € 3.150,-. De tarieven voor deelname bij CENELEC liggen iets lager.

⁹²¹ Joint Initiative on Standardisation (*PbEU* 2016, C 3211), p. 12 als onderdeel van COM(2016) 358 final - Standardisation package.

plaats te vinden in een bijlage of annex (Annex ZZ of ZA).⁹²² Daar dient ook duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de verwijzingen die niet samenhangen met essentiële eisen en verwijzingen die daar wel mee samenhangen.⁹²³ Vraag is of dit in de praktijk ook zo gebeurt. Dat een technische uitwerking inherent ook normatieve keuzes bevat is al sinds lange tijd in de literatuur erkend.⁹²⁴

Omdat in het verleden de uiteindelijke geharmoniseerde norm met regelmaat te veel afweek van de essentiële eisen in de wetgeving, heeft de Commissie extra controle willen inbouwen door de aanstelling van een zogeheten *New Approach Consultant*.⁹²⁵ Dit was een expert die door CEN, CENELEC, de Europese Commissie/EFTA werd benoemd ter consultatie of de geharmoniseerde norm daadwerkelijk afdoende invulling gaf aan de essentiële eisen.⁹²⁶ Deze consultant werd vanaf het eerste moment betrokken bij de totstandkoming van de geharmoniseerde norm. Hij onderhield contact met de Commissie en gaf een formeel advies voordat het concept werd voorgelegd voor stemming in de TC.⁹²⁷ Na verloop van tijd ontstonden problemen met deze consultants op het punt van hun onafhankelijkheid. Zij onderhielden onvoldoende contact met de DGs en namen soms te actief deel aan de opstelling van de norm. Per 1 april 2018 maakt de Commissie daarom gebruik van harmonised standard (HAS)-consultants die door een onafhankelijke derde, de HAS-contractor,⁹²⁸ worden benoemd. De taken van de HAS-consultants zijn vergelijkbaar met hun voorgangers, maar de controle op hun werkzaamheden is aangescherpt en procedures zijn veel verder geformaliseerd.⁹²⁹

Nadat, eventueel na wijziging van het concept, een definitieve geharmoniseerde norm tot stand is gekomen, wordt er gestemd in de TC. Niet iedere stem weegt even zwaar: het gewicht van de stem hangt af van het

⁹²² <http://boss.cen.eu/reference%20material/guidancedoc/pages/oj.aspx>. Zie ook SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 16.

⁹²³ SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART III - Guidelines for the execution of standardisation requests, p. 7. Dat een EN-norm zowel geharmoniseerde als niet-geharmoniseerde normen kan bevatten volgt ook uit HvJ EU 21 oktober 2010, C-185/08 (*Latchways and Eurosafe Solutions/Kedge Safety Systems c.s.*), r.o. 32 en 33.

⁹²⁴ Spindler 1998, p. 319, onder verwijzing naar Duitse literatuur, die ook het voorbeeld noemt van een maximum geluidsnorm in een DIN-norm. Schepel 2005, p. 256, die dit echter geen aanleiding vindt om het totstandkomingsproces verder te juridiseren.

⁹²⁵ In antwoord op vragen van de Raad in 1999 zijn suggesties gedaan om de 'follow up' en controle te verbeteren, zie het follow up on mandates document op http://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/vademecum/index_en.htm.

⁹²⁶ Schepel & Falke 2000, p. 25; Schepel 2005, p. 241 en 242; CEN & CENELEC, *Guide 15. Tasks and responsibilities of the New Approach Consultants. Edition 2. May 2014*, Brussels, Belgium: 2014.

⁹²⁷ CEN & CENELEC, *Guide 15. Tasks and responsibilities of the New Approach Consultants. Edition 2. May 2014*, Brussels, Belgium: 2014, p. 19.

⁹²⁸ Thans Ernst & Young. Update on the European Commission's views on the broad context of harmonised standards. CCMC's Workshop "Preparation of Harmonized Standards" Brussels, 12 July 2018 <https://www.cencenelec.eu/aboutus/ourservices/Training/HAS/Pages/default.aspx>.

⁹²⁹ <https://boss.cen.eu/developingdeliverables/en/pages/enforojeu.aspx>.

aantal inwoners dat het desbetreffende nationale normalisatie-instituut vertegenwoordigt. Een voorstel binnen CENELEC is aangenomen bij 71% van de gewogen stemmen. Bij CEN is een voorstel aangenomen bij 55% van de gewogen stemmen of indien een aantal stemmen is uitgebracht dat naar evenredigheid correspondeert met 65% van het totale aantal inwoners van alle leden.⁹³⁰ De totstandkoming van een norm duurt in de regel ongeveer 1 tot 3 jaar.⁹³¹

108 Publicatie van de verwijzing

De geharmoniseerde norm dient na de totstandkoming te voldoen aan de essentiële eisen die hij beoogt in te vullen. De toets van de geharmoniseerde norm aan deze eisen is thans in art. 10 lid 5 en 6 Normalisatieverordening gecodificeerd. Met de nieuwe HAS-consultants probeert de Commissie tegemoet te komen aan eerdere kritiek dat deze toets moest worden gerelativeerd, omdat de Commissie zelf niet over de technische kennis zou beschikken om de geharmoniseerde norm inhoudelijk te kunnen beoordelen.⁹³² Het niveau van deze toets bleek in de praktijk per productgroep zeer te verschillen en was afhankelijk van de kennis en kunde van de ambtenaar op het desbetreffende dossier.⁹³³ Thans lijkt het rapport van de HAS-consultant in deze controle een centralere rol te vervullen. Acht de Commissie de overeenstemming voldoende, dan maakt Commissie onverwijld een referentie van die geharmoniseerde norm bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie.⁹³⁴ De Commissie kan ook besluiten niet tot publicatie over te gaan.

Een van de vertegenwoordigers van Orgalime⁹³⁵ wijst er terecht op dat de keuze tot het niet-publiceren van een geharmoniseerde norm, niet betekent dat de geharmoniseerde norm in de prullenbak verdwijnt. In de praktijk zal deze door marktdeelnemers nog steeds worden gebruikt.⁹³⁶ Pas vanaf het moment van publicatie geldt het vermoeden van overeenstemming.⁹³⁷ Voorheen publiceerde de Commissie de verwijzing in de C-serie van het

⁹³⁰ CEN & CENELEC, *Internal Regulations, Part 2, Common Rules For Standardization Work*, June 2015: 2015, p. 26.

⁹³¹ ftp://ftp.cencenelec.eu/EN/AboutUs/InFigures/CEN-CENELEC_StatPack2015-Q3.pdf. Meer dan de helft van de normalisatienormen die in het derde kwartaal van 2015 door CEN en CENELEC zijn gepubliceerd, waren na 1 tot 3 jaar klaar. 16% was binnen 12 maanden klaar. 32% duurde langer dan 3 jaar.

⁹³² Schepel 2005, p. 241; Hoenkamp 2015, p. 75; Hofmann e.a. 2011d, p. 601.

⁹³³ Update on the European Commission's views on the broad context of harmonised standards. CCMC's Workshop "Preparation of Harmonized Standards" Brussels, 12 July 2018 <https://www.cencenelec.eu/aboutus/ourservices/Training/HAS/Pages/default.aspx>.

⁹³⁴ Thans art. 10 lid 5 en 6 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Vgl. over de oude situatie Hoenkamp 2015, p. 55; Hofmann e.a. 2011d, p. 601; Schepel 2005, p. 244.

⁹³⁵ Orgalime is the *European Engineering Industries Organisation*, een branche- en lobbyorganisatie.

⁹³⁶ Philippe Portaler, Orgalime, commentaar onder Gherardini, Harmonised European Standards and the EU Court of Justice: Beware Not to Open Pandora's Box, 27 mei 2016, *European Law Blog*. www.europeanlawblog.eu 27 May 2016.

⁹³⁷ Hofmann e.a. 2011d, p. 601, onder verwijzing naar Schepel 2005, p. 235 en art. R8 van Annex 1 bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

publicatieblad. Tegenwoordig publiceert zij de verwijzing in de L-serie.⁹³⁸ De norm zal alleen tegen betaling verkrijgbaar zijn via de nationale normalisatie-instituten. Deze maken de EU-normen tot nationale normen en verstrekken vertaalde versies. Uit de reglementen van de Europese normalisatie-instituten volgt het uitgangspunt dat geharmoniseerde normen om de vijf jaar worden geëvalueerd.⁹³⁹ Uit rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg volgt dat het vermoeden blijft gelden, ook indien een secundair instrument wordt herzien, tenzij de vervaldatum bij de verwijzing verloopt of deze wordt ingetrokken.⁹⁴⁰

109 Wettelijk vermoeden van overeenstemming

De crux van het Nieuwe Aanpak-systeem is dat het naleven van de geharmoniseerde norm na publicatie van de verwijzing ernaar in het publicatieblad resulteert in een vermoeden van overeenstemming van het product met de essentiële eisen uit secundaire EU-wetgeving.⁹⁴¹

Zoals in hoofdstuk 3 besproken volgt uit *James Elliott* dat het vermoeden van overeenstemming een wettelijk bewijsvermoeden is met primair administratiefrechtelijke werking. Het vermoeden geldt niet uit hoofde van EU-recht voor de beoordeling van al dan niet naleving van een nationaal vereiste van contractuele aard.⁹⁴² Zie voor verdere privaatrechtelijke relevantie van het bewijsvermoeden de hoofdstukken 6 en 7 en § 7.3.1.3. Lidstaten, inclusief nationale toezichthoudersautoriteiten en rechters, zijn aan het wettelijk vermoeden gebonden. Is de geharmoniseerde norm deugdelijk toegepast, dan dienen de nationale autoriteiten de vrije toegang en verhandeling van deze goederen op de interne markt te verzekeren.⁹⁴³

Het volgen van een geharmoniseerde norm is niet altijd doorslaggevend voor het uiteindelijke oordeel over de veiligheid van een product, aangezien het vermoeden kan worden weerlegd. De nationale autoriteiten dienen in zo'n geval aan te tonen en te motiveren dat het product desalniettemin onveilig is doordat het niet voldoet aan de essentiële eisen, wil de autoriteit kunnen

⁹³⁸ Volpato & Eliantonio, The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series, *European Law Blog* 7 March 2019.

⁹³⁹ <https://www.cen.eu/work/ENdev/how/Pages/default.aspx>.

⁹⁴⁰ GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*), r.o. 67-70.

⁹⁴¹ Men ziet dit ook wel bij *food*-wetgeving, zij het dat dat meer ziet op kwaliteitsprocessen en niet producteigenschappen. Verbruggen 2014b, p. 22 onder verwijzing naar Garcia-Martinez e.a. 2013, p. 1101 e.v.

⁹⁴² Antwoord op de derde prejudiciële vraag: '58 Om dezelfde redenen als die welke in punt 51 hierboven reeds zijn aangehaald, mag richtlijn 89/106 dan ook niet aldus worden uitgelegd dat zij de – eventueel impliciete – nationale regels die van toepassing zijn op de overeenkomsten voor de verkoop van bouwproducten, harmoniseert. 59 Bijgevolg geldt het vermoeden van geschiktheid voor gebruik dat is geformuleerd in artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106, gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn, niet wanneer in het kader van een contractueel geschil moet worden beoordeeld of een van de partijen bij de overeenkomst een nationaal vereiste van contractuele aard heeft nageleefd.'

⁹⁴³ HvJ EG 2 december 1980, 815/79, ECLI:EU:C:1980:273 (*Cremonini/Vrancovich*), r.o. 11 en 13; HvJ EG 25 maart 1999, C-112/97, ECLI:EU:C:1999:168 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 5 april 2001, C-100/00, ECLI:EU:C:2001:211 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 22 mei 2003, C-103/01, ECLI:EU:C:2003:301 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 49.

ingrijpen.⁹⁴⁴ De lidstaat dient van genomen maatregelen melding te maken onder de *safeguard clauses* uit de desbetreffende instrumenten. De Commissie kan bij leemtes in geharmoniseerde normen onder sommige instrumenten zelfs EU-brede uitvoeringsmaatregelen uitvaardigen, zodat lidstaten tegen producten optreden (nr. 71).⁹⁴⁵

Dat geharmoniseerde normen *de jure* niet binden omdat de marktdeelnemer de mogelijkheid heeft om conformiteit ook op andere wijze aan te tonen, is reeds besproken.⁹⁴⁶ Kiest een marktdeelnemer niet voor het volgen van de geharmoniseerde norm dan kan hij niet van het bewijsvermoeden profiteren, maar draagt hij de volle bewijslast dat zijn product in overeenstemming is met de essentiële eisen.⁹⁴⁷

110 Uitzondering: bouwproducten en hun prestatie-eisen

Hoewel het beginsel van niet-dwingende verwijzing naar geharmoniseerde normen in EU-wetgeving leidend is, bestaan hierop ook uitzonderingen.

Anders dan andere Nieuwe Aanpak-instrumenten werkt de huidige Verordening Bouwproducten⁹⁴⁸ niet met essentiële eisen maar met essentiële kenmerken in de zin van prestatie-eisen van *producten*. Bij bouwproducten wordt dan ook niet over een verklaring van overeenstemming (*declaration of conformity*) gesproken, maar van een prestatieverklaring (*declaration of performance*). Dit verschil in terminologie kan worden verklaard doordat bouwproducten veelal worden geïntegreerd in bouwwerken. De veiligheidsrisico's worden niet altijd direct gevormd door het product zelf, maar zitten met name in de aansluiting en compatibiliteit van dergelijke producten met andere producten en verwerking ervan in een bouwwerk. Daarom is accurate weergave en vaststelling van de *prestaties* van zulke producten relevant, bijvoorbeeld de draagkracht/belastbaarheid van bepaald materiaal. De verordening stelt geen minimeisen aan de prestaties van bouwproducten zelf. De geharmoniseerde normen doen dat evenmin: de geharmoniseerde normen leggen alleen de (test)methoden vast aan de hand waarvan bepaalde prestaties moeten worden vastgesteld. Op het punt van de vrijwillige verwijzing naar geharmoniseerde normen wijkt het kader daardoor substantieel af. Een CE-markering mag alleen worden aangebracht op een bouwproduct als voor de *beoordeling van de prestaties* de geharmoniseerde norm is gevolgd dan wel – indien het product of diens prestatie niet valt onder een geharmoniseerde norm – een technische beoordeling van de prestaties is uitgevoerd door een technische beoordelingsinstantie met behulp van een

⁹⁴⁴ Zie in deze zin terecht HR 2 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2883, NJ 1999, 552, r.o. 3.3. Zie voor een voorbeeld ook Rb. Rotterdam 29 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6515.

⁹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*) over o.a. art. 11 van Richtlijn 2006/42/EG (Machines). Eerder ook Falke 1997, p. 195; Kloepfer 2011, p. 194; Schepel 2005, p. 225-226.

⁹⁴⁶ Neerhof 2016, p. 204.

⁹⁴⁷ Dat alternatief bewijs voorkomt en wordt geaccepteerd door de autoriteiten volgt bijvoorbeeld uit CBB 17 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:136.

⁹⁴⁸ Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten).

Europees beoordelingsdocument. Indien een geharmoniseerde norm dus beschikbaar en toepasselijk is, dan is het *verplicht* deze te gebruiken gebruikt.⁹⁴⁹ Met de CE-markering verklaart de producent dat de prestaties zijn vastgesteld in overeenstemming met de geharmoniseerde norm en dat het product aan de door hemzelf aangegeven prestatie-eisen voldoet.⁹⁵⁰ Het Hof heeft in *James Elliott*, waarin de oude Richtlijn Bouwproducten centraal stond, gefocust op de beginselen van de Nieuwe Aanpak, waardoor mijns inziens de uitspraak niet alleen relevant is voor bouwproducten maar een bredere strekking heeft.

De Richtlijn Bouwproducten was in Nederland geïmplementeerd in het Bouwbesluit 2012 en de Regeling Bouwbesluit 2012. Het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit zijn echter meer omvattend dan de voormalige Richtlijn Bouwproducten en de thans geldende Verordening Bouwproducten, omdat de eisen aan *bouwwerken* niet Europees zijn geharmoniseerd. Daardoor ziet men in de Regeling Bouwbesluit 2012 zowel verwijzingen naar geharmoniseerde normen, als naar niet-geharmoniseerde normalisatienormen voor wat betreft aspecten die onder het niet-geharmoniseerde deel van de regelgeving vallen. Deze regelgeving is daardoor complex.

4.3.3 Externe controle op geharmoniseerde normen

111 Algemeen

Voor voldoende legitimatie dienen voldoende externe controlemechanismen (ex post) op geharmoniseerde normen aanwezig te zijn. Indien tijdens het totstandkomingsproces iets misgaat of een geharmoniseerde norm komt tot stand die niet voldoet aan de essentiële eisen, dan moet hiertegen kunnen worden opgekomen (§ 4.5.1). Bovendien moeten voldoende prikkels aanwezig zijn bij normalisatie-instituten om stakeholders daadwerkelijk in het totstandkomingsproces te betrekken en uiteindelijk een norm tot stand te brengen die zowel in overeenstemming is met de essentiële eisen als met het overige EU-recht. Deze controlemechanismen zullen hierna worden behandeld. Omdat nog niet is uitgekristalliseerd of geharmoniseerde normen op geldige delegatie berusten, bestaat onduidelijkheid over a) de materiële grondslagen waaraan geharmoniseerde normen kunnen worden getoetst en b) of, en zo ja voor wie, er (rechts)ingangen openstaan om tegen die normen te ageren. Vanwege de hybride natuur van geharmoniseerde normen zullen zowel de (meer) publiekrechtelijke als de (meer) privaatrechtelijke grondslagen en (rechts)ingangen worden behandeld.

⁹⁴⁹ O.a. art. 4 lid 2, 8 lid 3 en 6 en 17 lid 5 van de Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten). Dit volgt ook uit COM(2016) 445 final - Verslag over de uitvoering van Verordening (EU) nr. 305/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten en tot intrekking van Richtlijn 89/106/EEG van de Raad, p. 6-7. Zie ook Neerhof 2017, p. paragraaf 2.2.2. Schepel 2005, p. 228 en 229 over de oude Richtlijn Bouwproducten, waaronder dit probleem ook al bestond, onder verwijzing naar Previdi 1997, p. 225 en 236.

⁹⁵⁰ Art. 8 Verordening Bouwproducten.

112 Interne beroepsprocedure en formele bezwaarprocedure (*safeguard procedure*)

De reglementen van CEN en CENELEC voorzien in een vrij uitgebreide interne beroepsprocedure tegen iedere ‘*action or inaction*’ van een *TB* of bijbehorend orgaan. Een beroep kan worden ingesteld door leden alsmede door *partner organisations*, op grond van schending van de statuten of reglementen of vanwege bezwaren met betrekking tot de interne markt, de veiligheid, de gezondheid, het milieu of de toegankelijkheid van het proces.⁹⁵¹

De Normalisatieverordening voorziet daarnaast in een formele bezwaarprocedure indien een geharmoniseerde norm niet volledig beantwoordt aan de essentiële eisen.⁹⁵² Deze formele bezwaarprocedure (*safeguard procedure*) staat open voor lidstaten en voor het Europees Parlement.⁹⁵³ Andere belanghebbenden dienen via informele klachten bij de Commissie, lobby via parlementsleden of een parlementaire petitie problemen met geharmoniseerde normen aan de orde te stellen.⁹⁵⁴ Gemotiveerde bezwaren van lidstaten of parlementsleden worden gepubliceerd.⁹⁵⁵ De Commissie besluit daarop, na raadpleging van het comité, de referenties van de betrokken geharmoniseerde norm wel, niet of met beperkingen in het publicatieblad bekend te maken (art. 11 lid 1 sub a jo. 22) dan wel de referenties te handhaven met beperkingen of in te trekken (art. 11 lid 1 sub b jo. 22). Er is dus – om met de woorden van Giesen te spreken – enige vorm van ‘metatoezicht’.⁹⁵⁶

Uit de gepubliceerde bezwaren blijkt dat een aantal keer per jaar bezwaar wordt gemaakt⁹⁵⁷ en dat in één op de drie gevallen expliciete intrekking of publicatie met een beperking volgt.⁹⁵⁸ In al die gevallen ging het om een bezwaar aangaande de veiligheid.⁹⁵⁹ Vaak waren concrete incidenten in lidstaten of waarnemingen van nationale autoriteiten aanleiding voor het bezwaar.⁹⁶⁰ Art. 11 van de Normalisatieverordening lijkt geen publicatie van

⁹⁵¹ Art.7.1 e.v. Internal Regulations Part 2 - Common Rules For Standardization Work. July 2018.

⁹⁵² Voorheen werden deze procedures per secundair instrument vastgesteld, Schepel 2005, p. 235.

⁹⁵³ Art. 11 lid 1 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening); Schepel 2013a, p. 529-530, waarin hij eveneens de ontwikkeling beschrijft van de bezwaarprocedure. Onder de oude Laagspanningsrichtlijn uit 1973 was het de Commissie die zelf bezwaar kon maken, hetgeen volgens Schepel laat zien dat publicatie slechts een informatieve functie had. Zie voor kritiek ook Colombo & Eliantonio 2017, p. 339.

⁹⁵⁴ De petitie is geregeld in art. 24 lid 2 VWEU jo. art. 227 VWEU.

⁹⁵⁵ Art. 12 sub c Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Zie https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/notification-system_en: Schepel 2013a, p. 530.

⁹⁵⁶ Giesen 2007, p. 123.

⁹⁵⁷ Op 2 april 2019 waren dit conform de data op voornoemde website 25 formele bezwaren sinds inwerkingtreding van de Normalisatieverordening in 2013. De meeste bezwaren betroffen nog bezwaren via de ‘oude’ safeguard procedures uit de specifieke richtlijnen. Zie voor oude data Schepel 2013a, p. 530.

⁹⁵⁸ De beslissingen op bezwaar zijn beschikbaar in het publicatieblad van de EU, maar ook via https://ec.europa.eu/growth/node/2783_en. Hier zijn slechts negen beslissingen op bezwaar gepubliceerd. In zeven van de negen werd het bezwaar tot op zekere hoogte gehonoreerd.

⁹⁵⁹ Zie voor een oude stand van zaken Hoenkamp 2015, p. 56 en voor voorbeelden Schepel 2005, p. 237.

⁹⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Commission implementing decision (EU) 2015/2414 of 17 December 2015 on the publication with a restriction in the Official Journal of the European Union of the reference of harmonised

negatieve beslissingen op bezwaar te verlangen. Indien een negatieve beslissing op bezwaar een nog niet gepubliceerde norm betreft, lijkt er geen formele beslissing op bezwaar te worden gepubliceerd, maar kan het bezwaar feitelijk worden meegenomen door bijvoorbeeld de norm aan te passen voordat deze wordt gepubliceerd door de Commissie. Dit zou kunnen verklaren waarom veel van de gepubliceerde bezwaren zijn ‘verlopen’ (*expired*) en niet altijd een formele beslissing wordt genomen door de Commissie.

113 Toetsing aan art. 101 en 102 VWEU (het Europese mededingingsrecht)

Een normalisatienorm kan de mededinging beperken (nr. 101).⁹⁶¹ Door de Commissie en de lidstaten is altijd volgehouden dat geharmoniseerde normen als een zuiver privaat product moeten worden gezien.⁹⁶² In de Normalisatieverordening is daarom geëxpliciteerd dat normalisatie-instellingen kunnen worden beschouwd als onderneming of ondernemersvereniging in de zin van art. 101 en 102 VWEU.⁹⁶³ In rechtspraak van het Hof is duidelijk geworden dat nationale normalisatie-instituten en certificeringsinitiatieven onder omstandigheden als kartel kunnen worden beschouwd.⁹⁶⁴

In *EMC Development/de Commissie* is door het Gerecht besloten, welke beslissing door het Hof in stand is gelaten, dat een geharmoniseerde norm die onder mandaat van de Commissie is ontwikkeld door CEN, kan worden

standard EN 521:2006 ‘Specifications for dedicated liquefied petroleum gas appliances — Portable vapour pressure liquefied petroleum gas appliances’ in accordance with Directive 2009/142/EC of the European Parliament and of the Council (notified under document C(2015) 9145), (*PbEU* 2015, L 4/24), waarvoor de aanleiding meldingen van de Nederlandse autoriteiten waren. Alsmede Commission implementing decision (EU) 2015/27 of 7 January 2015 on the publication with a restriction in the Official Journal of the European Union of the reference of standard EN 474-1:2006+A4:2013 on Earth-moving machinery under Directive 2006/42/EC of the European Parliament and of the Council (*PbEU* 2015, L 333/120), waaruit bleek dat na verschillende incidenten met bulldozers, waarbij gewonden waren gevallen omdat het zicht vanuit de cabine beperkt was, een petitie bij het parlement aanleiding was voor een bezwaar tegen de geharmoniseerde norm waar de bulldozers aan voldeden.

⁹⁶¹ Zie voor een nadere uitwerking de Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (*PbEU* 2011, C 11/01) (Horizontal Guidelines). Zie met name nr. 265 t/m 269 en 273 t/m 274 en 277 t/m 299

⁹⁶² SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART I - Role of the Commission's Standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 9. Zie voor het parlement: P8_TA-PROV(2017)0278 - European Standards for the 21st century. European Parliament resolution of 4 July 2017 on European standards for the 21st century (2016/2274(INI))

⁹⁶³ Preambule onder 13 Normalisatieverordening: “The European standardisation organisations are subject to competition law to the extent that they can be considered to be an undertaking or an association of undertakings within the meaning of Articles 101 and 102 TFEU.” Voorheen bestond hier onduidelijkheid over, Schepel 2005, p. 309 en 310.

⁹⁶⁴ Mataija 2016, p. 233-244, Lundqvist 2014, p. 192 en 193 onder verwijzing naar Schepel 2005, p. 289 e.v. en p. 311 e.v. en de zaken Hof 8 november 1983, gevoegde zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, ECLI:EU:C:1983:310 (*IAZ e.a./Europese Commissie* - ANSEAU-NAVEWA label), GvEA (Vierde kamer — uitgebreid) 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (*SCK en FNK/Europese Commissie*) en Hof van Justitie (Vijfde Kamer) 11 juli 1989, 246/86, ECLI:EU:C:1989:301 (*Belasco e.a./Europese Commissie*), Neerhof 2016, p. 257.

getoetst aan art. 101 VWEU.⁹⁶⁵ Voor de beoordeling sloot het Gerecht aan bij de door de Commissie gehanteerde *Guidelines on the Applicability of article 101 VWEU to Horizontal Co-operation Agreements*.⁹⁶⁶ In de *guidelines* staat een vrijstelling (*safe harbour*) opgenomen in paragraaf 280:

*'Where participation in standard-setting is unrestricted and the procedure for adopting the standard in question is transparent, standardisation agreements which contain no obligation to comply with the standard and provide access to the standard on fair, reasonable and non-discriminatory terms [ook wel bekend als FRAND]⁹⁶⁷ will normally not restrict competition within the meaning of Article 101(1).'*⁹⁶⁸

Indien Europese normalisatie-instituten deze procedurele waarborgen in acht nemen, opereren zij al snel binnen de marges van art. 101 lid 1 VWEU.⁹⁶⁹ Hoewel *ECM* inhoudelijke argumenten had aangevoerd waarom sprake was van een kartel en de mededinging feitelijk werd beperkt, kwam het Gerecht aan die inhoudelijke toets niet toe (mede op grond van gebrek aan bewijs voor de overige inhoudelijke klachten).⁹⁷⁰ Uit de *EMC*-zaak lijkt te volgen dat geharmoniseerde normen normaliter binnen deze vrijstelling vallen, tenzij sprake is van bijvoorbeeld flagrante schending van de bestaande statuten en reglementen door het Europese normalisatie-instituut. Vanwege deze vrijstelling zal een beroep op art. 101 VWEU dus lastig slagen.⁹⁷¹

Als gepatenteerde technologie de basis vormt voor een normalisatienorm (zogenoemde *Standard Essential Patents, SEP's*), dan kan dit een monopoliepositie opleveren voor de octrooihouder.⁹⁷² Van misbruik in de zin van art. 102 VWEU kan sprake zijn indien vervolgens licenties worden uitgegeven onder voorwaarden die niet *'fair, reasonable and non-*

⁹⁶⁵ GvEA 12 mei 2010, T-432/05, ECLI:EU:T:2010:189 (*EMC Development/Europese Commissie*), r.o. 71 e.v. eerste aanleg, welke beslissing door het Hof in stand is gelaten, HvJ EU (beschikking) 31 maart 2011, C-367/10 P, ECLI:EU:C:2011:203 (*EMC Development/Commissie*), zoals ook aangehaald door Mataija 2016, p. 240, Van Leeuwen 2015, p. 227 en Lundqvist 2014, p. 193.

⁹⁶⁶ Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (*PbEU* 2011, C 11/01) (*Horizontal Guidelines*). Zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 228.

⁹⁶⁷ De eisen stammen uit COM(92) 445 final - Communication on Intellectual Property Rights and Standardization, paragraaf 5.1.6. en 6.2.1. Ze vormen mede de basis voor latere onderzoeken van de Commissie onder art. 102 VWEU, de Verordening (EU) Nr. 596/2014 (Marktmisbruik) en diens voorganger (zie hierna).

⁹⁶⁸ In de paragrafen 281 t/m 286 worden deze begrippen nader uitgewerkt.

⁹⁶⁹ Lundqvist wijst er nog op dat voor overige normalisatienormen art. 101 lid 3 VWEU nog als escape kan gelden, Lundqvist 2014, p. 206 e.v. Hij bepleit voorts dat bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende werking van normen moet worden gekeken naar de soort norm. Daar zouden de vrijstellingsbepalingen ook op moeten worden aangepast, zie de hoofdstukken 7 en 8.

⁹⁷⁰ Lundqvist 2014, p. 204 en 372.

⁹⁷¹ Zie voor nadere voorbeelden nog Mataija 2016, p. 237 e.v. Hij wijst ook nog op art. 101 lid 3 VWEU en art. 106 lid 2 VWEU, die nadere rechtvaardigingen kunnen bieden voor de belangenafweging als vervat in geharmoniseerde normen. Zie voor gebruik van nationale normalisatie door de nationale wetgever en art. 101 VWEU nog Neerhof 2016, p. 257 e.v.

⁹⁷² Zie voor nadere informatie Lundqvist 2014, p. 229 en uitgebreid de bijdragen in Contreras 2017, p. 1 e.v. m.n. Geradin 2017, p. 78 e.v.

discriminatory ('FRAND') zijn, bijvoorbeeld tegen een onredelijk hoge prijs. Van misbruik kan ook sprake zijn, indien de octrooihouder direct dreigt met een kort geding zonder de inbreukmaker een licentie aan te bieden of indien hij reeds een licentie aanbiedt onder voorwaarden die niet 'FRAND' zijn, ook wel bekend als een *hold up*-situatie.⁹⁷³ De Europese Commissie heeft in de onderzoeken tegen *Google/MMI*, *Motorola* en *Samsung* nader uitgelegd wat zij onder FRAND en misbruik in relatie tot (dreiging met) verbodsacties verstaat,⁹⁷⁴ waarna het Hof van Justitie zich erover heeft uitgelaten in de zaak *Huawei*.⁹⁷⁵ Dit probleem zou eveneens kunnen voorkomen bij geharmoniseerde normen onder het productveiligheidsrecht, doch het speelt met name bij nieuwe (informatie)technologiestandaarden; denk aan 5G en 6G voor mobiele telefonie. Om die reden wordt deze mogelijkheid hier slechts kort aangestipt.

Schepel wees er eerder op dat het beter is ofwel geharmoniseerde normen als privaat product te beschouwen en deze normen en hun opstellers integraal te onderwerpen aan het mededingingsrecht of geharmoniseerde normen als publiekrecht te zien en te onderwerpen aan de overige bepalingen uit de EU-verdragen en de gebruikelijke rechterlijke controle daaronder, met name art. 34 VWEU.⁹⁷⁶ Geharmoniseerde normen zijn echter hybride, omdat u ze een privaat product zijn maar wel onder secundair EU-recht hangen en daar deel vanuit maken. Mataija wijst erop dat de scheidslijnen tussen de diverse grondslagen vervagen in het Europese recht, omdat het Hof van Justitie kiest voor een '*functional approach*'. Bovendien is er ten aanzien van de doelen van zowel art. 34 VWEU en art. 101 VWEU enige overlap, waardoor dergelijke

⁹⁷³ Zie voor nadere voorbeelden de opmerkingen van de verwijzende rechter onder 37 e.v. in HvJ EU 16 juni 2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 (*Huawei/ZTE*).

⁹⁷⁴ C (2012) 1068 - Commission decision of 13.02.2012 pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation (EC) No 139/2004 Merger Procedure. Case No COMP/M.6381 - Google/Motorola Mobility, m.n. onder 113; C(2014) 2891 final - Public Version of Commission Decision of 29.4.2014 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement. Case AT.39939 - Samsung - Enforcement of UMTS standard essential patents; C(2014) 2892 final - Public Version of the Commission Decision of 29.04.2014 addressed to Motorola Mobility LLC relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement. Case AT.39985 - Motorola - Enforcement of GPRS standard essential patents, overweging 269.

⁹⁷⁵ HvJ EU 16 juni 2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 (*Huawei/ZTE*), r.o. 61 t/m 70. Zo dient volgens het Hof – kort samengevat – de octrooihouder de inbreukmaker in kennis te stellen van de inbreuk onder vermelding van het toepasselijke 'standaard essentiële octrooi' (SEO) (r.o. 61) en vervolgens een aanbod te doen voor een licentie onder FRAND-condities (r.o. 63 en 64). De inbreukmaker dient vervolgens 'met bekwame spoed overeenkomstig de handelsgebruiken en te goeder trouw' gevolg te geven aan dat aanbod (r.o. 65). Bij de niet-aanvaarding door de inbreukmaker dient deze laatste een tegenaanbod te doen dat aan de FRAND-voorwaarden beantwoordt (r.o. 66) en passende zekerheid te stellen (r.o. 67). Bij gebreke van overeenstemming kan eventueel een derde worden ingeschakeld voor de vaststelling van de royalties (r.o. 68). Het is aan de nationale rechter om na te gaan of partijen deze stappen hebben doorlopen (r.o. 70).

⁹⁷⁶ Schepel 2005, p. 338 en eerder ook Schepel 2002, p. 31; Cafaggi 2006a, p. 237. Zie voor een weergave van de discussie, doch zelf anders Mataija 2016, p. 18 en 19, en p. 250 onder verwijzing naar Sauter & Schepel 2009, p. 103. Vgl. o.a. HvJ EG 6 juni 2002, C-159/00, ECLI:EU:C:2002:343 (*Sapod Audic/Eco-Emballages SA*), waaruit volgde dat private beperkingen van het vrije verkeer van goederen uitsluitend aan het mededingingsrecht konden worden getoetst.

grondslagen samen kunnen lopen en elkaar tot op zekere hoogte zelfs kunnen beïnvloeden. Ik sluit mij hierbij aan. Het Hof van Justitie heeft zich nog nooit expliciet over deze vraag uitgelaten.⁹⁷⁷ Met de antwoorden in *James Elliott* lijkt indirecte rechterlijke controle via art. 267 VWEU mogelijk en is de deur naar directe rechterlijke controle via art. 263 VWEU op een kier gezet (nr. 117 en nr. 118). Hoewel geharmoniseerde normen daardoor steeds verder het publieke domein worden ingetrokken, kan het mededingingsrecht mijns inziens naast art. 34 VWEU een nuttige rol als materiële toetsingsgrond vervullen. Volgens de *horizontal guidelines* is het Europese mededingingsrecht strikt genomen niet van toepassing op het uitoefenen van een publieke taak.⁹⁷⁸ Het opstellen van een geharmoniseerde norm in opdracht van de Commissie, waarnaar in het publicatieblad wordt verwezen, kan met enige goede wil als een uitoefening van een publieke taak worden gezien (vgl. nr. 119). Regelen geharmoniseerde normen echter meer dan alleen de invulling van essentiële eisen – denk aan elementen van de norm die buiten het mandaat vallen – dan is voor wat betreft dat meerdere geen sprake van het uitoefenen van een publieke taak. Deze elementen van de norm zouden aan het mededingingsrecht kunnen worden getoetst. De normen waarvan de Commissie uiteindelijk niet een referentie in het publicatieblad publiceert, zijn bovendien niet automatisch uit de wereld en kunnen eveneens inbreuk maken op art. 101 VWEU.⁹⁷⁹

114 Toetsing aan art. 34 VWEU (het vrije verkeer van goederen)

In de literatuur werd tot voor kort aangenomen dat nationale wetgeving die inbreuk maakte op het vrije verkeer van goederen moest worden getoetst aan art. 34 VWEU, en dat private normalisatienormen als product van private entiteiten moesten worden getoetst aan het Europese mededingingsrecht (nr. 113). Art. 34 VWEU is primair een grondslag voor het toetsen van handelingen van de lidstaten, maar ook maatregelen van de EU-instellingen kunnen eraan worden getoetst.⁹⁸⁰ De Commissie is zo'n instelling, maar Europese

⁹⁷⁷ Mataija 2016, p. 18 en 19, onder verwijzing naar Sauter & Schepel 2009, p. 103, en Mataija p. 250 en 251. Volgens Mataija had het hof hiertoe de kans in *Fra.bo* (hierna over art. 34 VWEU). In *EMC* voornoemd had het hof in kunnen gaan op de verhouding tussen art. 101 VWEU en een eventuele inbreuk op de Richtlijn Bouwproducten. Bij zulke gevallen zijn volgens hem twee benaderingen mogelijk: samenloop met '*converent reading*', waarbij schending van de ene regel 'doortikt' in de andere, of '*separation reading*', waarbij beide regels separaat worden gehanteerd (p. 250). *ECM* lijkt volgens hem indirect blij te geven van de *separation-gedachte*.

⁹⁷⁸ Zie paragraaf 258 van de eerdergenoemde *horizontal guidelines* onder verwijzing naar HvJ EG 26 maart 2009, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191 (*SELEX*), waarvan r.o. 76 en 77 m.n. relevant zijn. In lijn met o.a. HvJ EG 19 februari 2002, C-309-99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), r.o. 57: '*According to the case-law of the Court, the Treaty rules on competition do not apply to the activity which, by its nature, its aim and the rules to which it is subject does not belong to the sphere of economic activity [...] or which is connected with the exercise of the powers of a public authority [...]*'.

⁹⁷⁹ Overigens kunnen art. 101 lid 3 VWEU en art. 106 lid 2 VWEU, daar waar sprake is van een schending, nog nadere rechtvaardigingen bieden voor de belangenafweging als vervat in geharmoniseerde normen, zie voor een uitwerking, Mataija 2016, p. 86 en 242-243.

⁹⁸⁰ HvJ EG 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449 (*Alliance for Natural Health*), r.o. 47.

normalisatie-instituten zijn private rechtspersonen die in beginsel geen wetgevingshandelingen kunnen verrichten (zie nr. 119).

Uit het *Fra.bo*-arrest van het Hof van Justitie blijkt dat nationale norm-instituten als private instanties onderworpen kunnen zijn aan art. 34 VWEU (voorheen art. 30 EG) en aansprakelijk kunnen zijn indien de vastgestelde norm het vrije verkeer van goederen hindert.⁹⁸¹ De *Fra.bo*-zaak ging over een nieuwe norm voor koperfittings van de *Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW)*. De Duitse watervoorzieningswet bepaalde dat alle materialen en onderdelen aan de ‘*allgemein anerkannten Regeln der Technik*’ moesten voldoen. Voor zover de CE-marking niet was voorgeschreven, werden producten of toestellen die een DVGW-keurmerk droegen vermoed aan de ‘*allgemein anerkannten Regeln der Technik*’ te voldoen. Producten zonder DVGW-keurmerk genoten niet dit vermoeden. Zij waren toegestaan mits zij een gelijkwaardig beschermingsniveau boden. In de praktijk kochten Duitse huishoudens daardoor feitelijk alleen DVGW-gecertificeerde koperfittings. Conformiteit op andere wijze aantonen was *de facto* haast onmogelijk.⁹⁸² Het betrof niet op EU-niveau geharmoniseerde regelgeving, ook een andere EN-norm ontbrak.⁹⁸³ Een Italiaanse producent van koperfittings had een contract tot certificering bij DVGW gesloten, doch de certificering werd ingetrokken na introductie van een nieuwe norm nu daaraan niet zou zijn voldaan. Uiteindelijk werden prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU gesteld, dat oordeelde dat art. 34 VWEU van toepassing kon zijn op DVGW.⁹⁸⁴ De uitspraak werd door sommigen aangehaald als beginpunt voor de horizontale directe werking van vrij verkeer van goederen.⁹⁸⁵ Alleen al gezien de functie en de rol van normalisatie-instellingen in deze zaak, die door de wettelijke verwijzing als quasi-publieke instellingen functioneren en de door het Hof genoemde

⁹⁸¹ HvJ EU 14 september 2012, C-171/11, ECLI:NL:XX:2012:BX2273, NJ 2012/580, RvdW 2012/1099 (*Fra.bo SpA/DVGW*).

⁹⁸² § 12 Abs. 4 van Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV): ‘*Es dürfen nur Produkte und Geräte verwendet werden, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen.*

Die Einhaltung der Voraussetzungen des Satzes 1 wird vermutet, wenn eine CE-Kennzeichnung für den ausdrücklichen Einsatz im Trinkwasserbereich vorhanden ist. Sofern diese CE-Kennzeichnung nicht vorgeschrieben ist, wird dies auch vermutet, wenn das Produkt oder Gerät ein Zeichen eines akkreditierten Branchenzertifizierers trägt, insbesondere das DIN-DVGW-Zeichen oder DVGW-Zeichen. Produkte und Geräte, die

1. in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum rechtmäßig hergestellt worden sind oder
2. in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in der Türkei rechtmäßig hergestellt oder in den Verkehr gebracht worden sind

und die nicht den technischen Spezifikationen der Zeichen nach Satz 3 entsprechen, werden einschließlich der in den vorgenannten Staaten durchgeführten Prüfungen und Überwachungen als gleichwertig behandelt, wenn mit ihnen das in Deutschland geforderte Schutzniveau gleichermaßen dauerhaft erreicht wird.’ Zie later ook OLG Düsseldorf 14.08.2013, VI-2 U (Kart) 15/08, r.o. 53.

⁹⁸³ Zie nader over normalisatienormen die niet dienen ter invulling van essentiële eisen en art. 34 VWEU, Van Leeuwen 2015, p. 221-224.

⁹⁸⁴ R.o. 32.

⁹⁸⁵ Verbruggen 2014a en Van Leuken e.a. 2017, p. 173 en aldaar genoemde bronnen.

voorwaarden, is duidelijk dat algemene conclusies in dat opzicht niet te snel mogen worden getrokken.⁹⁸⁶

Schepel laat zich in twee artikelen uit 2013 zeer kritisch uit over voornoemde uitspraak en meent dat niets eraan in de weg staat om ook geharmoniseerde normen aan art. 34 VWEU te toetsen (zie over de wenselijkheid van toetsing nr. 119).⁹⁸⁷ De A-G in de zaak *James Elliott* (nr. 83 en 116) betoogt onder verwijzing naar het arrest *Fra.bo* mijns inziens terecht dat daar waar nationale normalisatienormen aan art. 34 VWEU moeten kunnen worden getoetst, het Hof *a fortiori* bevoegd moet worden geacht geharmoniseerde normen aan art. 34 VWEU te toetsen.⁹⁸⁸

Overigens is door Lundqvist de vraag opgeworpen hoe substantieel de eventuele controle via art. 34 VWEU zou zijn. Een Europese geharmoniseerde norm geldt immers in heel de EU voor alle marktdeelnemers, waardoor deze – net als secundair EU-recht⁹⁸⁹ – minder snel het vrije verkeer van goederen zal hinderen.⁹⁹⁰ Slechts indien een geharmoniseerde norm bijvoorbeeld meer reguleert dan de essentiële eisen of de norm zo buitenproportioneel streng is dat alleen bepaalde multinationals op de markt eraan zouden kunnen voldoen, zou sprake kunnen zijn van een schending.⁹⁹¹ Bovendien lijken marktdeelnemers wellicht een actie in te kunnen stellen bij de civiele rechter nu zij een direct economisch belang hebben bij vrij verkeer van goederen, doch lijkt bij consumenten of consumentenbelangenorganisaties een economisch belang te ontbreken: zij hebben met name belang bij een juist veiligheidsniveau van een geharmoniseerde norm. De praktische relevantie van deze toetsingsmogelijkheid lijkt derhalve beperkt.⁹⁹²

115 Toetsing aan het secundaire EU-recht

Op basis van de jurisprudentie van het Hof dient nationale wetgeving die qua toepassingsbereik valt onder volledig geharmoniseerde, secundaire EU-wetgeving, in beginsel niet aan art. 34 VWEU, maar rechtstreeks aan het

⁹⁸⁶ Uit r.o. 26 volgt dat het erom gaat of de activiteit van DVGW, rekening houdend met het wet- en regelgevingskader waarin zij wordt uitgeoefend, het vrije verkeer van goederen belemmert op dezelfde wijze als overheidsmaatregelen. Vgl. Tobler in <http://media.leidenuniv.nl/legacy/case-c-171-10.pdf> onder verwijzing naar <http://www.minbuza.nl/ecer/nieuws/2012/07/geen-horizontale-directe-werking-voorbepalingen-van-het-vrij-verkeer-van-goederen.html>.

⁹⁸⁷ Schepel 2013a, p. 521 e.v. Iets terughoudende Schepel 2013b, p. 192.

⁹⁸⁸ Concl. A-G van 28 januari 2016 in C-613/14, ECLI:EU:C:2016:63 (*James Elliott Construction Ltd./Irish Asphalt Ltd.*), punt 59 en 60.

⁹⁸⁹ Secundair EU-recht stimuleert volgens het Hof veelal juist het vrije verkeer van goederen, zie o.a. Van den Cleyenbreugel & Van den Bogaert 2018, p. 491 en aldaar genoemde bronnen.

⁹⁹⁰ Lundqvist 2014, p. 379. Zie ook Mataija 2016, p. 250.

⁹⁹¹ Vgl. het OLG dat in *Fra.bo*, nadat het Hof was geaddieerd, tot een inbreuk kwam nu de daarin vervatte onderwatertest van 3.000 uur onredelijk was en een andere rechtvaardiging voor zo'n strenge norm niet bestond, OLG Düsseldorf 14.08.2013, VI-2 U (Kart) 15/08, r.o. 33 en 39 e.v. zoals ook besproken door Verbruggen 2017b, p. 80 e.v.

⁹⁹² Zie ook Mataija 2016, p. 250.

secundaire instrument te worden getoetst.⁹⁹³ In de zaak *Commissie/Duitsland*, als aangehaald in *James Elliott*,⁹⁹⁴ oordeelde het Hof dat nationale regelgeving (in dit geval uit Duitsland) die feitelijk zwaardere eisen stelt aan de verhandelbaarheid van producten dan de Richtlijn Bouwproducten door een ü-mark te vereisen naast CE-markering, in strijd is met deze laatste richtlijn.⁹⁹⁵ Ook handelingen van nationale ambtenaren binnen het kader van handhaving van productveiligheidsrecht dienen te worden getoetst op verenigbaarheid met het secundaire EU-recht en niet op verenigbaarheid met art. 34 VWEU.⁹⁹⁶ Handelingen van instellingen en organen van de Unie kunnen sowieso aan secundair EU-recht worden getoetst, als regels afgeleid van het verdrag ex art. 263 tweede alinea VWEU.

Mijns inziens kunnen geharmoniseerde normen die onder volledig geharmoniseerde EU-wetgeving hangen, ook worden getoetst aan het secundaire EU-recht en dan met name de essentiële eisen die zij invullen. Dit vraagt wel een vertaalslag. Europese normalisatie-instituten zijn immers geen organen van de Unie en zijn dus niet op die wijze aan het secundaire EU-recht gebonden. Ze worden aan de essentiële eisen gebonden via een overeenkomst van opdracht met de Commissie en niet zozeer doordat secundair productveiligheidsrecht aan hen gerichte, bindende verplichtingen bevat. Voor zover de Europese normalisatie-instituten als pure private entiteiten moeten worden gezien die geen wet- of regelgevingshandelingen verrichten, kunnen de essentiële eisen wel indirect worden gebruikt ter concretisering van art. 34 VWEU (nr. 114). Voorts lijkt de beslissing van de Europese Commissie tot publicatie in ieder geval op de verenigbaarheid met secundair EU-recht, en de daarin vervatte essentiële eisen, te kunnen worden getoetst (nr. 118).⁹⁹⁷

116 Via art. 267 VWEU – uitleg

Art. 267 VWEU bepaalt dat het Hof van Justitie bevoegd is, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over a.) de uitlegging van de Verdragen en b.) de geldigheid en de uitlegging van de *handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie*.

In de *James Elliott*-zaak bevestigde het Hof van Justitie (in antwoord op de eerste vraag onder a) dat art. 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het Hof van Justitie bevoegd is tot *uitleg* van een geharmoniseerde norm in de zin

⁹⁹³ Zie o.a. HvJ EG 14 december 2004, C-309/02, ECLI:EU:C:2004:799, r.o. 53. Dit is ook het beleid van de Commissie in inbreukprocedures. Vgl. HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, *NJB* 2007, 1168, *NTer* 2008, nr. 7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*), r.o. 50.

⁹⁹⁴ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 46.

⁹⁹⁵ HvJ EU 16 oktober 2014, C-100/13 (*Commissie/Duitsland, ü-mark*), r.o. 60-61.

⁹⁹⁶ HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, *NJB* 2007, 1168, *NTer* 2008, nr. 7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*), r.o. 53. Overigens is in inbreukprocedures ook niet altijd helder waar de grens ligt van een secundair instrument, waardoor de inbreuk zekerheidshalve wordt gestoeld op beide grondslagen.

⁹⁹⁷ Zie eerdere opmerkingen van Schepel dat indien rechterlijke toetsing moet worden opengesteld, het deze beslissing moet betreffen en niet de integrale normalisatienorm. Let wel, hij raadt het verder mogelijk maken van rechterlijke toetsing en juridisering van normalisatie af en ziet dat niet als oplossing voor de problemen die met normalisatie zijn gemoeid, Schepel 2013a, p. 533. Ik ben daarin minder terughoudend.

van art. 4 lid 1 van de oude Richtlijn Bouwproducten⁹⁹⁸ waarvan de referentie is gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie.⁹⁹⁹ Het verwijst daartoe naar jurisprudentie over handelingen van organen die *niet* kunnen worden gekwalificeerd als ‘instellingen, organen en instanties van de Unie’, maar die naar hun aard wel maatregelen ter uitvoering of toepassing van een handeling van Unierecht zijn en kunnen worden uitgelegd om een uniforme toepassing van Unierecht te verzekeren.¹⁰⁰⁰ Vervolgens overweegt het Hof dat in lijn met eerdere jurisprudentie ‘een handeling van Unierecht die geen juridisch bindende werking heeft’ ook door het Hof kan worden uitgelegd.¹⁰⁰¹ Het Hof wijst er vervolgens op dat het volgen van een geharmoniseerde norm bepaalde rechtsgevolgen meebrengt (het vermoeden van overeenstemming).¹⁰⁰² Volgens het Hof maakt de geharmoniseerde norm daarom ‘deel uit(...) van het Unierecht’ nu aan de hand van de norm wordt vastgesteld of het vermoeden toepassing heeft,¹⁰⁰³ in welk geval het product is toegestaan op de interne markt en lidstaten geen extra eisen mogen stellen.¹⁰⁰⁴ Het Hof van Justitie merkt op dat de geharmoniseerde norm een noodzakelijke en strikt afgebakende maatregel vormt die op initiatief van de Commissie wordt doorgevoerd en slechts na publicatie van de verwijzing rechtgevolgen heeft.¹⁰⁰⁵ Het gaat vervolgens in op de inhoud, de invloed en controle van de Commissie op het mandaat, de uitvoering daarvan en de controle van het eindproduct,¹⁰⁰⁶ en het feit dat de Commissie de zorg voor de naleving van de richtlijn door lidstaten draagt via art. 258 VWEU (inbreukprocedure).¹⁰⁰⁷ In dat licht acht het Hof zich bevoegd tot uitleg. *James Elliott* roept echter een aantal nieuwe vragen op die hierna zullen worden behandeld.

Inmiddels is het Hof in de zaak *Anstar* daadwerkelijk tot uitleg van het toepassingsbereik van geharmoniseerde normen onder de Verordening Bouwproducten overgegaan.¹⁰⁰⁸ Uit deze zaak blijkt dat de uitleg van geharmoniseerde normen vanwege hun technische gehalte wellicht nog

⁹⁹⁸ Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde produkten (*PbEG* 1989, L 40) (Richtlijn Bouwproducten)

⁹⁹⁹ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 47.

¹⁰⁰⁰ *James Elliott*, r.o. 34 onder verwijzing naar HvJ EG 20 september 1990, C-192/89, EU:C:1990:322 (*Sevince*), r.o. 10 en HvJ EG 21 januari 1993, C-188/91 EU:C:1993:24 (*Deutsche Shell*), r.o. 17.

¹⁰⁰¹ R.o. 35 onder verwijzing naar HvJ EG 21 januari 1993, C-188/91 EU:C:1993:24 (*Deutsche Shell*), r.o. 18.

¹⁰⁰² R.o. 38, 39, 41 en 42. In de door het Hof aangehaalde zaak HvJ EU 21 oktober 2010, C-185/08 (*Latchways and Eurosafe Solutions/Kedge Safety Systems c.s.*), r.o. 31 ging het nog om een deel van een EN-norm dat buiten het mandaat viel en niet als geharmoniseerde norm kon worden gezien, doch de motivering in dat arrest kan wel als opmaat worden gezien voor *James Elliott*, zie Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 886.

¹⁰⁰³ R.o. 40.

¹⁰⁰⁴ R.o. 41 en 42.

¹⁰⁰⁵ R.o. 43.

¹⁰⁰⁶ R.o. 44-45.

¹⁰⁰⁷ R.o. 46 onder verwijzing naar HvJ EU 16 oktober 2014, C-100/13 (*Commissie/Duitsland, ü-mark*).

¹⁰⁰⁸ HvJ EU 14 december 2017, C-630/16, ECLI:EU:C:2017:971 (*Anstar Oy Turvallisuus- ja kemikaalivirasto (Tukes)*).

strikt is verweven met de feiten dan ander EU-recht. Om een antwoord te geven op het materiële toepassingsbereik van een geharmoniseerde norm dient het Hof te worden voorgelicht over het product in kwestie, doch de feitelijke toets of een bepaald product onder een geharmoniseerde norm valt, is aan de nationale rechter.¹⁰⁰⁹ Voor uitleg kijkt het Hof naar de inhoud van de geharmoniseerde norm (met name de Annex ZZ of ZA), het mandaat dat de buitengrenzen ervan aangeeft¹⁰¹⁰ en eventuele eerdere geharmoniseerde normen.¹⁰¹¹ Opvallend is dat het Hof overweegt dat de aanwezigheid van een Europees beoordelingsdocument bij bouwproducten een aanwijzing kan zijn voor uitleg van de geharmoniseerde norm (deze zijn alleen toepasselijk voor producten waarvoor geen geharmoniseerde normen bestaan), mits zo een document in rechte is overgelegd. Het is echter niet per definitie doorslaggevend.¹⁰¹² Voorts zijn nadere richtsnoeren of uitlegdocumenten van normalisatie-instituten over de geharmoniseerde norm volgens het hof niet relevant voor de uitleg in rechte ervan.

117 Via art. 267 VWEU – indirecte rechtmatigheidstoetsing?

Het antwoord in *James Elliott* laat open of het Hof van Justitie naast *uitleg* (art. 267 aanhef en sub a VWEU), tevens bevoegd is te oordelen over de *rechtmatigheid* van geharmoniseerde normen in de zin van art. 267 aanhef en sub b VWEU. Dit artikel biedt geen directe rechtsingang, maar zorgt dat nationale gerechten prejudiciële vragen over de *geldigheid* van geharmoniseerde normen kunnen (en bij twijfel daarover in laatste instantie *moeten*) stellen. In de prejudiciële procedure mag het Hof ook maatregelen ongeldig verklaren. De nationale rechter mag dat namelijk niet.¹⁰¹³ Het moet dan wel gaan om een ‘handeling van de instellingen, organen of instanties van de Unie’ (*act*) in de zin van sub b en normalisatie-instituten zijn dit strikt genomen niet. De vraag en het antwoord in *James Elliott* zagen expliciet op uitleg, en niet op de geldigheid. Het Hof zegt niet of de geharmoniseerde norm een handeling in voornoemde zin is, doch slechts dat hij ‘deel uitmaakt van het Unierecht’.¹⁰¹⁴

A-G Campos Sánchez-Bordona betoogde dat de formele bezwaarprocedure (nr. 112), het mandaat (nr. 106) en handelingen van de Commissie voorafgaand aan publicatie (nr. 108) maken dat hier sprake is van “gecontroleerde” delegatie van regelgeving’ en dat een geharmoniseerde norm een handeling van de instellingen, organen of instanties van de Unie (*act*) is in de zin van art. 267 aanhef en sub b VWEU (zie hierna).¹⁰¹⁵ Meerdere

¹⁰⁰⁹ R.O. 33.

¹⁰¹⁰ R.O. 34-37.

¹⁰¹¹ R.O. 38-40.

¹⁰¹² R.O. 41-43. In casu waren deze niet overgelegd.

¹⁰¹³ Craig & De Búrca 2015, p. 534 en 535, onder verwijzing naar HvJ EG 22 oktober 1987. 317/85 (*Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost.*).

¹⁰¹⁴ *James Elliott*, r.o. 40. Vgl. voor nationaal recht eerder ook Neerhof 2016, p. 204.

¹⁰¹⁵ Concl. A-G van 28 januari 2016 in C-613/14, ECLI:EU:C:2016:63 (*James Elliott Construction Ltd./Irish Asphalt Ltd.*), overweging 55. Zie ook overweging 61 van de A-G waar hij – anders dan het Hof – aansluit bij de zaak

auteurs menen dat – had het Hof deze route gevolgd – in dat geval indirecte rechtmatigheidstoetsing had open gestaan (zie hierna nr. 119). Het Hof van Justitie gaat echter niet volledig mee met de A-G. Het oordeelt dat de norm ‘deel uitmaakt van het Unierecht’, doch het kwalificeert de norm niet expliciet als ‘handeling’ in voornoemde zin.

In de praktijk zal een marktdeelnemer in een horizontale verhouding de strijdigheid van een geharmoniseerde norm met art. 101 VWEU, art. 34 VWEU dan wel het secundaire instrument wellicht ook in een horizontale verhouding aan de orde willen stellen, bijvoorbeeld stellende dat daarom de norm buiten toepassing moet worden gelaten.¹⁰¹⁶ Mocht een vraag over de rechtmatigheid ooit worden gesteld dan zal het Hof van Justitie EU zich moeten buigen over de controversiële vraag of het bevoegd is daarover te oordelen en of het gebruik van geharmoniseerde norm onder de Nieuwe Aanpak een rechtmatige vorm van delegatie van wetgeving is of niet (zie hierna).

118 Via art. 263 VWEU – directe rechtmatigheidstoetsing?

Met *James Elliott* is evenmin de vraag beantwoord of directe controle ex art. 263 VWEU mogelijk is. Art. 263, eerste alinea VWEU vereist dat beroep kan worden ingesteld tegen een ‘handeling van organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd’ (*act*) (vgl. het begrip ‘handeling’ ex art. 267 aanhef en sub b VWEU en de afwijkende conclusie van de A-G in *James Elliott*, nr. 117).¹⁰¹⁷ Europese normalisatie-instituten zijn geen organen of instanties van de Unie. In de jurisprudentie van het Hof over handelingen in voornoemde zin lijkt de materiële werking, en dus vraag of rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd, overigens doorslaggevend dan de vorm van de maatregel.¹⁰¹⁸ Dat geharmoniseerde normen rechtsgevolgen veroorzaken, is door het Hof in *James Elliott* met zoveel woorden bevestigd.¹⁰¹⁹ Een alternatieve route om tot enige rechterlijke controle te komen, is niet focussen op de geharmoniseerde norm als rechtshandeling, maar op de beslissing tot publicatie van de Commissie. Hoewel het lange tijd niet duidelijk was,¹⁰²⁰ lijkt sinds kort het Gerecht van Eerste Aanleg te accepteren dat de beslissing tot publicatie een handeling van

Grimaldi, C-322/88, over de uitleg van een aanbeveling van de Europese Commissie hetgeen wel als ‘act of an institution’ werd gezien. Vgl. Schepel 2005, p. 226 en 254 e.v.

¹⁰¹⁶ Van Leeuwen 2015, p. 221.

¹⁰¹⁷ Senden 2017, p. 345; Van Gestel 2018, p. 407.

¹⁰¹⁸ Hofmann e.a. 2011c, p. 802.

¹⁰¹⁹ R.o. 38, 39, 41 en 42 van *James Elliott* voornoemd.

¹⁰²⁰ Volgens Schepel stond dit met de nieuwe Normalisatieverordening reeds onomstotelijk vast, zie Schepel 2013a, p. 529 onder verwijzing naar Lauwaars, ‘The “Model Directive” on Technical Harmonisation’, in R. Bieber e.a. (eds.), 1992: *One Internal Market?* (Nomos, Baden-Baden 1988), p. 151 (niet kunnen raadplegen), en Schepel op p. 531. Vgl. Schepel 2005, p. 250 en 251, die er toen al op wees wat de gevolgen zijn indien de beslissing tot publicatie zou zijn onderworpen aan rechterlijke toetsing ex het oude art. 230 EC onder verwijzing naar HvJ EG 21 januari 1999, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 (*Upjohn Ltd/The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 a.o.*), r.o. 34. Rechterlijke toetsing zou volgens Schepel dan beperkt moeten zijn tot de beslissing tot publicatie en niet de gehele norm moeten betreffen, p. 253.

algemene strekking is waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld ex art. 263 VWEU.¹⁰²¹

Een beslissing van de Commissie in de formele bezwaarprocedure geldt daarnaast volgens een aantal auteurs op grond van het *Schmoldt*-arrest als handeling in de zin van art. 263 VWEU en is dus onderworpen aan rechterlijke toetsing.¹⁰²²

Lidstaten, het Europees Parlement en de Raad kunnen te allen tijde beroep instellen ex art. 263, tweede alinea VWEU. Particulieren moeten echter, willen zij een handeling aanvechten, daartoe bevoegd zijn. Sinds het Verdrag van Lissabon dient een handeling een private persoon rechtstreeks én individueel te raken, wil sprake zijn van procesbevoegdheid conform art. 263 vierde alinea VWEU (de zogeheten *Plaumann*-toets), tenzij het gaat om regelgevingshandelingen¹⁰²³ die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen in welk geval de handeling alleen rechtstreeks hoeft te raken.¹⁰²⁴ Het is onduidelijk onder welke categorie de geharmoniseerde normen dan wel de beslissingen tot publicatie ervan vallen.¹⁰²⁵ Deze drempels voor procesbevoegdheid zijn zeer hoog.¹⁰²⁶ Geharmoniseerde normen zullen als maatregelen van algemene strekking particulieren niet snel individueel raken, net als gesloten producteisen overigens. Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde in *Schmoldt* over een afwijzende beschikking in een formele bezwaarprocedure dat een marktdeelnemer hierdoor niet individueel wordt geraakt.¹⁰²⁷

¹⁰²¹ GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*), r.o. 60. Hiertoe verwijst het GvEA naar GvEA 25 mei 2004, T-264/03, ECLI:EU:T:2004:157 (*Schmoldt e.a./Commissie*), r.o. 91-94 (zie mede hierna) dat ziet op een beslissing in de bezwaarprocedure en de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona, overweging 45 bij HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), alsmede r.o. 38-43 van datzelfde arrest. Zie in deze zin ook Volpato & Eliantonio, *The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series*, *European Law Blog* 7 March 2019 en Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 892.

¹⁰²² GvEA 25 mei 2004, T-264/03, ECLI:EU:T:2004:157 (*Schmoldt e.a./Commissie*), r.o. 110 e.v., zoals ook aangehaald in r.o. 60 van *Global Garden Products* voornoemd, alsmede door Hofmann e.a. 2011d, p. 603 en Schepel 2005, p. 253-254.

¹⁰²³ Zijnde handelingen van algemene strekking, met uitsluiting van wetgevingshandelingen, HvJ EU 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami III*), r.o. 60.

¹⁰²⁴ De oude dubbele eis van 'direct and individually concerned' volgens de *Plaumann*-doctrine, HvJ EG 15 juli 1963, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann e.a./Europese Commissie*), geldt dus niet meer voor alle handelingen; Craig & De Búrca 2015, p. 515 e.v. m.n. 528.

¹⁰²⁵ Geharmoniseerde normen onder richtlijnen vragen in ieder geval uitvoeringshandelingen door de lidstaten, namelijk implementatie van de richtlijn. Voor verordeningen lijkt dit niet het geval, vgl. Craig & De Búrca 2015, p. 532. De optie dat de beslissing tot publicatie moet worden gezien als een regelgevingshandeling, die geen uitvoeringshandeling met zich brengt wordt verkend in Volpato & Eliantonio, *The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series*, *European Law Blog* 7 March 2019.

¹⁰²⁶ Volpato en Eliantonio wijzen in voornoemde blog voor de invulling van 'rechtstreeks' op HvJ EG 29 juni 2004, C-486/01, ECLI:EU:C:2004:394 (*Front National/European Parliament*) en GvEA (tweede kamer) 28 september 2016, T-600/15, ECLI:EU:T:2016:601 (*PAN Europe e.a./Commissie*) waaruit zij afleiden dat stakeholder-organisaties niet snel rechtstreeks zullen zijn geraakt.

¹⁰²⁷ Zie r.o. 108 – 125 en r.o. 123 van het *Schmoldt*-arrest. Zoals ook uitgebreid besproken door Eliantonio 2017, p. 402 en 404. Volgens Schepel is deze categorie van belanghebbenden met *Fra.bo*-uitspraak vergroot, Schepel 2013a, p. 531. Hierin kan ik hem niet volgen.

119 Delegatie, rechterlijke controle en de wenselijkheid ervan

Delegatie op Europees niveau kan alleen plaatsvinden onder strikte voorwaarden die volgen uit de reeds oude *Meroni*-zaak¹⁰²⁸ (ook wel de *Meroni*-doctrine genoemd):¹⁰²⁹

- De Commissie mag niet meer delegeren dan zij aan bevoegdheden bezit;
- Alleen duidelijk gedefinieerde uitvoeringsbevoegdheden mogen worden gedelegeerd;
- Delegeren van onvoldoende afgebakende beoordelingsruimte is niet toegestaan;¹⁰³⁰
- De uitoefening van dergelijke bevoegdheden zou onderworpen moeten zijn aan dezelfde rechterlijke controle, als waaraan de delegerende autoriteit zou moeten zijn onderworpen, had deze de bevoegdheid zelf uitgeoefend.

Onder het huidige VWEU dient voorts onderscheid te worden gemaakt tussen gedelegeerde handelingen (*delegated acts*, art. 290 VWEU) en uitvoeringshandelingen (*implementing acts*, art. 291 VWEU). Alleen de Commissie kan ex art. 290 VWEU bevoegd worden gemaakt gedelegeerde handelingen vast te stellen. Uitvoeringshandelingen ex art. 291 VWEU kunnen echter ook aan agentschappen worden overgelaten.¹⁰³¹ Daar waar de Commissie bevoegd is tot het vaststellen van uitvoeringshandelingen doet zij dat in de vorm van uitvoeringsverordeningen, -richtlijnen of besluiten (art. 288 VWEU). Het vaststellen van uitvoeringshandelingen is onderworpen aan de comitologieprocedure ex art. 291 lid 3 VWEU die thans is geregeld in de Comitologieverordening.¹⁰³²

Reeds meerdere auteurs hebben opgemerkt dat de Nieuwe Aanpak de toets aan de *Meroni*-criteria niet lijkt te doorstaan.¹⁰³³ Critici menen dat geharmoniseerde normen de kwalificatie als uitvoeringshandeling te boven gaan nu de vaag geformuleerde essentiële eisen en het mandaat van de

¹⁰²⁸ HvJ EG 13 juni 1958, C-9/56 en C-10/56 (*Meroni c.s./Hoge Autoriteit van de EGK&S*). Falke 1997, p. 220.

¹⁰²⁹ Joerges e.a. 1999, p. 16; Schepel 2005, p. 226; Hofmann e.a. 2011a, p. 248.

¹⁰³⁰ Zoals het Hof in *Meroni* opmerkt: ‘*De gevolgen van een delegatie van bevoegdheden variëren sterk naargelang met deze delegatie nauwkeurig omschreven uitvoerende bevoegdheden worden beoogd, welke uitoefening strikt kan worden getoetst aan objectieve, door het delegerende gezag vastgestelde criteria, dan wel of deze delegatie een discretionnaire bevoegdheid betreft, welke een grote vrijheid van waardering veronderstelt en waarvan de uitoefening zelfs kan resulteren in het voeren van een waar economisch beleid. Een delegatie van het eerste type zal in de wijze van uitoefening der gedelegeerde bevoegdheden veelal geen merkbare verandering teweegbrengen. Een delegatie van het tweede type daarentegen, waarbij de bevoegdheid tot keuzebepaling van het delegerende gezag aan het andere gezag wordt overgedragen, betekent een werkelijke overdracht van verantwoordelijkheid.*’ Nu het in *Meroni* om delegatie van ‘ruime discretionaire bevoegdheid’ ging aan een private entiteit, was dat niet toegestaan.

Voor uitgebreide beschrijving van het verschil tussen *delegated acts* en *implementing acts*, de grenzen van bevoegdheid en bespreking van rechtspraak, zie Hofmann e.a. 2011a, p. 222 e.v.

¹⁰³² Verordening (EU) Nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (*PbEU* 2011, L 55/13).

¹⁰³³ Schepel 2005, p. 227 en 255; Hofmann e.a. 2011a, p. 248; Lundqvist 2014, p. 375. Zie ook Medzmariashvili, Opening the ECJ's Door to Harmonised European Standards? (Opinion of the AG in C-613/14 James Elliott Construction), *European Law Blog* 1 March 2016 die hierop wijst.

Commissie normalisatie-instituten relatief grote beoordelingsruimte laten. Zoals bijvoorbeeld door Hofmann c.s. is opgemerkt: *'It is quite clearly the case that European standards are not merely technical translations of political mandates, but entail a good deal of political judgement.'*¹⁰³⁴ Bovendien zou de controle door de Commissie voor publicatie in het publicatieblad te wensen over laten, waardoor niet aan het derde *Meroni*-vereiste zou zijn voldaan.¹⁰³⁵ Tegelijkertijd erkennen zij ook het bestaan van een 'mandaat', de eerdergenoemde bezwaarprocedure en het feit dat de publicatiebeslissing van de Commissie wel aan enige controle is onderworpen, waardoor geharmoniseerde normen enige status hebben.

Met de *ESMA*-zaak lijken de *Meroni*-criteria door het Hof wat te zijn verruimd. Het Hof staat delegatie van enige beoordelingsruimte aan een EU-agentschap toe onder de voorwaarden dat de uitoefening van deze bevoegdheden is ingekaderd – in casu onder meer door de desbetreffende Europese verordeningen – en dat deze is onderworpen aan rechterlijke controle.¹⁰³⁶ Normalisatie-instituten zijn echter geen door de Europese wetgever ingestelde agentschappen als ESMA, maar volledig private rechtspersonen (nr. 22 en 24). Strikte uitleg van *Meroni* en *ESMA* zou betekenen dat geharmoniseerde normen volledig buiten het publieke domein zouden vallen en dus aan rechterlijke controle zouden ontsnappen. Bovendien is dan de vraag of aan zulke normen dan überhaupt enig rechtsgevolg mag toekomen, omdat ze in dat geval niet zijn vastgesteld op grond van een geldige bevoegdheid.¹⁰³⁷ Als gezegd wordt ook in publiekrechtelijke literatuur daarom wel gepleit om bij het gebruik door de wetgever van alternatieve regelgeving te zoeken naar nieuwe vormen van 'governance',¹⁰³⁸ waarbij al dan niet toestaan van rechtelijker controle een punt van discussie blijft. Daarbij blijft de vraag: is delegatie een voorwaarde voor rechtelijker toetsing (het moet immers gaan om een 'act' in de zin van art. 267 VWEU of art. 263 VWEU) of is rechterlijke controle een voorwaarde voor geldige delegatie? A-G Campos Sánchez-Bordona lijkt in zijn conclusie bij *James Elliott* de toets aan de formele criteria uit *Meroni* niet doorslaggevend te achten en meent dat feitelijk sprake is van delegatie op grond van een combinatie van factoren, waaronder de rol

¹⁰³⁴ Hofmann e.a. 2011a, p. 248. HvJ EG 13 juni 1958, C-9/56 en C-10/56 (*Meroni c.s./Hoge Autoriteit van de EGK&S*). Schepel 2005, p. 227 en 255.

¹⁰³⁵ Vgl. Hofmann e.a. 2011a, p. 248 en Hofmann e.a. 2011d, p. 600, die er in navolging van Schepel op wijzen dat dit thans lijkt te ontbreken.

¹⁰³⁶ HvJ EU 22 januari 2014, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 (*VK/Europees Parlement en de Raad, ESMA*), r.o. 43 t/m 53, waarin uitvoerig uiteen wordt gezet tot welke gevallen en bevoegdheden de beoordelingsruimte van ESMA beperkt is. Zoals betoogd door o.a. Medzmariashvili 2017, p. 353 e.v. en Eliantonio 2017, p. 396.

¹⁰³⁷ Zie in dat verband ook art. 277 VWEU (de exceptie van onwettigheid). Vgl. Van Gestel 2018, p. 407 die de vraag ook opwerpt.

¹⁰³⁸ Vgl. Cafaggi & Janczuk 2010, p. 12 en Van Gerven & Lierman 2010, p. 289, die er in meer algemene zin op wijzen dat nieuwe vormen van *governance* binnen de Unie vragen om andere beoordeling van legitimiteit van regelgeving, derhalve niet op grond van traditionele hiërarchie (conform *Meroni*), maar op grond van procedurele waarborgen.

van het mandaat en de goedkeuring door de Commissie achteraf.¹⁰³⁹ Het gevolg van de keuze van de A-G om geharmoniseerde normen als handeling (*act*) in de zin van art. 267 aanhef en sub b VWEU te kwalificeren, is dat mede rechtmatigheidstoetsing van deze hybride figuur van regelgeving mogelijk lijkt te zijn (nr. 117 en 118), waarmee de controle op deze normen kan worden vergroot.¹⁰⁴⁰

Tegelijkertijd wordt wel betoogd dat het toestaan van rechterlijke controle een voorwaarde is voor het bestaan van geldige delegatie. Senden en Medzmariashvili zien in de *ESMA*-zaak ruimte om geharmoniseerde normen toch als een vorm van delegatie te zien, die slechts rechtmatig zou kunnen zijn, indien ten minste voldoende rechterlijke controle bestaat.¹⁰⁴¹ Senden wijst erop dat in de Engelse versie van overweging 43 van het arrest, het Hof van Justitie EU geharmoniseerde normen omschrijft als '*a necessary implementing measure*' waaruit zij afleidt dat geharmoniseerde normen zelf als uitvoeringshandeling ('*implementing measure*') ex art. 291 VWEU kunnen worden gezien, waarbij het 'mandaat' een vorm van sub-delegatie door de Commissie zou zijn.¹⁰⁴² Volgens Senden zou het vaststellen van de geharmoniseerde norm in dat geval aan dezelfde waarborgen moeten worden onderworpen als waar de Commissie aan onderworpen is.¹⁰⁴³ Uiteindelijk lijkt het vergroten van de controle op normen door delegatie aan te nemen wellicht de vader van de gedachte.

Volgens sceptici is het openen van de weg van rechterlijke controle van geharmoniseerde normen in het bijzonder rechtmatigheidstoetsing, zand in de molen van het nu vrij vloeiend lopende normalisatieproces. Dat het Hof van Justitie zelfs in de technische beoordeling van een geharmoniseerde norm zou treden, ziet Schepel als '*the ultimate nightmare scenario*'. Juridisering zou diametraal indruisen tegen de reden waarom de Unie van oorsprong gebruik is gaan maken van normalisatie, namelijk vanwege het gebrek aan technische kennis binnen de instellingen en omdat traditionele wetgeving zo lang op zich laat wachten.¹⁰⁴⁴ Hofmann c.s. volgt Schepel in zoverre dat hij het

¹⁰³⁹ Overweging 39 t/m 41 en expliciet in overweging 55 van diens conclusie. Zoals ook besproken door Colombo & Eliantonio 2017, p. 326-328, die zelf vrezen dat met het afwijkende oordeel van het Hof van Justitie EU geharmoniseerde normen geheel aan rechtmatigheidstoetsing worden onttrokken (zie p. 333).

¹⁰⁴⁰ In deze zin Eliantonio 2017, p. 398; Colombo & Eliantonio 2017.

¹⁰⁴¹ Senden 2017, Eliantonio 2017, Senden 2017, p.350 en Medzmariashvili 2017, p. 354 en 360. Zie ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 890.

¹⁰⁴² Senden 2017, p. 349. *James Elliott*, r.o. 43: '*It must, moreover, be noted that while the development of such a harmonised standard is indeed entrusted to an organisation governed by private law, it is nevertheless a necessary implementation measure which is strictly governed by the essential requirements defined by that directive, initiated, managed and monitored by the Commission, and its legal effects are subject to prior publication by the Commission of its references in the 'C' series of the Official Journal of the European Union.*' Afhankelijk van de inhoud van de handeling kan volgens haar soms toch sprake zijn van een *delegated act* (art. 290 VWEU). Vgl. Craig & De Búrca 2015, p. 144.

¹⁰⁴³ Senden 2017, p. 351-352, zoals bijvoorbeeld de plicht voor de Commissie om *stakeholder consultations* te houden. Vgl. voor een andere constructie Volpato & Eliantonio, The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series, *European Law Blog* 7 March 2019, die erop wijzen dat de publicatiebeslissing als uitvoeringsbesluit onderworpen zou moeten zijn aan comitologie.

¹⁰⁴⁴ Schepel 2005, p. 251.

binnentrekken van geharmoniseerde normen in de publieke hiërarchie ‘*ill advised*’ noemt. Het zou beter zijn om andere waarborgen in te bouwen in het private proces waardoor uiteindelijk hetzelfde resultaat kan worden bereikt.¹⁰⁴⁵ Welke dat concreet zijn wordt alleen niet toegelicht. Rechterlijke controle van geharmoniseerde normen zal waarschijnlijk worden toegejuicht door auteurs als Micklitz en Van Gestel, die eerder al pleitten voor *legality review*.¹⁰⁴⁶ Ik zou hen hierin willen volgen. Het is mijns inziens niet aannemelijk dat uitleg of rechterlijke toetsing het systeem van de Nieuwe Aanpak direct plat legt, nu een geharmoniseerde norm alleen een vermoeden van overeenstemming vestigt. Vervalt de (verwijzing naar de) geharmoniseerde norm dan resteert nog wel een open norm. Autoriteiten kunnen nu ook al producten verbieden indien deze ondanks conformiteit met de geharmoniseerde norm onveilig zijn. Inhoudelijke technische discussies over bijvoorbeeld de geldigheid van handhavingsbesluiten, al dan niet in relatie tot geharmoniseerde normen vinden op dit moment al plaats. Rechters dienen eventuele vragen over de overeenstemming van geharmoniseerde normen met essentiële eisen nu zelf te beantwoorden, hetgeen de eenheid in uitleg van Unierecht niet bevordert.¹⁰⁴⁷ Bovendien is het de vraag of het onoverkomelijk is dat een Europese rechter zich moet buigen over technisch complexe materie. Nationale civiele rechters doen dit dagelijks (zie hoofdstuk 6 en 7).¹⁰⁴⁸ Ook het Hof van Justitie heeft de mogelijkheid om deskundigen te benoemen in een procedure, maar doet dit alleen zelden.¹⁰⁴⁹

Aangezien het normalisatieproces nog niet optimaal functioneert en eerdere pogingen om meer waarborgen in te bouwen zijn gestrand, lijkt het niet bezwaarlijk dat de weg naar meer rechterlijke controle wordt geopend. Indien een individuele rechtsingang zou ontbreken, dan kan een private partij alleen iets tegen een geharmoniseerde norm beginnen door melding te maken

¹⁰⁴⁵ Hofmann e.a. 2011a, p. 249. Zij verwijzen naar een citaat van Schepel 2005, p. 257: ‘*the central problem with standardisation under the New Approach is not the privatisation of public lawmaking, but the political instrumentalisation of private rulemaking. And the normative answer to that problem is not the reinvigoration of the public, but rather the reinvigoration of the public-regardingness of responsive self-regulation*’ In dezelfde bewoordingen Joerges e.a. 1999, p. 27. Vgl. Black 1996, p. 47-55 (in het bijzonder p. 50).

¹⁰⁴⁶ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 153 e.v. Zie later ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 892.

¹⁰⁴⁷ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 155 betwijfelen wel of rechters die moeten oordelen over de constitutionalisering van normalisatie, *ex ante* de juridische en economische consequenties van hun beslissingen kunnen overzien.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Schepel die bezwaar lijkt te hebben tegen constitutionalisering van normalisatie, maar minder moeite lijkt te hebben met zogeheten ‘*decentralised judicial review*’. Hier is volgens hem sprake van indien lagere rechters bijvoorbeeld hogere eisen stellen aan de in acht te nemen zorg door o.a. fabrikanten, waardoor zij tot meer gehouden zijn dan slechts het naleven van geharmoniseerde normen. *Decentralised judicial review* kan ook plaatsvinden indien normalisatie-instituten in rechte aansprakelijk worden gehouden voor onjuiste normstelling., Schepel 2005, p. 258: ‘*The ultimate paradox of the New Approach is that, in the final analysis, the best guarantees of ‘constitutionalism’ of standards setting lie exactly in the lack of its clear legal status the critics complain so much about. (...) Such decentralised judicial review of standards coupled with contextual regulation on the European level, it is submitted, stand a much better chance of promoting thorough deliberation in the European standards bodies than does centralised administrative control.*’

¹⁰⁴⁹ Art. 25 van de statuten van het HvJ. Zie uitgebreid over het gebruik van deskundigen door de Europese gerechten, Barbier de la Serre & Sibony 2008, p. 941 e.v. Zie ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 891.

bij de Commissie, die uit eigen beweging via comitologie een nieuw mandaat zou kunnen geven, of bij het Europees Parlement of de lidstaten die de formele bezwaarprocedure uit de verordening kunnen initiëren (nr. 112). In het eerste geval is het echter dezelfde Commissie, die eerder de geharmoniseerde norm heeft ‘goedgekeurd’, die beoordeelt of zij hiertoe overgaat, hetgeen zou pleiten voor het toestaan van een directe rechtsingang voor particulieren uit hoofde van het beginsel van effectieve rechtsbescherming (vgl. 80).¹⁰⁵⁰

120 Inhoud van de rechtmatigheidstoets

Indien een geharmoniseerde norm dan wel de beslissing tot publicatie, zou worden gekwalificeerd als ‘handeling’ (*‘act’*) in de zin van art. 263 VWEU of via art. 267 aanhef en sub b. VWEU, dan kan ex art. 263, vierde alinea VWEU de onrechtmatigheid van de geharmoniseerde norm worden beoordeeld wegens 1) onbevoegdheid, 2) schending van wezenlijke vormvoorschriften, 3) schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan, inclusief algemene beginselen dan wel wegens 4) misbruik van bevoegdheid.¹⁰⁵¹

Ziet men geharmoniseerde normen als subdelegatie (nr. 119), dan vormen de essentiële eisen de buitengrenzen van de gedelegeerde bevoegdheid (ad 1). De essentiële eisen zijn regels afgeleid van de Verdragen waaraan getoetst kan worden (ad 3). Bij de invulling van de essentiële eisen hebben de Commissie, en de Europese normalisatie-instituten als mogelijke sub-gedelegeerden, veel beoordelingsruimte. Zoals reeds in nr. 39 is aangestipt, gaat het Gerecht uit van een grote beoordelingsruimte van de Commissie in technisch complexe zaken. Rechtmatigheidstoetsing bij de uitoefening van dergelijke bevoegdheid is – net als bij de vaststelling van gesloten producteisen – veelal een marginale toets. De mate van controle via directe en indirecte rechtmatigheidstoetsing wordt daardoor enigszins gerelativeerd.¹⁰⁵²

121 De aansprakelijkheid van normalisatie-instituten als controlemechanisme?

In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat het aansprakelijkheidsrecht een rol zou kunnen vervullen bij de controle op normalisatie, omdat Europese normalisatie-instituten langs die weg direct verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor onrechtmatig handelen en rechtstreeks kunnen worden geraakt.¹⁰⁵³ Belanghebbenden zouden Europese normalisatie-instituten

¹⁰⁵⁰ Zie ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 892.

¹⁰⁵¹ Art. 263, tweede en vierde alinea VWEU. Craig & De Búrca 2015, p. 544 e.v. De toets wijkt onder art. 267 aanhef en onder b VWEU niet af van art. 263 vierde alinea VWEU. In het eerste geval is het Hof alleen gebonden aan de gronden voor onwettigheid als aangedragen door de nationale rechter, Hofmann e.a. 2011c, p. 858 en 871.

¹⁰⁵² Vgl. Schepel 2005, p. 250 en 251; Craig & De Búrca 2015, p. 577. Zie ook Colombo & Eliantonio 2017, p. 333.

¹⁰⁵³ Schepel 2005, p. 400. Terughoudender zijn Black 1996, p. 42 en Spindler 1998, p. 331-332. Over normalisatienormen die niet dienen ter invulling van essentiële eisen, aansprakelijkheid en art. 34 VWEU, zie Van Leeuwen 2015, p. 221-224. Vgl. ook Cafaggi 2006b, p. 323 en in algemenere zin over de rol van het privaatrecht tot constitutionalisering van private regelgeving, waaronder normalisatienormen; zie Teubner 1998, p. 399, zoals ook aangehaald door Verbruggen 2019a, p. 323.

aansprakelijk kunnen houden voor fouten in normen indien normalisatie-instituten inbreuk maken op het recht (bijvoorbeeld indien zij niet voldoen aan de essentiële eisen), hetgeen een prikkel zou kunnen vormen tot naleving.¹⁰⁵⁴ Deze route wordt in dit onderzoek slechts kort verkend als potentieel controlemechanisme. De invloed van geharmoniseerde normen op de aansprakelijkheid van partijen in de handelsketen staat immers centraal. Hoewel Europese normalisatie-instituten Belgische rechtspersonen zijn, en het toepasselijke aansprakelijkheidsregime per geval zal verschillen, neem ik hier uit een oogpunt van beperking Nederlands recht tot uitgangspunt. Het aannemen van aansprakelijkheid is om verschillende redenen niet gemakkelijk.¹⁰⁵⁵

Ten eerste bestaat een belangrijke feitelijke drempel voor claims: het moet kenbaar zijn dat de geharmoniseerde norm 'onjuist' is, bijvoorbeeld omdat hij niet voldoet aan de essentiële eisen of omdat met de norm enige andere rechtsregel wordt geschonden. Voor een onderzoek daarnaar en een eventuele procedure daarover heeft een professionele partij als een fabrikant wellicht de kennis en middelen, maar een consument of organisatie die hun belangen behartigt, zal hiertoe dikwijls slechter in staat zijn.¹⁰⁵⁶

Ten tweede is voor aansprakelijkheid nodig (ex art. 6:162 lid 1 BW, doch uiteraard ook onder andere stelsels van privaatrecht, zie hoofdstuk 7) dat het Europese normalisatie-instituut als alternatieve, private regelgever, zijnde tevens een private rechtspersoon, onrechtmatig heeft gehandeld, bijvoorbeeld door een wettelijke norm te schenden zoals een direct werkende bepaling van EU-recht als art. 34 VWEU, art. 101 VWEU of art. 5 lid 1 Normalisatieverordening. Art. 101 VWEU en art. 34 VWEU zijn al besproken (nr. 113 respectievelijk nr. 114) en zullen niet snel zijn geschonden. Art. 5 lid 1 Normalisatieverordening verplicht normalisatie-instituten in zekere zin tot inclusieve normstelling, maar is tegelijkertijd nog zeer open geformuleerd, waardoor niet duidelijk is hoe deze norm moet worden uitgelegd.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ Zie voor de vereisten naar Nederlands en Duits recht, Snijders 1987, p. 236-243, en ook inclusief de VS zie Stuurman 1995, p. 231-248. Cafaggi 2006a, p. 235 die erop wijst dat de aansprakelijkheid van private regelgevers verre van uitgekristalliseerd is. Zie meer in het algemeen Cafaggi 2006b, p. 11 e.v., over het herzien van traditionele vormen van *governance*. Instrumenteel gebruik van het privaatrecht, zoals hier van het aansprakelijkheidsrecht, noemt men ook wel '*regulatory private law*'.

¹⁰⁵⁵ Zie ook Daelemans 1997, p. 266 die in 1997 al voorziet dat de producent, normalisatie-instituten en de Commissie in de praktijk naar elkaar zullen wijzen zodra een gebrekkige geharmoniseerde norm resulteert in een gebrekkig product.

¹⁰⁵⁶ Spindler 1998, p. 331.

¹⁰⁵⁷ Art. 5 lid 1 Normalisatieverordening: '*De Europese normalisatieorganisaties bevorderen en vergemakkelijken een passende vertegenwoordiging en effectieve deelname van alle belanghebbenden, inclusief het mkb, consumentenorganisaties en belanghebbenden op sociaal en milieugebied, aan hun normalisatieactiviteiten. Zij bevorderen en vergemakkelijken in het bijzonder zulke vertegenwoordiging en deelname via de Europese organisaties van belanghebbenden die financiering van de Unie ontvangen in overeenstemming met deze verordening, op het niveau van beleidsontwikkeling en in de volgende ontwikkelingsstadia van Europese normen en Europese normalisatieproducten: a) het voorstellen en aanvaarden van nieuwe werkonderwerpen; b) de technische discussie over voorstellen; c) de indiening van opmerkingen over ontwerpen; d) de herziening van bestaande Europese normen en Europese*

Bij gebreke van schending van een wettelijke norm moet het normalisatie-instituut enige ongeschreven zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden. De invulling van de ongeschreven zorgplicht van Europese normalisatie-instituten is om meerdere redenen lastig.¹⁰⁵⁸ De invulling ervan is complex doordat normalisatie-instituten een proces van normstelling faciliteren door andere partijen – de afgevaardigden van nationale normalisatie-instituten – op basis van consensus. Het proces van normstelling heeft bovendien in de huidige structuur de goedkeuring van niet alleen de Commissie, maar ook van de Europese wetgever. Hoewel het totstandkomingsproces op sommige punten terecht kan worden bekritiseerd, lijkt door het gebruik en de stilzwijgende goedkeuring door de EU-wetgever slecht te betogen dat het totstandkomingsproces *sec* onzorgvuldig is en dat daardoor ieder product dat uit de normalisatiemachine rolt per definitie onrechtmatig is.¹⁰⁵⁹ Daarvoor is meer nodig.

Aangenomen wordt wel dat de zorgvuldigheidsnorm wordt ingevuld door de zogeheten normalisatie *principles*, die thans ook in de Normalisatieverordening zijn gecodificeerd: *samenhang, transparantie, openheid, consensus, vrijwillige toepassing, onafhankelijkheid ten opzichte van specifieke belangen en doelmatigheid*.¹⁰⁶⁰ Deze *principles* zijn echter vaag en dienen te worden geconcretiseerd om tot invulling van een eventuele zorgplicht te komen.¹⁰⁶¹

Een relevant discussiepunt in het kader van de zorgplicht is in hoeverre het normalisatie-instituut in staat is om de binnen normalisatie geleverde kwaliteit te beoordelen en of het dat zou moeten zijn.¹⁰⁶² Naar het oordeel van de Hoge Raad handelt een stichting die een ziekenhuis exploiteert bijvoorbeeld niet zonder meer onrechtmatig jegens een patiënt bij vermeende onjuistheid of

normalisatieproducten; e) de verspreiding van informatie en bewustmaking over vastgestelde Europese normen of Europese normalisatieproducten.'

¹⁰⁵⁸ Ook Schepel erkent dat; *'the content of the duty of care is the crucial matter'*, Schepel 2005, p. 401.

¹⁰⁵⁹ Spindler 1998, p. 331.

¹⁰⁶⁰ Considerans onder onder 2 van de Normalisatieverordening: *samenhang, transparantie, openheid, consensus, vrijwillige toepassing, onafhankelijkheid ten opzichte van specifieke belangen en doelmatigheid*.

¹⁰⁶¹ Zie ook Neerhof 2017, par. 3.2.2. Stuurman 1995, p. 234 en 235 onder verwijzing naar een niet-gepubliceerde syllabus van Marburger uit 1993 met een lijst met concretere procedurele waarborgen. Voorts is volgens Stuurman voorstelbaar dat ook indien aansluiting is gezocht bij het *'algemene technische ontwikkelingsniveau'* maatschappelijk gezien niettemin onzorgvuldig wordt gehandeld. Stuurman: *'Dit begrip wijst immers op hetgeen in brede technische kring gangbaar is. Met name op het terrein van veiligheidseisen zou aansluiting daarbij codificatie van gangbare maar niettemin gevaarlijke, handelingen kunnen impliceren.'* Mijns inziens dient binnen het normalisatieproces de huidige stand van de wetenschap tot uitgangspunt te worden genomen. Echter, van belang is dat normalisatie tijd kost, niet continu *up-to-date* kan worden gehouden en het resultaat is van een afweging tussen meerdere algemene belangen die soms lastig zijn te verenigen. Zie ook Verbruggen 2019a, p. 348 die *'stakeholderparticipation, transparency in rulemaking as well as the need to update standards through periodic evaluation and review based on the state-of-the-art in scientific research'*, als belangrijkste eisen aan normalisatie noemt, die van belang zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van normalisatie-instituten. Deze gezichtspunten komen ook in voornoemde literatuur terug.

¹⁰⁶² Vgl. ook Verbruggen 2019a, p. 347 onder verwijzing naar o.a. de Amerikaanse zaken *Meneely v. Smith* 5 P 3d 49, 57 (Wash.App 2000), p. 56 en *Snyder v. American Ass'n of Blood Banks* 676 A2d p. 1036 (NJ 1996), p. 1048.

onvolledigheid van de binnen haar organisatie door medisch specialisten opgestelde protocollen indien als gevolg daarvan schade ontstaat. Daar is klaarblijkelijk meer voor nodig (blijkens het arrest: concrete aanwijzingen over de onjuistheid en de vraag of de stichting wel de nodige deskundigheid in huis heeft om een herbeoordeling plaats te laten vinden).¹⁰⁶³ Uiteraard zal de verantwoordelijkheid van een instituut dat zijn bedrijf maakt van normstelling, anders en groter zijn in vergelijking met een stichting die een ziekenhuis exploiteert, maar zonder nadere concretisering van de plichten in de Normalisatieverordening op het punt van de taken en verantwoordelijkheden van het instituut, laat het zich raden hoe de rechtspraak de zorgplicht in het concrete geval inkleurt.¹⁰⁶⁴ Volgens Verbruggen maakt de Europeesrechtelijke inbedding van normalisatie en de taak die normalisatie-instituten daarbinnen vervullen, dat normalisatie-instituten in grotere mate gelijk worden gesteld met publieke regelgevers, waarvoor onder de meeste rechtsstelsels hogere drempels voor onrechtmatigheid gelden.¹⁰⁶⁵ Normalisatie-instituten oefenen in zekere zin een publieke taak uit, zodra zij het mandaat van de Commissie accepteren. Normalisatie behelst tot op zekere hoogte ook een belangenafweging.¹⁰⁶⁶ Desalniettemin draagt een normalisatie-instituut mijns inziens een andere verantwoordelijkheid dan de normale wetgever, aangezien het betaling vraagt voor normen, het normstelling als kerntaak heeft en het slechts indirect en beperkt wordt gefinancierd uit openbare middelen. Verbruggen noemt voorts als belangrijke gezichtspunten voor een genuanceerde concretisering van de zorgplicht: de grootte van het risico van de normalisatienorm (welk risico gezien de maatschappelijke impact van de norm en dus de potentiële gevolgen, groter zal zijn bij normen ter invulling van wetgeving dan andere normen), alsmede de interne reglementen van normalisatie-instituten, de kosten die zijn gemoeid met het verbeteren van de interne procedures en het publieke gewin en de betekenis van normalisatienormen voor de maatschappij.¹⁰⁶⁷

Bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid zou nog een omstandigheid van belang kunnen zijn. Schepel kwalificeert de verhouding tussen de Commissie en de Europese normalisatie-instituten als een overeenkomst van opdracht die wordt geconcretiseerd door het mandaat.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶³ HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377, m.nt. H.J. Snijders en F.C.B. van Wijmen (*Protocol-II*), r.o. 3.5.

¹⁰⁶⁴ Zie over individuele aansprakelijkheid van leden van nationale normalisatie-instituten, Stuurman 1995, p. 220-221. Hij merkt terecht op dat slechts in uitzonderlijke gevallen tot een individuele aansprakelijkheid kan worden gekomen aangezien de norm het product is van een gezamenlijke beslissing. Bij Europese normalisatie geldt dat de deelnemers binnen normalisatie weer afgevaardigden zijn van nationale normalisatie-instituten en derhalve weer onder verantwoordelijkheid van nationale rechtspersonen vallen.

¹⁰⁶⁵ Verbruggen 2019a, p. 337 en 341 onder verwijzing naar Van Dam 2013, p. 341.

¹⁰⁶⁶ Normalisatie behelst als gezegd net als wetgeving een belangenafweging. Zo is voorstelbaar dat in een concreet geval een strengere norm een te grote belasting voor kleine spelers vormt of extra belasting oplevert voor het milieu, waardoor een suboptimaal veiligheidsniveau te rechtvaardigen is. Naar verwachting heeft dit enige invloed op de zorgplicht.

¹⁰⁶⁷ Verbruggen 2019a, p. 349-352.

¹⁰⁶⁸ Schepel 2005, p. 240.

Hier valt iets voor te zeggen, ware het niet dat het – los van de vraag naar toepasselijk recht¹⁰⁶⁹ – lastig vast te stellen is tot welke verbintenis het normalisatie-instituut is gehouden (een inspanningsverbintenis dat de geharmoniseerde norm de essentiële eisen zal vervullen of een resultaatsverbintenis). In theorie is het denkbaar dat een wanprestatie in deze overeenkomst naar Nederlands recht een onrechtmatige daad kan vormen jegens professionele partijen die op deze geharmoniseerde normen vertrouwen of jegens de gebruiker, doch dit vergt een zeer vrije weging van de gezichtspunten uit het *Vleesmeesters/Alog*-arrest.¹⁰⁷⁰ Volledigheidshalve zullen deze gezichtspunten hier worden nagelopen. Daar waar mogelijk is achter het gezichtspunt aangegeven welke omstandigheden voor invulling ervan van belang zijn en hoe ze zouden kunnen worden gewogen:

- *De hoedanigheid van alle betrokken partijen*: zowel de Commissie als het normalisatie-instituut is een professionele, hoogst deskundige partij. De Commissie treedt op als regelgever en het normalisatie-instituut wellicht als quasi-regelgever. Deze bijzondere hoedanigheid maakt het lastig dit gezichtspunt te wegen. Aannemelijk is wel dat de terughoudende toetsing – die bij reguliere staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving plaatsvindt – tot op zekere hoogte mede dit gezichtspunt zal kleuren.¹⁰⁷¹
- *De aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst*: deze strekt tot normstelling waarbij per definitie de belangen van derden zijn betrokken.
- *De aard van de verbintenissen en de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken*: hoewel de verbintenis waartoe het normalisatie-instituut zich heeft verbonden mede het maken van een belangenafweging behelst, pleit weging binnen het laatste gezichtspunt voor onrechtmatigheid aangezien duidelijk is dat onjuiste normalisatienormen de belangen van derden kunnen schaden.
- *De vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was*: dit zal voor normalisatie-instituten zeker het geval zijn.
- *De vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien*: derden mogen hier niet zomaar op vertrouwen aangezien de norm uiteindelijk het product van consensus is en er een belangenafweging moet worden gemaakt.
- *De vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden*: tot op zekere hoogte is dit niet bezwaarlijk, doch niet met ieders belang kan rekening worden gehouden.
- *De aard en de omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt*: van producenten kan wel enige eigen verantwoordelijkheid worden verwacht, van gebruikers van het product in beginsel niet.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁹ Art. 340 lid 1 VWEU.

¹⁰⁷⁰ HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4.

¹⁰⁷¹ Vgl. in zekere zin, Verbruggen 2019a, p. 337 en 341 voornoemd. Vgl. op nationaal niveau het arrest, HR 16 mei 1986 ECLI:NL:PHR:1986:AC9354, NJ 1987/251, m.nt. M. van Scheltema (*Landbouwwliegers, Spuitvliegen*). Zie uitgebreid over aansprakelijkheid voor onrechtmatige wet- en regelgeving op nationaal niveau De Haan e.a. 2019, p. /1026-1034. Vgl. Stuurman 1995, p. 223.

¹⁰⁷² Vgl. Stuurman 1995, p. 223.

- *De redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling:*
deze zal per geval verschillen. Het vormt een lastig te wegen gezichtspunt.

Aan de hand van dit kader kan onder omstandigheden tot aansprakelijkheid worden geconcludeerd, maar de drempels zijn hoe dan ook hoog. Hoewel het *Vleesmeesters*-kader ooit is geïntroduceerd met het oog op zuiver private entiteiten, kan het als inspiratiebron worden gebruikt; hybride regelgeving vraagt meen ik om een hybride beoordelingskader dat elementen van overheidsaansprakelijkheid en reguliere aansprakelijkheid omvat. Hoewel dit niet de plek is om zo'n kader uit te werken, is relevant dat de Hoge Raad naar Nederlands recht soms zelfbinding als rechtvaardiging voor binding van private entiteiten aan normalisatienormen via het ongeschreven recht accepteert (nrs. 143, 144 en 145). De zelfbinding van normalisatie-instituten aan het mandaat en de daarin vervatte afspraken zou in potentie op gelijke wijze de zorgplicht jegens derden nog kunnen concretiseren.

Ten slotte zal niet snel zijn voldaan aan de verdere vereisten voor aansprakelijkheid. Kan de horde van onrechtmatigheid worden genomen, dan lijkt toerekenbaarheid geen probleem, nu schending van enige zorgvuldigheidsnorm naar huidige maatstaven veelal toerekening impliceert.¹⁰⁷³ Hoewel nationale normalisatie-instituten zich plegen te exonereren, staan de kopers van een geharmoniseerde norm slechts in een contractuele relatie tot de nationale normalisatie-instituten.¹⁰⁷⁴ Aan gebruikers van het product die schade lijden door een onjuiste norm kunnen sowieso geen exonerationen worden tegengeworpen, nu enige contractuele relatie ontbreekt. Relativiteit,¹⁰⁷⁵ causaliteit¹⁰⁷⁶ en schade¹⁰⁷⁷ zijn echter lastig te nemen hobbels. Voor causaliteit is relevant of de schade is veroorzaakt door het volgen van een onjuiste norm, in de zin dat deze dwingt tot onveilig produceren, of doordat het product *ab initio* onveilig was. Een producent heeft – net als bijvoorbeeld een arts die handelt op basis van een onjuist protocol – bij het volgen van een onjuiste norm eigen kennis en verantwoordelijkheid op grond waarvan hij als primaire verantwoordelijke voor de veiligheid van het product – los van de vraag of de norm onjuist is – onzorgvuldig kan hebben gehandeld (hoofdstuk 7). Het normalisatie-instituut is bij schade als gevolg van

¹⁰⁷³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/107 (o.g.v. schuld dan wel verkeersopvatting).

¹⁰⁷⁴ Stuurman wees er al op dat nationale normalisatie-instituten zich plegen te exonereren. Nu het NEN de EN-normen verkoopt maar het product van Europese normalisatie afkomstig is, is de vraag of CEN, CENELEC of ETSI een beroep toekomt op een exoneration, zelfs al zou die door NEN ten behoeve van deze instituten (in de vorm van vb. een derdenbeding) zijn gemaakt. Zo'n derdenbeding lijkt vooralsnog niet aanwezig, zie art. 12 van de algemene leveringsvoorwaarden van NEN: <https://www.nen.nl/Leveringsvoorwaarden.htm>.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Spindler 1998, p. 331 voor het Duitse recht. Snijders 1987, p. 246 meent dat derden c.q. slachtoffers dermate ver verwijderd zijn van het normalisatie-instituut dat een basis voor aansprakelijkheid niet zonder meer kan worden aangenomen.

¹⁰⁷⁶ Snijders 1987, p. 247, die wel omkering van de bewijslast voor de consument bepleit. Zie ook Stuurman 1995, p. 237 onder verwijzing naar Marburger die qua bewijslastverdeling pleit voor een soort 'productaansprakelijkheid' voor onjuiste normstelling,

¹⁰⁷⁷ Ook Stuurman wijst er terecht op dat een normalisatienorm als zelfstandig object zelf geen schade kan veroorzaken, slechts door het toepassen ervan ontstaat de schade, Stuurman 1995, p. 212.

een onjuiste geharmoniseerde norm veelal secundaire dader en komt als mogelijke aansprakelijke partij niet snel in beeld.¹⁰⁷⁸

Dit alles in aanmerking nemende lijkt het aansprakelijkheidsrecht in Nederland in zijn huidige vorm c.q. invulling inderdaad niet geschikt om voldoende druk of controle uit te oefenen op Europese normalisatie-instituten en het totstandkomingsproces als geheel, zeker niet zolang onduidelijkheid bestaat over de exacte verantwoordelijkheden van de normalisatie-instituten en aansprakelijkheidsregimes in lidstaten kunnen verschillen.¹⁰⁷⁹ Aansprakelijkheid maakt bovendien niet automatisch dat publicatie en daarmee het vermoeden van conformiteit wordt ingetrokken. Desalniettemin zal een deel van de critici van de Nieuwe Aanpak de hoop gevestigd houden op de civiele rechter, nu politieke pogingen om het '*club house*'¹⁰⁸⁰ van normalisatie te doorbreken zijn gestrand. De nieuwe Normalisatieverordening uit 2012 die was bedoeld verbetering te brengen, lijkt – zoals we hiervoor hebben gezien – een politiek compromis dat de bestaande praktijken (de '*principles*') codificeert, maar geen gesloten normen stelt voor actieve participatie en stemrecht.¹⁰⁸¹ Hierdoor is het instrument deels een tandeloze tijger.¹⁰⁸²

122 De aansprakelijkheid van de Europese Commissie c.q. de EU voor het in strijd met het recht publiceren van een geharmoniseerde norm

Een andere optie is de Commissie ex art. 340 jo. 268 VWEU aansprakelijk te houden voor het nemen van een onrechtmatige beslissing tot publicatie van de geharmoniseerde norm in het publicatieblad en het daarmee inwerking laten treden van het vermoeden van conformiteit. De Commissie is slechts aansprakelijk indien sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel. Als hogere rechtsregel kunnen worden aangemerkt bepalingen uit de EU-verdragen, algemene rechtsbeginselen en verordeningen van hogere rang dan

¹⁰⁷⁸ Snijders 1987, p. 246. Zie kritisch, Stuurman 1995, p. 221 en 222. Vgl. Maes 2016 over secundaire zorgplichten. Vgl. de afgeleide aansprakelijkheid van toezichthouders (Giesen 2007, p. 123, noot 6, Giesen 2005, p. 37-45 en van Rossum 2005, p. 91-97) hoewel aansprakelijkheid voor onjuiste normen van normalisatie-instituten minder secundair lijkt dan die van toezichthouders voor onvoldoende toezicht.

¹⁰⁷⁹ Zie in algemene zin ook Verbruggen 2019a, p. 349.

¹⁰⁸⁰ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 145, doch zij betwijfelen of rechters de gevolgen van hun beslissingen wel kunnen overzien, p. 155. Tot op heden zijn geen Europese zaken bekend waarin een normalisatie-instituut aansprakelijk werd gehouden voor een onjuiste norm. Uit een rapport uit 1990 blijkt dat slechts in Frankrijk en in Italië ooit onsuccesvol is geprocedeerd, zie Schepel & Falke 2000, p. 340. Zoals ook aangehaald door Verbruggen 2019a, p. 340 en 341.

¹⁰⁸¹ Zie art. 5 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening) bepaalt dat ESO's passende vertegenwoordiging en deelname van alle belanghebbenden in alle stadia van het normalisatieproces moeten bevorderen en vergemakkelijken, doch op welke wijze wordt niet geconcretiseerd. Deelname en toegang impliceren echter niet direct invloed. Een aantal van de in het onderzoek uit 2009 genoemde problemen worden met de verordening dus niet opgelost, zie 'Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General', p. 8 en 9. Tegelijkertijd werd door belanghebbendenorganisaties de financiering als belangrijkste drempel voor deelname genoemd (p. 9 van voornoemd onderzoek), en daaraan is de Commissie eerder al tegemoetgekomen. Vgl. ook Neerhof 2017, paragraaf 3.2.2.

¹⁰⁸² Zie ook Van Gestel & Micklitz 2013, p. 152.

de bestreden handeling.¹⁰⁸³ Voor vaststelling van een voldoende gekwalificeerde schending hanteert het Hof een strenge maatstaf.¹⁰⁸⁴ Hoe meer beoordelingsruimte, hoe lastiger het vaststellen van een gekwalificeerde schending zal zijn.¹⁰⁸⁵ Doordat de essentiële eisen de Commissie enige beoordelingsruimte laten en de invulling ervan complexe materie behelst, zal de Commissie niet snel buiten de haar toebedeelde bevoegdheid treden (eerder nr. 39). Als gevolg daarvan zullen particulieren binnen redelijke grenzen de negatieve gevolgen van een normatieve handeling van de Unie moeten dragen.¹⁰⁸⁶

123 Publicatie en auteursrecht

Voorts ligt nog open hoe het Hof tegen publicatie van de geharmoniseerde norm in relatie tot het auteursrecht aankijkt.¹⁰⁸⁷ Ook de A-G in *James Elliott* liet dit in het midden.¹⁰⁸⁸ Wel haalt hij in een noot Van Gestel & Micklitz aan die eerder al wezen op de uiteenlopende uitspraken in de lidstaten op het punt van nationale normalisatienormen.¹⁰⁸⁹ Slechts handelingen van de instellingen moeten worden gepubliceerd ex art. 15 en 297 VWEU. Door de kwalificatie als recht, doch niet als handeling van de instelling lijkt alleen publicatie van de referentie in het publicatieblad toegestaan, waardoor het verdienmodel van

¹⁰⁸³ HvJ EG 2 december 1971, C-5/71, Jur. 1971, p. 975, ECLI:EU:C:1971:116 (*Schöppenstedt*), r.o. 11; HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 en C-40/77, Jur. 1978, p. 1209, ECLI:EU:C:1978:113 (*Bayerischen HNL*), r.o. 4 en 5. Craig & De Búrca 2015, p. 588.

¹⁰⁸⁴ HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 en C-40/77, Jur. 1978, p. 1209, ECLI:EU:C:1978:113 (*Bayerischen HNL*), r.o. 5, HvJ EG 4 juli 2000, C-352/98, ECLI:EU:C:2000:361 (*Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm SA e.a./Commissie*), r.o. 43. Een voldoende gekwalificeerde schending is 'een kennelijke en ernstige miskenning, door een lidstaat zo goed als door een gemeenschapsinstelling, van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven.' Ontbreekt een beoordelingsruimte dan kan de enkele schending van Unierecht voldoende zijn; vgl. HvJ EG 23 mei 1996, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205 (*Hedley Lomas*), r.o. 28 waar het ging om lidstaat-aansprakelijkheid voor schending van EU-recht.

¹⁰⁸⁵ Naast de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel laat aan de Commissie, zijn van belang: de duidelijkheid en nauwkeurigheid van de regel, of de schending opzettelijk is begaan en of de rechtsdwaling verschoonbaar is, Craig & De Búrca 2015, p. 589. Zie Mataija 2016, p. 244 in relatie tot een geharmoniseerde norm die in potentie art. 101 of 102 VWEU schendt. Vgl. Neerhof 2016, p. 246 die over nationale normalisatie en verwijzing daarnaar in AVV's opmerkt dat de beslissing tot vaststelling van een AVV waarin naar normalisatie wordt verwezen onrechtmatig kan zijn indien de norm zelf apert onzorgvuldig tot stand is gekomen of de inhoud ervan onevenredig belastend is voor bepaalde belanghebbenden in verhouding tot de daarmee te dienen doelen.

¹⁰⁸⁶ HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 en C-40/77, Jur. 1978, p. 1209, ECLI:EU:C:1978:113 (*Bayerischen HNL*), r.o. 6.

¹⁰⁸⁷ Zie ook Senden 2017, p. 352; Van Gestel 2018 p. 407.

¹⁰⁸⁸ Concl. A-G van 28 januari 2016 in C-613/14, ECLI:EU:C:2016:63 (*James Elliott Construction Ltd./Irish Asphalt Ltd.*), overweging 51.

¹⁰⁸⁹ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 145 e.v. waarin wordt verwezen naar BGH 30.06.1983, GRUG 1984, p. 117-119 (*DIN*) en BVerfGE 29 juli 1998, ZUM 1998, p. 926 (*DIN*) waarin is geoordeeld dat DIN-normen geen auteursrechtelijke bescherming genieten, en naar het welbekende arrest HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*) waaruit het tegenovergestelde blijkt. Voorts haalt de A-G nog HvJ EU 15 oktober 2015, C-251/14, ECLI:EU:C:2015:687 (*Balázs*), r.o. 54 aan, waaruit bleek dat volgens het Hof een EN-norm waarnaar in de nationale wet wordt verwezen, niet beschikbaar hoeft te worden gesteld in de officiële taal van het land.

de normalisatie-instituten vooralsnog wordt beschermd.¹⁰⁹⁰ Het gebrek aan transparantie en toegankelijkheid van deze normen blijft een van de belangrijkste bezwaren tegen het gebruik van deze normen (nr. 126 en 281).

124 Vergelijking met normalisatienormen waarnaar in nationale wetten wordt verwezen en het huidige criterium van art. 79 RO

Hoewel dit onderzoek primair ziet op de vraag of geharmoniseerde normen als 'EU-recht' dienen te worden gezien, wordt volledigheidshalve hier ook het nationale rechtsbegrip uit art. 79 RO behandeld, mede nu op niet-geharmoniseerd terrein nog wel eens in wetten of AMvB's naar nationale normalisatienormen wordt verwezen.¹⁰⁹¹ Ik zal mij hier beperken tot de vereisten onder art. 79 RO, zoals die volgen uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Een groot verschil met geharmoniseerde normen is dat op nationaal niveau het co-reguleringsmechanisme (mandaat, totstandkomingsproces en controle achteraf) niet zo ver is geformaliseerd als op Europees niveau.¹⁰⁹² Daarnaast ontbreken overkoepelende wettelijke essentiële eisen: er wordt direct in de wet of AMvB naar de toepasselijke NEN- of NEN-EN-norm verwezen met gebruik van een gelijkwaardigheidsbepaling, zie verderop in deze paragraaf.¹⁰⁹³

Conform het traditionele criterium is er sprake van recht indien er sprake is van 'naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent'.¹⁰⁹⁴ De bevoegdheid diende tot de jaren 80 van de vorige eeuw te steunen op directe of indirecte delegatie van wetgevende bevoegdheid door de formele wetgever, wilde de op basis daarvan tot stand gebrachte norm recht zijn in de zin van 79 RO (eerder art. 99 RO).¹⁰⁹⁵ Het uitgangspunt dat de bevoegdheid diende te steunen op delegatie is in de jaren 80 van de vorige eeuw losgelaten¹⁰⁹⁶ hetgeen voor de Hoge Raad de opmaat vormde om in 1990 beleidsregels ook onder art. 79 RO te scharen. Onderdeel van de motivering van het desbetreffende arrest was dat deze regels het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden – in dat geval

¹⁰⁹⁰ Zie anders Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 890 onder verwijzing naar art. 15 lid 3 VWEU. Dat artikel spreekt alleen van 'documenten van de instellingen, organen en instanties van de Unie'.

¹⁰⁹¹ Zie voor nationale literatuur over de status van NEN-normen ook Concl. A-G Langemeijer van 30 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*), onder 3.29 t/m 3.25 en voor de positie van de bestuursrechter onder 3.38. Nu in deze procedure de vraag centraal stond of normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen dienen te worden gepubliceerd, kwam de vraag of het recht betreft in de zin van art. 79 RO in het arrest niet expliciet aan de orde.

¹⁰⁹² Zie over het nationale beleid nader Neerhof 2016, p. 206 en een vergelijking tussen de Europese waarborgen uit de Normalisatieverordening en gebruik van normalisatie in nationale wetgeving v.a. p. 237.

¹⁰⁹³ Zie bijvoorbeeld de normen in het Bouwbesluit 2012.

¹⁰⁹⁴ HR 10 juni 1919, *NJ* 1919/647 en HR 10 juni 1919, *NJ* 1919/650 (*Rogge-arrest*) zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 46 en 83 en Kristic e.a. 2009, inleiding, noot 14.

¹⁰⁹⁵ HR 13 januari 1879, *W* 4330 (*Meerenberg-arrest*), zoals ook aangehaald door Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/109.

¹⁰⁹⁶ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/115 en 116.

het vertrouwensbeginsel in verbinding met het gelijkheidsbeginsel. Voorts zouden de regels zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de regeling betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast.¹⁰⁹⁷ Voor rolreglementen is eenzelfde stap gezet.¹⁰⁹⁸ Het Reglement voor de handel op de optiebeurs (RHO) is daarentegen geen recht in de zin van art. 79 RO, doch desalniettemin mede relevant voor invulling van de bancaire zorgplicht jegens cliënten, waarbij bij de uitleg moet worden meegenomen dat zij onmiskenbaar mede strekken ter bescherming van de belangen van de cliënten van de bank.¹⁰⁹⁹ Hetzelfde geldt vooralsnog voor andere gedragsnormen die zijn vervat in privaatrechtelijke zelfregulering of tuchtrecht.¹¹⁰⁰

In het *Van Lanschot*-arrest – en eerder impliciet in de zaak *ACM/Albert Heijn* – zijn de criteria voor kwalificatie als recht onder art. 79 RO van private normen die binnen een wettelijk kader zijn ontwikkeld door de Hoge Raad aldus samengevat: (i) er dient een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig te zijn, (ii) het dient een naar buiten werkende, tot ieder gerichte algemene regeling te betreffen, en (iii) deze dient op behoorlijke wijze bekend te zijn gemaakt.¹¹⁰¹ Schutgens ziet, voor wat betreft nationale normalisatienormen

¹⁰⁹⁷ HR 28 maart 1990, NJ 1991/118, m.nt. Scheltema (*Leidraad-arrest*), r.o. 4.6, waarin de Hoge Raad onder recht verstaat, de ‘door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekendgemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden, en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’

¹⁰⁹⁸ HR 28 juni 1996, NJ 1997/495, m.nt. H.J. Snijders (*Rolrichtlijnen-arrest*), r.o. 3.2: ‘Het onderdeel gaat ervan uit dat de in dat vonnis genoemde rolrichtlijnen zijn aan te merken als ‘recht’ in de zin van art. 99 RO. Dit uitgangspunt is juist. De in mei 1987 door de Rechtbank te ‘s-Gravenhage vastgestelde rolrichtlijnen — afgedrukt in *Lever-De Vree*, *Civiele rolrichtlijnen voor de rechtspraak* 95/6, Deventer 1995, blz. 83 e.v. — hebben het karakter van door die Rechtbank vastgestelde regels omtrent de uitoefening van haar rolbeleid, welke regels weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar de rechter wel op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging binden, en zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’ Zie hierover en over andere rechtersregelingen uitgebreid Teuben 2004, p. 1 e.v.

¹⁰⁹⁹ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), r.o. 3.5.3 en r.o. 3.6.3, zoals ook uitgebreid besproken door Vranken in *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/79 t/m 83.

¹¹⁰⁰ *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/117 onder verwijzing naar onder meer de volgende nog te bespreken arresten HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *RvdW* 2014/600, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*), r.o. 5.2.1, HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In ‘t Hout, Trombose*) en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151 m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Aansprakelijkheid arts, tuchtrecht*). Zie voorts Menting 2016, p. 239-247 die in aanvulling daarop nog verwijst naar HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3529, NJ 2007/639 (*HBU/Groenendijk*) r.o. 3.5, HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, NJ 2011/449 (*Pretium/Tros*), r.o. 3.3.2 en Giesen 2008, die in aanvulling daarop verwijst naar HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0895, *RvdW* 2007/644 (*NAK, Aardbeienmijt*). Uit deze arresten blijkt wel invloed van alternatieve normen op het recht, doch de kwalificatie als recht ontbreekt.

¹¹⁰¹ HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, *RvdW* 2006, 1109, *JOR* 2007/19 mnt. K. Frielink, JA 2007/23 m.nt. S.B. van Baalen, *RF* 2007/2, NJ 2006/644, *JE* 2006/459 (*Van Lanschot Bankiers N.V.*), r.o. 3.3.2: ‘De in het onderdeel neergelegde rechtsklacht doet in de eerste plaats de vraag rijzen of de NR 1995 als recht in de zin van art. 79 RO moet worden aangemerkt. Gelet op de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde criteria is daarvan sprake indien (i) voor de NR 1995 een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig is, (ii) de

waarnaar de nationale wetgever verwijst in het Bouwbesluit, een parallel met beleidsregels (als in het *Leidraad*-arrest).¹¹⁰² Hij ziet in het *Knooble/Staat*-arrest ruimte om normalisatienormen, hoewel niet zijnde AVV's, toch als recht te kwalificeren. De Hoge Raad overweegt namelijk dat de normen als zodanig wel 'algemeen geldende normen (...)' zijn.¹¹⁰³ Ik kan hem daarin volgen. De ratio achter het *Leidraad*-arrest, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, waardoor burgers rechten kunnen ontlelen aan beleidsregels doch daar niet zelf door worden gebonden, pleit op vergelijkbare wijze voor kwalificatie van deze normen als recht. Over dergelijke normen werd ook gesproken in de parlementaire geschiedenis bij de Woningwet en de Bekendmakingswet; zij gaan 'op enigerlei wijze wel deel uitmaken van het recht'.¹¹⁰⁴ Indien we *Knooble* inderdaad zo mogen begrijpen, dan is de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot met name vereisten (i) en (iii) uit *Van Lanschot*, die daarom aan een nader onderzoek zullen worden onderworpen.

Bij de beoordeling of een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig was ((i) voornoemd) overwoog de Hoge Raad in *AH/ACM* onder meer dat met het Fondsenreglement, dat was opgesteld door de bij wet daartoe aangewezen bevoegde – weliswaar private – autoriteit, uitvoering werd gegeven aan drie richtlijnen over de toelating van effecten tot de effectenbeurs.¹¹⁰⁵ In *Van Lanschot* over de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995 sloot de Hoge Raad aan bij de conclusie van de A-G waaruit volgt dat de STE, thans AFM, eveneens bij wet is aangewezen als normsteller.¹¹⁰⁶ In het arrest *Euronext*

NR 1995 een naar buiten werkende, tot ieder gerichte algemene regeling is, en deze (iii) op behoorlijke wijze is bekend gemaakt. Aan het vereiste (ii) is voldaan, evenals aan het vereiste (iii), nu de regeling in de Staatscourant (1995, nr. 250) is gepubliceerd. Op de gronden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.13.5 moet voorts worden geoordeeld dat voor art. 25 NR 1995 een wettelijke grondslag is gelegen in art. 11 Wte 1995. De NR 1995 vormt derhalve recht in de zin van art. 79 RO.'

Zie voor een eerder voorbeeld van alternatieve regelgeving binnen een publiekrechtelijk kader dat wel recht in de zin van art. 79 RO is: HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, NJ 2006/302 (*ACM/Albert Heijn*). Zie voor een afwijzing HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, NJ 2010/570 (*Euronext/AFS*).

¹¹⁰² Schutgens 2012, p. 765. Zie anders en ten onrechte Van Gestel 2018, p. 402 onder verwijzing naar het HR 28 maart 1990, NJ 1991/118, m.nt. Scheltema (*Leidraad-arrest*) omdat het bij NEN-normen niet zou gaan om een door een bestuursorgaan uitgevaardigde regels. Toezichthouders zijn echter wel bestuursorganen en in die hoedanigheid aan bijv. de Woningwet, waarin wordt verwezen naar NEN-normen, gebonden. Burgers mogen aan die NEN-normen vertrouwen ontlelen, waardoor de parallel met beleidsregels wel opgaat.

¹¹⁰³ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.12.

¹¹⁰⁴ MvT Bekendmakingswet, zoals aangehaald onder overweging 3.24 van de A-G. Zoals ook aangehaald door Schutgens 2012, p. 765 in noot 8. Vgl. eerder Stuurman 1995, p.

¹¹⁰⁵ HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, NJ 2006/302 (*ACM/Albert Heijn*), r.o. 3.5. Zie uitgebreid Concl. A-G Wesseling-Van Gent onder 2.15-2.24, die overigens mede van belang achtte dat naast de uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheid, iedere wijziging van het reglement, voorzien van een advies van de AFM, wordt voorgelegd ter goedkeuring aan de verantwoordelijke minister. Bij normalisatienormen onder het Bouwbesluit vindt in de totstandkomingsfase van de NEN-norm wel overleg plaats tussen de minister en NEN of naar de norm zal worden verwezen, zie Concl. A-G Langemeijer van 30 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*), onder 4.12 en 4.13.

¹¹⁰⁶ HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, RvdW 2006, 1109, JOR 2007/19 mnt. K. Frielink, JA 2007/23 m.nt. S.B. van Baalen, RF 2007/2, NJ 2006/644, JE 2006/459 (*Van Lanschot Bankiers N.V.*), r.o. 3.3.2: 'Gelet op de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde criteria is daarvan sprake indien (i) voor de NR 1995 een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig is, (ii) de NR 1995 een naar buiten werkende, tot ieder

ontbrak juist een genoegzame wettelijke grondslag voor het algemeen reglement en de *trading rules* van Euronext.¹¹⁰⁷ Voor normalisatienormen onder het Bouwbesluit is de vraag of sprake is van voldoende wettelijke grondslag voor vaststelling van de normalisatienorm door NEN aanwezig is.¹¹⁰⁸

De vraag is uiteraard of de publicatie van een referentie en de terinzagelegging bij het NEN voor particulieren een voor burgers behoorlijke wijze van bekendmaking is (iii).¹¹⁰⁹ *Knooble* ging slechts over de kwalificatie van normalisatienormen als AVV in relatie tot de Bekendmakingswet. Voor de hand ligt echter dat de Hoge Raad indien de vraag of een norm recht ex art. 79 RO is zich voordoet, eveneens oordeelt dat de huidige wijze van bekendmaking voldoende is.¹¹¹⁰ Wat voldoende kenbaar is in het kader van art. 79 RO, betreft eveneens een normatieve keuze.¹¹¹¹ De werking van het recht is niet beperkt

gerichte algemene regeling is, en deze (iii) op behoorlijke wijze is bekend gemaakt. Aan het vereiste (ii) is voldaan, evenals aan het vereiste (iii), nu de regeling in de Staatscourant (1995, nr. 250) is gepubliceerd. Op de gronden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.13.5 moet voorts worden geoordeeld dat voor art. 25 NR 1995 een wettelijke grondslag is gelegen in art. 11 Wte 1995. De NR 1995 vormt derhalve recht in de zin van art. 79 RO.'

¹¹⁰⁷HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, NJ 2010/570 (*Euronext/AFS*). r.o. 3.3.2. Concl. A-G Huydekoper onder o.a. 7 t/m 12 die o.a. aan de hand van publicaties laat zien dat het eerder lijkt te gaan om zelfregulering.

¹¹⁰⁸ Zoals weergegeven in *Knooble*, 3.1 iv: 'In art. 2 Woningwet is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bouwvoorschriften kunnen worden gegeven. Op grond van art. 3 Woningwet kan daarbij worden verwezen naar (onderdelen van) normen. In dit verband wordt ingevolge art. 1 lid 1, aanhef en onder h (tot 1 oktober 2010: onder i) Woningwet verstaan onder "norm": een document, uitgegeven door een deskundig, onafhankelijk instituut, waarin wordt omschreven aan welke eisen een bouw materiaal, bouwdeel of bouwconstructie moet voldoen dan wel waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet- of berekeningsmethode.' De in art. 2 Woningwet bedoelde AMvB is het Bouwbesluit 2003. Daarin wordt naar een ministeriële regeling verwezen, zijnde de Regeling Bouwbesluit 2003. Daarin wordt NEN niet expliciet als normsteller aangewezen. Wel wordt in art. 1.5 Bouwbesluit 2003 NEN gedefinieerd als: een door de Stichting Normalisatie-instituut uitgegeven norm. Zie ook Neerhof 2018, p. 7 en noot 48 voor meerdere voorbeelden, die de grondslag in het bouwbesluit impliciet voldoende lijkt te achten.

¹¹⁰⁹ Hier wees Elferink reeds op in 1998, Elferink 1998, p. 66-77. Zie voor een goede weergave van de oorspronkelijke discussie in wetgeving en literatuur over bekendmaking van normen: Concl. A-G Langemeijer van 30 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*), onder 3.23 t/m 3.28 en onder 3.31 en 3.32. Vooralsnog ziet de Hoge Raad geen noodzaak de normen integraal te publiceren of kosteloos ter beschikking te stellen. De Afdeling achtte voor burgers de terinzagelegging van normen waar in het Bouwbesluit naar wordt verwezen voldoende, ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.6. In deze algemene redenering kan wellicht een rechtvaardiging worden gevonden waarom de kenbaarheid van normalisatienormen voor de primaire normadressaten (nl. de marktdeelnemers, vgl. H2) voldoende is gewaarborgd, zelfs wanneer de normen slechts tegen betaling beschikbaar zijn.

¹¹¹⁰ Strikt genomen zag *Knooble* immers alleen op de kwalificatie als AVV, doch de motivering lijkt ruimte te laten voor de kwalificatie als recht ex art 79 RO, zie hiervoor. Zie ook Concl A-G Langemeijer onder 4.19 bij *Knooble* over een andere wijze van bekendmaking in relatie tot het legaliteitsbeginsel.

¹¹¹¹ Vgl. Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies), p. 9 in digitale versie (hoofdstuk 2, paragraaf 13): 'Kenbaarheid en bekendheid zijn alleen een probleem als het recht werkelijk onhanteerbaar wordt. Het gaat er vooral om dat het recht kenbaar is (en bekend) wanneer het nodig is. Een burger hoeft bijvoorbeeld niet alle op auto's van toepassing zijnde regels te kennen, maar wel dient hij op de hoogte te zijn van zekere regelgeving als hij daadwerkelijk wil gaan autorijden. Anders gezegd: een belangrijk deel van regelgeving is slechts in specifieke domeinen of rollen relevant, en het mag verwacht worden dat diegene die zich binnen de reikwijdte van die regels begeeft, zich voor zover nodig daar ook in zal verdiepen. Dit veronderstelt overigens wel dat een gewone burger voldoende zal beseffen of begrijpen dat hij een zodanig afgezonderd domein betreedt, en dat de desbetreffende regels dan ook met redelijke inspanningen zijn te achterhalen en doorgronden.' Hoewel zij met

tot hun normadressaten (zie nader hoofdstuk 7).¹¹¹² Bovendien kan qua kenbaarheid nog een hoop worden verbeterd (zie voor geharmoniseerde normen hierna en hoofdstuk 8). Voor nu lijkt al met al de conclusie gerechtvaardigd dat met name vereiste (i) als genoemd in *Van Lanschot* voor normalisatienormen waarnaar in nationale wetten wordt verwezen ruim moeten worden genomen, om recht te kunnen zijn in de zin van art. 79 RO.

Overigens is het onduidelijk of de impliciete eis die in de motivering van het *Leidraad*- en het *Rolrichtlijnen*-arrest besloten leek te liggen – namelijk dat de regel zich naar inhoud en strekking ertoe moeten lenen om jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast – met *Van Lanschot* is komen te vervallen.¹¹¹³ Aannemelijk is dat bij meer algemene regels die gerelateerd zijn aan een publiekrechtelijk kader wordt teruggevallen op vereiste (ii) in dit laatste arrest, namelijk dat het moet gaan om een naar buiten werkende, tot ieder gerichte algemene regeling. In dit vereiste kan mijns inziens deze impliciete eis uit het *Leidraad*- en *Rolrichtlijnen*-arrest besloten liggen.¹¹¹⁴ Zoals ik in het volgende hoofdstuk zal toelichten, zijn normalisatienormen (en geharmoniseerde normen als bijzondere categorie ervan) naar hun inhoud en strekking sec geen gedragsnormen maar technische methoden. Op zichzelf staand, derhalve los van enig wettelijk kader, ontbreekt het deze normen qua inhoud aan rechtskarakter. Geharmoniseerde normen worden echter door publicatie van de verwijzing ernaar in het publicatieblad onderdeel van de geschreven rechtsnormen uit de secundaire EU-instrumenten, hetgeen de beslissing dat zij ‘deel uitmaken van het Unierecht’ mede rechtvaardigt (hoofdstuk 2). Op vergelijkbare wijze worden nationale normalisatienormen waarnaar door de wet- of regelgever wordt verwezen onderdeel van ons

deze overwegingen wellicht niet direct NEN-normen onder het Bouwbesluit in de context van art. 79 RO voor ogen hadden en er meer pleit voor betere kenbaarheid, kan deze algemene redenering wellicht verklaren waarom de kenbaarheid van normalisatienormen voor de primaire normadressaten (nl. de marktdeelnemers, vgl. H2) voor de kwalificatie als recht wellicht voldoende is gewaarborgd. Zie anders Smits 2015, p. 29: *‘Het argument dat normalisatienormen slechts facultatief gelden, kan daarbij niet worden aanvaard: zodra het volgen van de norm het vermoeden oplevert dat aan een wettelijke eis is voldaan, ligt het voor de hand om te hameren op het belang van kenbaarheid van die norm.’* Waarna hij vervolgt in de noot: *‘In andere zin: Toelichting bij Aanwijzing 91a. De daar gevolgde redenering is dat omdat normalisatienormen alleen tegen betaling kunnen worden verkregen, het dwingend opleggen van die normen minder wenselijk is. Ik draai dat liever om: omdat het gebruik van deze normen gewenst*

is, is het minder wenselijk dat daarover auteursrecht wordt betaald.’ Vgl. ook kritisch Van Gestel 2018, p. 407.

¹¹¹² Hetgeen Loth en Tjong Tjin Tai voornoemd overigens verderop in hun advies ruimschoots erkennen.

¹¹¹³ Zie nog Teuben 2004, p. 168 e.v. voor een uitwerking van dit vereiste in relatie tot rechtersregelingen, voordat *Van Lanschot* was gewezen.

¹¹¹⁴ Vgl. o.a. concl. A-G Verkade onder 4.13 bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3529, NJ 2007/639 (*HBU/Groenendijk*) die meent dat gedragscode onder de Wbp niet louter door een goedkeuring van het CBP binnen een bestaand wettelijk kader de status van ‘recht’ verkrijgt. Vgl. ook Vranken die meent dat het rechtskarakter van de alternatieve regel (althans het ontbreken van erkenning ervan) in de zaak *Kouwenberg/Rabo* bepalend zou kunnen zijn geweest voor de Hoge Raad om aan een alternatieve norm – het Reglement Handel Optiebeurs – in casu minder waarde toe te kennen, *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/82, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 100. Vgl. ook Vranken nr. 84 onder verwijzing naar het Trombose-arrest waarin volgens hem de Hoge Raad, overigens los van art. 79 RO, zich een oordeel heeft gevormd over het ‘juridisch gehalte’ van de norm.

ationale recht.¹¹¹⁵ Hoewel in het verleden is opgemerkt dat de Nieuwe Aanpak op nationaal niveau is overgenomen, wordt op nationaal niveau minder met vermoedens gewerkt en meer met gelijkwaardigheidsbepalingen.¹¹¹⁶ Er is dan voor de burger geen open norm of algemene essentiële eis waarop terug kan worden gevallen. Zonder kennis van de NEN-norm kan de gelijkwaardigheid dus in het geheel niet worden beoordeeld, hetgeen sterker pleit voor de kwalificatie als recht.¹¹¹⁷ Wellicht dat daarom zowel Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dergelijke normen wel als naar buiten toe bindende regels heeft bestempeld, doch niet als algemeen verbindende voorschriften.¹¹¹⁸ Los van voorgaande kwalificatie als recht, kunnen zowel geharmoniseerde normen als andere normalisatienormen soms aan ongeschreven gedragsnormen en ongeschreven recht worden gerelateerd. Het ongeschreven recht vormt uiteraard recht in de zin van art. 79 RO (zie nader de hoofdstukken 6 en 7).

De door de Hoge Raad in *Knooble/Staat*¹¹¹⁹ en door de Afdeling in *City Crash*¹¹²⁰ gekozen route lijkt te duiden op een middenweg: wel recht, maar geen AVV. Een parallel met de gekozen lijn in *James Elliott* op Europees niveau tekent zich af (vgl. nr. 116 en 117). Indien NEN-normen waarnaar in de wet- en regelgeving wordt verwezen ook recht zijn, dan brengt deze status de processuele consequentie met zich dat de Hoge Raad bevoegd zou worden tot uitleg van deze nationale normalisatienormen in private verhoudingen. De Hoge Raad zou dan tevens vonnissen en arresten die in strijd zijn met dit recht mogen vernietigen.¹¹²¹ De bestuursrechter en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn dan bevoegd tot rechterlijke controle op de

¹¹¹⁵ Vgl. HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, *RvdW* 2006, 1109, *JOR* 2007/19 mnt. K. Frielink, *JA* 2007/23 m.nt. S.B. van Baalen, *RF* 2007/2, *NJ* 2006/644, *JE* 2006/459 (*Van Lanschot Bankiers N.V.*), r.o. 3.3.2 en concl A-G Verkade onder 4.13.5 bij dat arrest. Vgl. verder Concl. A-G Langemeijer bij *Knooble* onder 4.23 en 4.24.

¹¹¹⁶ Art. 1.5 van het Bouwbesluit 2003 en art. 1.3 van het Bouwbesluit 2012 kennen bijvoorbeeld alleen een gelijkwaardigheidsbepaling maar geen expliciet wettelijk vermoeden. Zie bijvoorbeeld art. 1.3 Bouwbesluit 2012: 'Aan een in hoofdstuk 2 tot en met 7 gesteld voorschrift hoeft niet te worden voldaan indien het bouwwerk of het gebruik daarvan anders dan door toepassing van het desbetreffende voorschrift ten minste dezelfde mate van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu biedt als is beoogd met de in die hoofdstukken gestelde voorschriften.' Zie over dit verschil ook Neerhof 2018, p. 8 doch hij acht dit niet per definitie problematisch. A-G Langemeijer in zijn conclusie bij *Knooble* lijkt de verwijzing onder het Bouwbesluit ten onrechte ook als vermoeden te kwalificeren, onder 4.10.

¹¹¹⁷ Van Gestel 2012a, p. 253 onder verwijzing naar uitspraak van de rechtbank in *Knooble* (Rb. Den Haag 31 december 2008, LJN BG8465, r.o. 4.11), waar dit argument werd genoemd.

¹¹¹⁸ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *NJ* 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.5, ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, *JB* 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, *TBR* 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.5. Zie ook Neerhof 2016, p. 203 en 204, onder verwijzing naar deze arresten.

¹¹¹⁹ De eerder aangehaalde r.o. 3.5 en 3.12 waarin wordt gesproken van 'algemeen geldende normen'.

¹¹²⁰ De afdeling in r.o. 2.4.5: 'geen vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften als bedoeld in artikel 89, vierde lid, van de Grondwet', doch 'door de verwijzing ernaar in het Bouwbesluit 2003 wel naar buiten werkende, de burgers bindende regels', zoals ook aangehaald door Neerhof 2016, p. 204.

¹¹²¹ Korthals Altes 2005, p. 28, die terecht waarschuwt dat art. 79 RO uitsluitend betekenis heeft voor de vraag of de Hoge Raad de door de lagere rechter aan een regel gegeven uitleg in cassatie volledig mag toetsen, maar geen criterium biedt voor de controle van legitimiteit en representativiteit van private regelgeving.

normalisatienormen (vgl. nr. 118, art. 263 VWEU). Hoe die controle eruit komt te zien, is onduidelijk aangezien beleidsregels en AVV's niet direct kunnen worden vernietigd. De exacte inhoud van de nationale rechterlijke controle op normalisatienormen ligt eveneens open en lijkt eveneens indirect. De directe bestuursrechtelijke rechtsingang staat in Nederland slechts open indien een handeling een besluit is en indien de eiser een belanghebbende is (*directe toetsing*). Daarnaast kan toetsing plaatsvinden in het kader van de uitvoering of handhaving van de wet- of regelgeving door de overheid (*exceptieve toetsing*).¹¹²² De burgerlijke rechter is slechts restrechter.¹¹²³

Ten slotte is weleens de vraag opgeworpen of nationale normalisatie-instituten bestuursorganen zijn in de zin van de Awb, omdat aan hen in zekere zin regelgevende bevoegdheid zou zijn gedelegeerd indien naar hun normen wordt verwezen in AVV's. Over dit onderwerp verschillen de meningen, doch het zal hier niet nader worden uitgewerkt.¹¹²⁴

4.4 GEVOLGEN VOOR PRIVAATRECHTELIJKE NORMSTELLING

125 (Alternatieve) legitimatie?

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre is voldaan aan de randvoorwaarden die in de doctrine zijn geïdentificeerd, wil enige betekenis toekomen aan geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regulering binnen privaatrechtelijke normstelling.

Het voorgaande laat zien dat er waarborgen in het totstandkomingsproces en controle op geharmoniseerde normen achteraf aanwezig zijn, maar dat er ruimte is voor verbetering. Op papier zijn relatief veel waarborgen ingebouwd die maken dat zowel in de fase van ontwerp van het mandaat als tijdens het tot stand brengen van de norm, er veel inspraak is van diverse stakeholders. Misschien wel meer dan bij iedere andere vorm van alternatieve regulering.¹¹²⁵ *James Elliott* lijkt binnen de Commissie in ieder geval al aanleiding te zijn geweest om haar rol binnen de Nieuwe Aanpak eens nader te overdenken, onder andere via een zogeheten interinstitutionele dialoog, en diverse actiepunten. Zo wil de Commissie achterstanden wegwerken en de controle op het totstandkomingsproces en op de norm voor goedkeuring aanscherpen.¹¹²⁶

¹¹²² Art. 1:5 lid 2 Awb bepaalt dat alleen administratief beroep open staat tegen besluiten. Onder meer art. 8:3 lid 1 AWB staat aan direct beroep in de weg, nu dit artikel de bevoegdheid van de bestuursrechter voor een beroep tegen AVV's en/of beleidsregels uitsluit. Wel is exceptieve toetsing mogelijk, daar waar procespartijen zelf een beroep doen op de onverbindendheid van wetgeving in het kader van een tot hen gericht bijzonder besluit of strafmaatregel, zie De Haan e.a. 2019, p. 16.

¹¹²³ De Haan e.a. 2019, p. 140-149.

¹¹²⁴ Schutgens vraagt zich ten aanzien van nationale verwijzingen naar normalisatie af of nationale normalisatie-instituten B-organen in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb zijn nu eventueel via delegatie regelstellende bevoegdheid zou zijn gedelegeerd, Schutgens 2012, p. 764. Neerhof meent dat bij statische verwijzing geen sprake is van uitoefening van openbaar gezag en het dus geen bestuursorgaan is. Bij dynamische verwijzing zou dit volgens hem anders kunnen zijn, Neerhof 2016, p. 207.

¹¹²⁵ Zie ook Giesen, p. 37, noot 19 onder verwijzing naar Schepel 2005, p. 246-249.

¹¹²⁶ COM(2016) 358 final - Standardisation package. COM(2018) 26 - Verslag van de Commissie over de uitvoering van het normalisatiebeleid van de EU en de bijdrage van Europese normen aan het EU-beleid.

De aanleiding hiervoor lijkt mede een resolutie van het Europees Parlement ter verbetering van Europese normalisatie. Het Europees Parlement lijkt verrassend genoeg vóór het handhaven van een strikte scheiding tussen EU-recht en geharmoniseerde normen.¹¹²⁷

Desalniettemin kent het systeem zwakke punten. Zo is de geharmoniseerde norm (en de informatie daarover) slecht toegankelijk tijdens en na het totstandkomingsproces. De deelname aan het normalisatieproces is bovendien kostbaar voor stakeholders.¹¹²⁸ Het stemrecht is daarnaast beperkt tot nationale normalisatie-instituten. Ten slotte staat de formele bezwaarprocedure alleen open voor lidstaten en het parlement. Deze zwakke punten vergroten het risico dat bepaalde lidstaten en/of belangengroeperingen buiten spel worden gezet. Zeker wanneer de technische uitwerking van eisen gecompliceerd is en bepaalde lidstaten een groot belang hebben bij een bepaald type industrie, ligt dit risico op de loer.

Een voorzienbaar probleem – doch concrete voorbeelden blijven lastig aan te wijzen – vormen geharmoniseerde normen die meer regelen dan de essentiële eisen of geharmoniseerde normen die op zo'n manier zijn vormgegeven dat de bijzondere invulling van de essentiële eisen alsnog een markt verdelende werking heeft. In dat geval kan nog steeds worden gezegd dat naleving van de geharmoniseerde norm een vermoeden van conformiteit oplevert. Echter, ook door zeer zware normen kan een bepaalde sector of type onderneming feitelijk nog steeds een concurrentievoordeel hebben. Hoewel de veiligheid in dat geval is gewaarborgd, is het doel van de oorspronkelijke harmonisatie van wetgeving mede het creëren van een *level playing field*, het faciliteren van de handel in producten en verbetering van de interne markt. Deze doelen kunnen door de verwijzing naar geharmoniseerde normen alsnog worden ondermijnd.

De invloed van de industrie – en dan met name die van de grote spelers in die wereld – op normalisatie is en blijft heel groot. Hoewel dit vooralsnog niet meetbaar is gemaakt en de betrokkenen bij normalisatie niet met naam en toenaam hierover willen verklaren, werd in door mij gevoerde gesprekken door betrokkenen aangegeven dat het systeem voornoemde praktijken nog steeds toelaat, althans er onvoldoende uitfiltert. De terughoudendheid waarmee hierover wordt gesproken, kan worden verklaard doordat met

COM(2018) 764 - Geharmoniseerde normen: meer transparantie en rechtszekerheid voor een optimaal functionerende eengemaakte markt.

¹¹²⁷ P8_TA-PROV(2017)0278 - European Standards for the 21st century. European Parliament resolution of 4 July 2017 on European standards for the 21st century (2016/2274(INI)). Zoals ook aangehaald door Van Cleynebreugel & Demoulin, The EP's 'European Standards' Resolution in the wake of James Elliott Construction: carving ever more holes in Pandora's Box?, *European Law Blog* 25 september 2017.

¹¹²⁸ De financiering is na invoering van de Normalisatieverordening verbeterd doch ANEC, SBS, ETUC en ECOS (zie hiervoor) geven aan dat in de praktijk de middelen onvoldoende zijn om goede expertise in te kopen. Zij moeten daarom keuzes maken binnen welke processen zij wel en niet willen worden betrokken. Mede n.a.v. gesprekken met vertegenwoordigers van deze organisaties en het congres d.d. 7 april 2017 getiteld *European Standardization for Internal Market and its Constitutional Challenges*, georganiseerd door the Swedish Network for European Legal Studies and the Faculty of Law of Lund University waaraan ondergetekende als spreker heeft deelgenomen en vertegenwoordigers van o.a. ECOS aanwezig waren.

normalisatie enorme economische belangen zijn gemoeid, zowel voor ondernemingen uit de industrie die de normen gebruiken als voor de normalisatie-instituten, de Europese Unie en de lidstaten.¹¹²⁹

Het belangrijkste probleem is de kenbaarheid van normen c.q. hun transparantie. Overheidswetgeving is gezien de kosten, het ontbreken van kennis en de tijdsspanne van het proces volgens velen geen haalbaar alternatief. Ik pleit echter wel, in navolging van Van Gestel, voor nader onderzoek naar de haalbaarheid van een maatregel om in navolging de nationale wetgever¹¹³⁰ via overheidsgelden (een deel van de) geharmoniseerde normen kosteloos beschikbaar te laten stellen door nationale normalisatie-instituten. De *impact assessment* uit 2011 voorafgaand aan de invoering van de Normalisatieverordening vermeldt dat de kosten ter compensatie van nationale normalisatie-instituten hiervoor tussen de €180.000 en €6 miljoen per jaar worden geschat, bovenop eventuele reeds bestaande subsidies.¹¹³¹ Op het hoogtepunt van de financiële crises werd dit niet haalbaar geacht, maar wellicht liggen de kaarten nu anders.

Uiteindelijk blijft wel enige relativering op zijn plaats; ook overheidswetgeving is niet vrij van lobby, is soms slecht toegankelijk en kan niet aan alle belangen recht doen. Het blijft de vraag of vele van voornoemde waarborgen binnen het traditionele wetgevingsproces wel aanwezig en afdoende zijn.

126 De controle op geharmoniseerde normen en het belang van de kwalificatie als EU-recht voor het privaatrecht

Het oordeel dat geharmoniseerde normen deel uitmaken van het Unierecht maakt de mogelijkheden tot controle op geharmoniseerde normen groter waardoor de formele betekenis binnen het privaatrecht ook groter kan worden.¹¹³² De kwalificatie als recht maakt een geharmoniseerde norm mijns inziens nog geen algemeen verbindend voorschrift in de zin van het BW (vgl. de jurisprudentie over nationale normalisatienormen, art. 89 lid 4 Grondwet en de Bekendmakingswet (*Knooble*) en art. 79 RO (nr. 124). De inpassing van geharmoniseerde normen in het privaatrechtelijke kader (zoals bij art. 6:162 lid 2 BW, namelijk bij strijd met de wet of maatschappelijke betamelijkheid) wordt door deze kwalificatie formeel nog niet anders.

¹¹²⁹ Het blijft derhalve lastig het ‘club house’ waar Micklitz en Van Gestel over spreken, open te breken, Van Gestel & Micklitz 2013.

¹¹³⁰ Van Gestel 2012a, p. 225 onder verwijzing naar de website van ETSI die meent normen kosteloos beschikbaar te kunnen stellen. Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie kenbaarheid NEN-Normen en normalisatie), p. 4 waaruit overigens volgt dat op nationaal niveau het werken met een bewijsvermoeden niet maakt dat de normen die daaraan ten grondslag liggen als dwingend moeten worden gezien, zoals ook aangehaald door Neerhof 2016, p. 204.

¹¹³¹ SEC(2011) 671 final - Impact Assessment. Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Standardisation and amending Council Directives 89/686/EEC and 93/15/EEC and Directives 94/9/EC, 94/25/EC, 95/16/EC, 97/23/EC, 98/34/EC, 2004/22/EC, 2007/23/EC, 2009/105/EC and 2009/23/EC, p. 89-91.

¹¹³² Vgl. Giesen 2007, p. 46 en 49.

De zoektocht naar legitimatie beïnvloedt tot op zekere hoogte het antwoord op de vraag wanneer alternatieve regulering *recht* vormt.¹¹³³ De beoordeling van (alternatieve) legitimatie en de kwalificatie als recht hangen sterk samen en zijn deels circulair. Wil een norm als recht kunnen worden gekwalificeerd, dan dient voldoende (alternatieve) legitimatie aanwezig te zijn, waaronder afdoende controle. De kwalificatie van een norm als recht brengt automatisch meer rechterlijke controle erop met zich. Op nationaal niveau gaat het dan om recht in de zin van art. 79 RO. Op Europees niveau gaat het dan om de kwalificatie als ‘deel van het Unierecht’ in het kader van art. 267 VWEU (*James Elliott*, § 4.3.3).¹¹³⁴ De kwalificatie als recht is zoals hiervoor uiteengezet met name van belang voor de vraag of normalisatienormen door de rechter kunnen worden uitgelegd en of er rechterlijke controle bestaat op de toepassing ervan (op nationaal niveau via cassatiecontrole,¹¹³⁵ op Europees niveau onder andere door uitleg van het Hof van Justitie¹¹³⁶).

Met het openen van de route van art. 267 aanhef en sub a VWEU wordt de rechterlijke controle op geharmoniseerde normen door het Hof in ieder geval iets vergroot, doch onbekend is of rechtmatigheidstoetsing mogelijk is. Een individuele rechtsingang via art. 263 VWEU lijkt door de hoge eisen aan procesbevoegdheid in veel gevallen te ontbreken. Ook al ontbreekt strikte delegatie van bevoegdheden in de traditionele zin des woords (*Meroni*), toch neigt de literatuur tot het aannemen van delegatie (in het licht van *ESMA*) om verdere rechtmatigheidstoetsing op EU-niveau toe te kunnen staan.¹¹³⁷

De (overige) externe controlemechanismen op geharmoniseerde normen kennen ieder hun beperkingen. Veel materiële grondslagen behelzen een marginale toets van de norm en/of de procedurele waarborgen. Daarnaast bestaan feitelijke drempels om deze normen inhoudelijk te kunnen toetsen en op waarde te kunnen schatten. De normen zijn niet vrij toegankelijk en vanwege het hoge technische gehalte van de normen zijn alleen specialisten in staat deze op waarde te schatten.¹¹³⁸

Door de enkele kwalificatie als recht kunnen nationale civiele rechters nu vragen stellen over de uitleg en legitimititeit van geharmoniseerde normen (zie hiervoor over art. 267 VWEU). Door daarnaast rechtmatigheidstoetsing toe te staan zou één van de belangrijkste bezwaren tegen geharmoniseerde normen, namelijk het gebrek aan rechterlijke controle, wellicht iets worden ondervangen, waardoor de betekenis van geharmoniseerde normen binnen privaatrechtelijke normstelling groter zou kunnen worden. Civiele rechters voelen zich wellicht eerder geroepen om van geharmoniseerde normen gebruik te maken, aangezien duidelijk is dat enige waarborgen in het

¹¹³³ Vgl. Giesen 2007, p. 83.

¹¹³⁴ De term EU-recht wordt in dit artikel niet genoemd.

¹¹³⁵ Giesen 2007, p. 50; Korthals Altes 2005, nr. 28.

¹¹³⁶ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*).

¹¹³⁷ Vgl. HvJ EU 22 januari 2014, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 (*VK/Europese Parlement en de Raad, ESMA*).

¹¹³⁸ Schepel 2005, p. 251.

totstandkomingsproces aanwezig zijn. Bij twijfel over de legitimiteit kunnen zij, indien dit noodzakelijk is voor hun oordeel,¹¹³⁹ het Hof van Justitie adiëren.

Tegelijkertijd vinden geharmoniseerde normen in private verhoudingen vaak toepassing via open normen van privaatrecht. Rijst een vraag over een geharmoniseerde norm dus in een horizontale verhouding via een nationale privaatrechtelijke open norm, dan valt of staat de controle met de bereidheid tot het stellen van vragen door de nationale rechter (zie ook hoofdstuk 3 hiervoor) en zelfs wanneer dat gebeurt, gaat het Hof van Justitie blijkens bijvoorbeeld *James Elliott* niet per definitie tot uitleg van de norm over. Tel daarbij op dat betwijfeld kan worden in hoeverre Unieburgers een zelfstandige bestuurlijke rechtsingang hebben onder art. 263 VWEU en dat de materiële toets veelal marginaal is, dan blijft de rechterlijke controle dus beperkt. Het openstellen van rechterlijke toetsing laat bovendien de overige bezwaren die kleven aan het totstandkomingsproces onverlet.¹¹⁴⁰

Volgens Vranken zou het rechtskarakter van de alternatieve regel (althans het ontbreken van erkenning ervan) in de zaak *Kouwenberg/Rabo* bepalend kunnen zijn geweest voor de Hoge Raad om aan een alternatieve norm (het Reglement Handel Optiebeurs) in casu minder waarde toe te kennen.¹¹⁴¹ Menting maakt – voortbouwend op Vranken – ten aanzien van de bindingsvraag een onderscheid tussen interne exclusiviteit en externe exclusiviteit van het eerdergenoemde schema wetgever-rechtspraak.¹¹⁴² Een beperkte uitleg van art. 79 RO veroorzaakt volgens haar interne exclusiviteit in de zin dat de bepaling in veel gevallen mogelijk juridische betekenis van normen en controle daarop door de Hoge Raad blokkeert. Volgens Menting kan een nieuw rechtsbegrip – herijken van de interne exclusiviteit – maken dat er ruimte komt voor waardering van alternatieve legitimatie van private regelgeving.¹¹⁴³ Voor externe exclusiviteit, rechtstreekse bindende kracht buiten het schema wetgever-rechtspraak, is het volgens Menting nog te vroeg.¹¹⁴⁴ Wat het Hof van Justitie op EU-niveau doet kan worden gekwalificeerd als het herijken van interne exclusiviteit. Een complicatie is echter dat blijkens *James Elliott* het wel aan het nationale recht en de nationale rechters blijft om uitspraken te doen over de privaatrechtelijke betekenis van geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling (slotbeschouwing, nr. 280).

De kwalificatie van een norm als recht ex art. 79 RO of ex art. 267 VWEU is zoals bekend geen doorslaggevende voorwaarde voor betekenis van alternatieve regelgeving.¹¹⁴⁵ Uit de rechtspraak over andere alternatieve

¹¹³⁹ Hofmann e.a. 2011c, p. 868.

¹¹⁴⁰ Vgl. eerder al Joerges e.a. 1999, p. 5 waarin zij erop wijzen dat formele delegatie aan Europese normalisatie-instituten onvoldoende is om de bijzondere problemen die normalisatie met zich mee brengt aan te pakken.

¹¹⁴¹ *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/82, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 100.

¹¹⁴² Menting 2013, p. 120.

¹¹⁴³ Menting 2013, p. 120 en 123.

¹¹⁴⁴ Menting 2013, p. 122-123. Zie ook *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/82-84.

¹¹⁴⁵ Korthals Altes 2005, p. 28; Giesen 2007, p. 50 en 87.

normen blijkt dat alternatieve normen die geen recht zijn in de zin van art. 79 RO toch kunnen meewegen bij vaststelling van het ongeschreven recht, maar dan als een factor binnen een veel ruimere catalogus van gezichtspunten.¹¹⁴⁶ Op die manier kan een norm als mee te wegen omstandigheid via de privaatrechtelijke open normen alsnog van invloed zijn. Het belang van de kwalificatie van de norm als recht voor de uiteindelijke betekenis van private regelgeving in het privaatrecht kan dus enigszins worden gerelativeerd.¹¹⁴⁷

Verdere privaatrechtelijke gevolgen van de kwalificatie van geharmoniseerde normen als ‘deel van het Unierecht’, anders dan een grotere controle op die normen en daaraan gekoppelde grotere waarde van die normen, lijkt het oordeel van het Hof van Justitie niet met zich te brengen. In theorie zou dit ook moeten betekenen dat aan geharmoniseerde normen op basis van een mandaat, een groter gewicht zou moeten toekomen dan aan normalisatienormen die los van het Europeesrechtelijk kader tot stand komen nu het totstandkomingsproces van die normalisatienormen met minder waarborgen is omkleed.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁶ O.a. gezien de zin ‘mede van betekenis’ als genoemd in HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), r.o. 100 als besproken door Giesen 2007, p. 100 en Asser/*Vranken Algemeen deel**** 2005/82-84. Zie ook Kristic e.a. 2009 die de criteria voor toepassing van private regelgeving buiten art. 79 RO bespreken, alsmede Giesen 2008. Zie nadere rechtspraak in de hoofdstukken 6 en 7.

¹¹⁴⁷ Giesen 2007, p. 45 en 50; Korthals Altes 2005, nr. 25.

¹¹⁴⁸ Lee 2011, p. 578 en 580 die er op wijst dat er meerdere omstandigheden ten aanzien van het totstandkomingsproces relevant kunnen zijn (*process model*). Lee pleit echter niet voor een strikte hiërarchie. Cafaggi stelt: ‘*Negotiated standardization, in compliance with clear procedural rules concerning openness, transparency and accountability, and independent standardisation could give rise to a rebuttable presumption of safety when there is compliance with the technical standard. Negotiated standardization without procedural guarantees should be treated as unilateral standardization and produce only evidentiary effects.*’, Cafaggi 2009a, p. 221 en 229, alsmede Cafaggi 2011a, p. 110 e.v., paragraaf 6 en eerder in deze zin al Stuurman 1995, p. 259. Ook Van Leeuwen lijkt ervan uit te gaan dat vanwege de aanwezigheid van een wettelijk kader aan normalisatienormen daarbinnen een groter gewicht toe komt in private verhoudingen, dan wanneer zo’n wettelijk kader ontbreekt; Van Leeuwen 2015, p. 170 onder verwijzing naar Cafaggi voornoemd. Hoewel Cafaggi heeft betoogd dat de herkomst van normen uit zou moeten maken voor de doorwerking in het aansprakelijkheidsrecht, ziet men dit in de praktijk (nog) niet expliciet terug. Vgl. Lee 2011, p. 573 die een zelfde beeld ziet in de Engelse rechtspraak.

5 De vertaalslag van Europese productnorm naar privaatrechtelijke normstelling

5.1 INLEIDING

127 Algemeen

We blijven nog even bij de zaak *James Elliott*. De Ierse rechter vroeg zich in deze zaak af in hoeverre bij de beoordeling van conformiteit van bouwproducten onder het commerciële Ierse kooprecht rekening moet worden gehouden met geharmoniseerde normen onder de Richtlijn Bouwproducten. Het antwoord van het Hof van Justitie komt erop neer dat het materiële toepassingsbereik van de Richtlijn Bouwproducten niet mede de privaatrechtelijke conformiteit bij koop omvat.¹¹⁴⁹ *Top-down* gezien is de betekenis van geharmoniseerde normen in deze situatie dus beperkt: het EU-recht dwingt niet tot het toekennen van privaatrechtelijke betekenis aan geharmoniseerde normen (hoofdstuk 3). Het is aan de nationale wetgever en rechter om contractuele conformiteit van producten in verhouding tot de bestaande Europese productnormen vorm te geven en in te vullen. Logische vervolgstap is dus om de betekenis van producteisen en geharmoniseerde normen vanuit het privaatrechtelijk perspectief te bekijken (*bottom up*). De receptie van producteisen en geharmoniseerde normen in het privaatrecht en de betekenis ervan voor privaatrechtelijke normstelling worden immers niet alleen gedicteerd door het EU-recht, maar hangen mede af van het privaatrecht.¹¹⁵⁰

In de hoofdstukken 6 en 7 zal worden onderzocht welke factoren die samenhangen met het privaatrechtelijk beoordelingskader relevant zijn voor de mate waarin en de wijze waarop Europese productnormen betekenis krijgen bij privaatrechtelijke normstelling. Deze proloog vormt een inleiding op die twee hoofdstukken en blik in algemene zin vooruit alvorens wordt ingegaan op de bijzondere privaatrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (en de CISG). Zoals in de komende twee hoofdstukken zal blijken, komt bij het bepalen van de betekenis van Europese productnormen voor privaatrechtelijke normstelling in de praktijk de nadruk meer te liggen op een inhoudelijke beoordeling van productnormen. De status van normen als recht, het al dan niet bestaan van binding eraan en de eventuele (alternatieve) legitimatie ervan, blijken in de praktijk als gezichtspunten van minder gewicht. Met name de inhoud en de soort informatie die de norm biedt, blijken van belang voor de mate waarin deze normen betekenis krijgen bij

¹¹⁴⁹ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 50 t/m 52.

¹¹⁵⁰ Vgl. Van Gerven & Lierman 2010, p. 170 die opmerken: 'Uiteindelijk is conforme interpretatie een techniek die ertoe strekt om, in een omgeving van meergelaagdheid, de globale rechtsorde zo coherent en consistent mogelijk te maken. Waar het op aankomt is die doelstelling zo goed mogelijk te bewerkstelligen, een proces dat niet noodzakelijk via een hiërarchische rangorde moet worden bewerkstelligd, maar zowel top-down als bottom-up kan verlopen.'

privaatrechtelijke normstelling, onder andere voor de wijze waarop daarmee open normen in het privaatrecht worden ingevuld.¹¹⁵¹

5.2 VERBINDING EN AUTONOMIE

128 Europese productnormen: gedragsnormen, regulering van producteigenschappen of technische methodes?

Privaatrechtelijke normen zien op de vraag hoe burgers onderling zich tot elkaar verhouden en zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. Dit onderzoek ziet mede op de vraag welke rol productnormen als externe normen kunnen spelen in verhouding tot de bestaande privaatrechtelijke gedragsnormen die kunnen worden gevonden in het geschreven recht (algemeen verbindende voorschriften) en die – via open normen als de maatschappelijke betamelijkheid, redelijkheid en billijkheid en openbare orde – kunnen worden gevonden in het ongeschreven recht.

Mijns inziens bevatten Europese productnormen veelal geen zelfstandige gedragsnormen. Producteisen vormen in combinatie met de verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in hoofdstuk 2, de gedragsnormen voor marktdeelnemers, zijnde de algemeen verbindende voorschriften die publiekrechtelijk worden gehandhaafd. Producteisen krijgen via deze verplichtingen een normadressaat (primair de producent en indien aanwezig onder de RAPV de EER-importeur) of betekenis voor andere zorgplichten (zoals die van de distributeur). Door het wettelijke kader is het doel van de norm (namelijk de veiligheid) helderder en is duidelijker aan welke gedragsnormen de eisen zijn gekoppeld. Dat geldt ook voor de relatief open geformuleerde essentiële eisen, zij het dat deze als open normen nader dienen te worden geconcretiseerd.¹¹⁵²

Geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen bevatten evenmin zelfstandige gedragsnormen. In hoofdstuk 4 is al opgemerkt dat geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen normatieve keuzes bevatten ten behoeve van het uiteindelijk met de norm te bereiken resultaat. Tegelijkertijd zijn normalisatienormen een keuze voor een technische methode die klaarblijkelijk niet exclusief is. Geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen zijn daardoor – ook los van het bindingsvraagstuk en legitimatie (hoofdstuk 4) – qua inhoud anders dan gedragscodes of medische protocollen, die wél – en soms ook exclusief – concreet gedrag aan een bepaalde actor voorschrijven.¹¹⁵³ Normalisatienormen geven technische

¹¹⁵¹ Vgl. ook Lee die opmerkt dat er in de praktijk naar Engels recht geen principieel onderscheid lijkt te zijn in de inhoudelijke doorwerking van traditionele regulering of alternatieve regulering als codes en standaarden, Lee 2011, p. 527.

¹¹⁵² Enige nuancering is wel op zijn plaats; ook bij gesloten veiligheidsnormen zoals bij cosmetica of speelgoed, of maximale residu limieten (MRL's), kan onduidelijkheid bestaan over de te volgen testmethoden.

¹¹⁵³ Vgl. TM, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 616: 'dat het overtreden van een in een bepaalde groep erkende norm van beroepsethiek alleen dan een onrechtmatige daad oplevert, indien de norm tevens als een regel van ongeschreven recht kan gelden'. Giesen 2007, p. 68 die spreekt van 'een soort kristallisatie van rechtsovertuigingen' die alternatieve regelgeving kan bevatten ter invulling van art. 3:12 BW en van 'gewoonterecht in wording', p. 71. Voor de normen in gedragscodes en medische protocollen is dit mijns

methodes die nog nader moeten worden vertaald naar een concrete gedragsnorm. Die vertaalslag kan bij geharmoniseerde normen worden gemaakt via de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers. Bij normalisatienormen waar niet naar wordt verwezen in de wet, ontbreken veelal geschreven gedragsnormen.

Hoewel producteisen en geharmoniseerde normen recht zijn in de zin van art. 79 Rv (zie hoofdstuk 4) zijn het mijns inziens geen rechtsgronden voor een verweer of vordering in de zin van art. 25 Rv die door de rechter ambtshalve moeten worden aangevuld.¹¹⁵⁴ Van beleidsregels is reeds uitgemaakt dat deze, hoewel zij recht zijn in de zin van art. 79 RO, niet ambtshalve hoeven te worden toegepast.¹¹⁵⁵ Teuben verklaart deze keuze van de Hoge Raad doordat rechters niet bekend mogen worden geacht met alle mogelijke bestaande beleidsregels, zeker nu die niet altijd even toegankelijk zijn.¹¹⁵⁶ Een vergelijkbaar argument geldt voor Europese productnormen en de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in hoofdstuk 2. Vanuit een oogpunt van proceseconomie kan van een rechter niet worden verlangd dat hij alle mogelijk relevante productveiligheidsinstrumenten en daaraan gekoppelde geharmoniseerde normen doorspikt op zoek naar mogelijk toepasselijke productveiligheidsnormen.¹¹⁵⁷ Als zodanig lijkt de rechter voor de toepassing van geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen) dus eveneens gebonden aan de privaatrechtelijke rechtsstrijd en hetgeen door partijen over deze normen is aangevoerd (art. 149 lid 1 jo. 24 Rv), behoudens kwesties van openbare orde (nr. 172).

129 De deels autonome rol van het privaatrecht: het complementaire karakter van het aansprakelijkheidsrecht

Binnen het veld van productveiligheid vervult het privaatrecht een bijzondere rol. De van oudsher belangrijkste functie van het privaatrecht, die het publiekrecht traditioneel gezien niet kent en het productveiligheidsrecht evenmin, is de herstel- c.q. *reparatie- of compensatiefunctie*.¹¹⁵⁸ Het privaatrecht kan daar waar sprake is van niet-naleving van normen, 'recht

inziens zeker zo. Voor normalisatienormen moet mijns inziens echter nog een vertaalslag worden gemaakt, naar een concrete gedragsnorm.

¹¹⁵⁴ Zie in het algemeen over art. 149 lid 1 Rv (verbod tot aanvulling van feiten) en lid 2 (vaststaande feiten), art. 24 Rv (verbod op aanvulling van rechtsfeiten c.q. de feitelijke grondslag, bijvoorbeeld een exonatieclausule waar geen beroep op is gedaan), en evt. art. 25 Rv (ambtshalve aanvulling van rechtsgronden), Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/99 en 100.

¹¹⁵⁵ HR 28 maart 1990, NJ 1991/118, m.nt. Scheltema (*Leidraad-arrest*), r.o. 4.8.

¹¹⁵⁶ Teuben 2004, p. 225.

¹¹⁵⁷ Vgl. in zekere zin de nadelen als genoemd door Van Schaick in reactie op Hartkamp, welke laatste een ruimhartige benadering voorstaat met betrekking tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/100. Zie eerder ook Snijders 2008.

¹¹⁵⁸ Het aansprakelijkheidsrecht bepaalt in welke gevallen er een recht op geldelijke compensatie bestaat, Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2019/15. Verheij noemt dit ook wel de defensieve of rechtshandhavende functie, in de zin dat met aansprakelijkheidsrecht bestaande verhoudingen worden beschermd, p. 16. 'The restoration feature', Van Boom 2006, p. 12, zoals ook Van Boom 2008a, p. 765.

doen' of de oorspronkelijke situatie 'rechtzetten'¹¹⁵⁹ of 'herstellen' door overeenkomsten bijvoorbeeld nietig te verklaren of te vernietigen, nakoming af te dwingen, ontbinding toe te staan of schadevergoeding toe te kennen. Ook wordt in de literatuur wel aangenomen dat het aansprakelijkheidsrecht mede een (re)distributieve functie heeft, namelijk de *ex post* verdeling van risico's,¹¹⁶⁰ waarbij mede rekening moet worden gehouden met macro-effecten als de verzekerbaarheid van risico's.¹¹⁶¹ Via een aanspraak onder de verzekering vindt eveneens spreiding plaats. Deze distributieve functie ziet men met name terug in kwalitatieve aansprakelijkheden, in deze context in het bijzonder bij productaansprakelijkheid. De rechtvaardigingen voor de kwalitatieve aansprakelijkheden zijn te vinden in het gevaarzettings- en profijtbeginsel, in de aanname dat van risicoaansprakelijkheid een preventieve werking uit zou gaan, in het vermogen van bepaalde partijen om de schade te dragen¹¹⁶² en in de goede verzekerbaarheid.¹¹⁶³ Aansprakelijkheid mag overigens niet te ver strekken om de kosten voor producten laag te houden en innovatie te bevorderen c.q. niet te verhinderen. Daarbij geldt zowel op nationaal niveau¹¹⁶⁴ als in Europees verband¹¹⁶⁵ dat aan kwalitatieve aansprakelijkheid geen exclusief karakter toekomt (zie hierna).

Met name aanhangers van de instrumentele visie op privaatrecht zien naast deze herstellende en (re)distributieve functies van privaatrecht, nog een belangrijke functie van privaatrecht:¹¹⁶⁶ de *preventieve functie*. Aansprakelijkheid voor onveilige producten zou preventie door private partijen kunnen bevorderen en versterken.¹¹⁶⁷ Het bieden van privaatrechtelijke

¹¹⁵⁹ Deels terug te voeren op Aristoteles' onderscheid tussen distributieve en corrigerende rechtvaardigheid (*distributive and corrective justice*), zoals ook besproken door Nieuwenhuis 2006, p. 74.

¹¹⁶⁰ Zie ook overweging 7 van de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Dit correspondeert deels met de eerdergenoemde distributieve rechtvaardigheid van Aristoteles. In de rechtseconomie ziet spreiding op de reductie van secundaire ongevalskosten. Preventie werkt de reductie van primaire ongevalskosten in de hand. De tertiaire ongevalskosten zijn de systeemkosten. Het doel van het delictuele aansprakelijkheidsrecht vanuit rechtseconomisch perspectief is de som van deze kosten zo laag mogelijk te houden, Calabresis 1970, p. 26-27. Overigens bestaan ook tegengeluiden. Niet alle auteurs menen dat het vermogensrecht zich moet bezighouden met verdelende rechtvaardigheid, maar dat dit een taak van het publiekrecht is: Nieuwenhuis 2006, p. 75 onder verwijzing naar Brunner 1973, p. 5, Hartlief 2004, p. 107. Vgl. ook Loth 2009, p. 63.

¹¹⁶¹ Faure & Hartlief 2002, p. 137 e.v., Spier 2014, paragraaf 1, alsmede COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, punt 3.2.4.

¹¹⁶² Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2019/14; Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47) 2015/4, nr. 3.

¹¹⁶³ Faure & Hartlief 2002, p. 19. Vgl. Oldenhuis, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173 BW, aant. 1.4 (actueel t/m 01-04-2016) onder verwijzing naar o.a. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47) 2015/1-4 en Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2019/31.

¹¹⁶⁴ Vb. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567, NJ 2011/406 (*Melchemie/Delbanco*).

¹¹⁶⁵ Art. 13 van de Richtlijn Productaansprakelijkheid als geïmplementeerd met art. 6:193 BW.

¹¹⁶⁶ De termen 'remedies' en 'sanctioneren' in het licht van privaatrechtelijke handhaving worden verschillend gehanteerd. Zie voor een ruime definitie van remedies bijvoorbeeld Van Boom e.a. 2011, p. 1 (nl. alle juridische middelen ten behoeve van handhaving van rechten, de naleving van plichten en de sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht). En voor een enge Van Boom 2008a, p. 765, zoals ook aangehaald door Tigelaar 2015, p. 20.

¹¹⁶⁷ Zie Giesen 2009, p. 310. Over handhaving door privaatrecht in het algemeen: Ogus 2007, p. 386. Over productveiligheid en -aansprakelijkheid in het bijzonder: Van Leeuwen 1990, p. 23; Lierman 2004, p. 395;

remedies voor schendingen van publiekrechtelijke rechtsplichten kan bovendien bijdragen aan handhaving van deze rechtsplichten.¹¹⁶⁸ De exacte uitwerking en de effecten van het privaatrecht in relatie tot de preventieve werking zijn ongewis. Om dit in de praktijk te onderzoeken is een uitvoerige rechtseconomische, sociologische en empirische analyse nodig, waarin dit proefschrift niet zal voorzien.

De heersende leer in zowel de rechtseconomische literatuur als de (deels daarop geïnspireerde) privaatrechtelijke dogmatiek is dat het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke complementaire rol vervult. Niet alleen is een geschreven norm zoals een productnorm van nature gebaseerd op een compromis tussen algemene belangen, maar een productnorm kan ook een te laag beschermings- of veiligheidsniveau dicteren bijvoorbeeld doordat deze is verouderd, leemtes bevat of doordat hij tot stand is gekomen op basis van onjuiste informatie of onder te grote invloed van lobby.¹¹⁶⁹ Ook kan een productnorm door toezichthouders onvoldoende worden gehandhaafd.¹¹⁷⁰ Bekende publiekrechtelijke handhavingsproblemen zijn het niet kunnen opsporen van alle overtreders, het ontbreken van kennis, de beperkte budgetten in het licht van kostbare handhaving, *principle-agent* problemen en vormen van *capture*.¹¹⁷¹ Vanwege dergelijk regulerings- en handhavingsfalen wordt aan privaatrechtelijke normstelling en aan de daaraan gekoppelde remedies waar het de veiligheid van producten betreft, een belangrijke vangnetfunctie toegedicht.¹¹⁷²

Om deze redenen wordt in de doctrine wel gezegd dat publiekrecht in het algemeen en Europese productnormen hier in het bijzonder minimumnormen zijn indien zij worden toegepast in een privaatrechtelijke context. In het aansprakelijkheidsrecht wordt dat wel samengevat met de in mijn ogen te gesimplificeerde stelregel dat schending van een productnorm een belangrijke aanwijzing vormt voor onrechtmatigheid, doch dat de naleving ervan niet per definitie bevrijdend werkt in de zin dat dat zou betekenen dat niet onrechtmatig is gehandeld. Andere normalisatienormen en vormen van zelfregulering zijn evenmin uitputtend en het slaafs volgen ervan bevrijdt

COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 10; Van Dam 2013, p. 422.

¹¹⁶⁸ Privaatrechtelijke handhaving heeft de laatste jaren volop in de belangstelling gestaan, zie bijvoorbeeld de bundel van Engelhard & Giesen 2009, p. 1 e.v., Van Boom 2008a, p. 765 e.v., Hartlief 2007b, p. 915.

¹¹⁶⁹ O.a. Faure 2014, p. 692 onder verwijzing naar Maloney & McCormick 1982 en Ogus 1994, p. 57.

¹¹⁷⁰ Zie bijv. Faure 2014, p. 693 onder verwijzing naar Burrows 1999 en Kolstad e.a. 1990. Zie ook Cane 2002, p. 305, 312, en 320-322, zoals ook aangehaald door De Jong 2018, p. 6, alsmede Ogus 1994, p. 57 en Ogus 2007, p. 380. Als belangrijkste voorbeeld van uitblijven van regelgeving wordt vaak de asbest-jurisprudentie genoemd. Zie voor Engels recht, Lee 2011, p. 564.

¹¹⁷¹ Zie o.a. Schwartz 2000, p. 7.

¹¹⁷² Vanuit rechtseconomisch perspectief pleiten auteurs dan ook voor een *smart mix* van publiek- en privaatrecht. Vgl. Faure e.a. 2016 over onzekere risico's en Visscher e.a. 2018 over geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten.

evenmin van aansprakelijkheid.¹¹⁷³ De vele nuancerings op en schakeringen van dit uitgangspunt zullen hierna worden besproken.

De vraag is of een civiele rechter überhaupt in de technische beoordeling van bijvoorbeeld producteisen zou moeten treden, mede omdat de wetgever veelal over de meest volledige informatie beschikt ten aanzien van risico's (nr. 39)¹¹⁷⁴ en het primaat nog altijd bij de wetgever ligt.¹¹⁷⁵ Echter, vanwege de vangnetfunctie die aan het privaatrecht wordt toegeschreven in het licht van *regulatory failure* zal een rechter in de praktijk niet altijd aan een inhoudelijke beoordeling van de productnorm ontkomen. Voor de feitelijke informatie die de rechter voor die beoordeling nodig heeft, is hij afhankelijk van het partijdebat.¹¹⁷⁶

130 Doelen van productnormen, afgewogen belangen, informatie over risico's en vertaling naar de uiteindelijk technisch gemaakte keuzes.

Voor genoemd uitgangspunt impliceert dat binnen het privaatrecht soms verder wordt gekeken dan de productnorm. Voor een civiele rechter is het zeer lastig in te schatten wat de juridische en informatieve waarde van een productnorm is, net als bijvoorbeeld van medische protocollen.¹¹⁷⁷ Een eerste aanwijzing kan worden gevonden in de doelen die met productnormen worden nagestreefd. De pluraliteit aan doelen die in hoofdstuk 3 werd besproken, werkt tevens door in de vast te stellen producteisen en eventueel daaronder hangende geharmoniseerde normen. Ook andere normalisatienormen zijn het resultaat van een complexe belangenafweging en hebben van nature een compromiskarakter. Soms wordt als doel van normalisatie het bevorderen van de uitwisselbaarheid van producten genoemd,¹¹⁷⁸ soms veiligheid, maar veelal is het een combinatie van factoren.¹¹⁷⁹ Een normalisatienorm kan een methode voorschrijven waarvoor een nauwkeuriger of veiliger alternatief bestaat, maar dit alternatief kan door het normalisatie-instituut bij de

¹¹⁷³ Vgl. voor medische protocollen HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*).

¹¹⁷⁴ Vgl. t.a.v. verticale verhoudingen Schepel 2005, p. 251 met nuancering op p. 258 zoals ook aangehaald door Lundqvist 2014, p. 424.

¹¹⁷⁵ Vgl. over de toepassing als gezichtspunt van alternatieve regelgeving in *Kouwenberg/Rabo* ook *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/83, die een vergelijkbare vraag opwerpt: 'Waarom zou de Hoge Raad het beter weten dan de directbetrokkenen die, steunend op een schat aan ervaring en kennis, proberen om al doende en denkende, via trial and error, normen van behoren te ontwikkelen in een tak van handel die voortdurend verandert?' Vranken komt tot de conclusie dat het niet kunnen waarborgen van een evenwichtig totstandkomingsproces (zie eerder hoofdstuk 4) de mogelijke rechtvaardiging vormt om de open norm van privaatrecht niet een-op-een met de alternatieve norm in te vullen.

¹¹⁷⁶ In algemenere zin Ogus 2007, p. 381 en 380.

¹¹⁷⁷ Vgl. Van Wijmen in de noot onder o.m. 3.3 en 4.3 bij HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377, m.nt. H.J. Snijders en F.C.B. van Wijmen (*Protocol-II*) onder verwijzing naar de conclusie van A-G Spier.

¹¹⁷⁸ *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/86.

¹¹⁷⁹ Falke noemt als doelen van normalisatie in het productveiligheidsrecht, Falke 1997, p. 215: 'The goals of technical rule-making are, besides providing uniformity for goods and services (rationalization and rendering compatible function) and the industry-wide assurance of quality (quality assurance function), technical safety for the protection of life, health and property (protection function) and environmental protection (environmental protection function).'

vaststelling van de norm niet zijn gekozen. Zo kan voor een lager veiligheidsniveau zijn gekozen, omdat betrokkenen bij normalisatie bijvoorbeeld juist de markt open en toegankelijk willen houden.¹¹⁸⁰

Normalisatienormen zeggen iets over de technische kennis en wat gebruikelijk is in een bepaalde bedrijfstak en hebben te dien aanzien een duidelijke waarde, maar ze zijn lang niet altijd doorslaggevend.

Naast de belangenafweging is van belang op basis van welke informatie een norm is vastgesteld. Van gesloten producteisen wordt (hoofdstuk 2) het onderliggende wetenschappelijke onderzoek gepubliceerd. Hierdoor kan worden achterhaald welke wetenschappelijke informatie tot uitgangspunt is genomen voor de vaststelling van de norm, alsmede hoe die informatie uiteindelijk is gewogen.¹¹⁸¹ Bij geharmoniseerde normen is voor een buitenstaander lastiger te achterhalen op welke informatie de norm is gebaseerd, welk belang uiteindelijk de doorslag heeft gegeven en hoe de norm daardoor inhoudelijk moet worden gewaardeerd. Het is namelijk al een lastige opgave om aan de hand van de eerdergenoemde essentiële eisen, het mandaat van de Commissie en de bijlage of annex (Annex ZZ of ZA) te herleiden welk aspect van de essentiële eis waar wordt vertaald in de geharmoniseerde norm. Door de gelaagdheid van dit systeem en de slechte toegankelijkheid van de geharmoniseerde normen en de bijbehorende documenten, is dit een lastig proces. De verwijzingen in de annex zijn bovendien niet altijd even nauwkeurig.

Bij nationale normalisatienormen ter invulling van vereisten uit bijvoorbeeld het Bouwbesluit 2012 ontbreekt een open hoofdnorm, een mandaat of een verplichte annex bij de normalisatienorm. Desalniettemin is de norm nog wel gekoppeld aan een publiekrechtelijk kader met een bepaald doel en een bepaalde strekking. De EN- en NEN-normen die los van enig wettelijk kader tot stand komen, zijn op hun beurt volledig autonoom. Ook die zijn tot stand gekomen door middel van een belangenafweging, maar aan het eindproduct is niet af te zien hoe deze weging heeft plaatsgevonden.

¹¹⁸⁰ De claim van de cementproducent in de eerdergenoemde EMC-zaak (nr. 114), over inbreuk van de geharmoniseerde norm op art. 101 VWEU, was dat de door EMC gebruikte technologie van een hoger niveau zou zijn. Vanwege de afdoening aan de hand van de *horizontal guidelines* hoefde men inhoudelijk niet verder op dit argument in te gaan. Lundqvist 2014, p. 371.

¹¹⁸¹ Een mooi voorbeeld vormt bijvoorbeeld: SWD(2016) 290 final Part 1/2 - Impact assessment. Accompanying the document Council Directive amending, for the purpose of adapting to technical progress, Annex II to Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys, as regards lead. Deze is opgesteld in het kader van: COM(2016) 560 final - 2016/0267 (NLE) Proposal for a Council Directive amending, for the purpose of adapting to technical progress, Annex II to Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys, as regards lead. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in: Richtlijn (EU) 2017/738 van de Raad van 27 maart 2017 tot wijziging, met het oog op aanpassing aan de vooruitgang van de techniek, van bijlage II bij Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de veiligheid van speelgoed, wat lood betreft (*PbEU* 2017, L 110/6).

131 Gezichtspunten voor de koppeling tussen productnorm, privaatrechtelijke normstelling en de voorliggende rechtsvraag

In de volgende hoofdstukken zal blijken dat een technische beoordeling en inhoudelijke waardering van een productnorm dient plaats te vinden door een rechter voordat hij überhaupt kan beoordelen op welke manier deze relevant zou kunnen zijn voor privaatrechtelijke normstelling, hetgeen in de praktijk beperkt zal zijn tot de voorliggende rechtsvraag.¹¹⁸² Inhoudelijke aspecten als het materiële toepassingsbereik, het normatieve gehalte van de productnorm, de daarmee na te streven doelen en de gekozen methoden c.q. middelen ter nastreving van die doelen, zijn bij die waardering van belang. Partijen en de rechter kunnen (zich) de volgende vragen stellen:

- Wat voor soort productnorm is het qua a) herkomst en b) inbedding in een evt. wettelijk kader?¹¹⁸³
- Wie is de normadressaat? Voor welke doelgroep is de productnorm geschreven? Voor geharmoniseerde normen geldt dat deze ten eerste zijn ingebed in een wettelijk kader en ten twee een duidelijke normadressaat hebben (net als producteisen), namelijk primair de producent alsmede – indien hij bestaat – de importeur in de EER.
- Wat voor soort productnorm is het? Welke methode is gekozen? Welke aspecten regelt de productnorm wel en welke niet?
- Welk deel van de productnorm is geschonden of gevolgd?
- Waartegen beschermt de productnorm als geheel? Waartegen beschermt het geschonden gedeelte van de productnorm?

Een productnorm kan in een civiele procedure door partijen zowel als zwaard als in de vorm van schild worden ingezet. Met het gebruik van een productnorm als zwaard wordt het beroep van de gelaedeerde op een schending van een productnorm door de laedens ter onderbouwing van een vordering bedoeld. Met het gebruik van de productnorm als schild wordt het beroep op het volgen van een productnorm als verweer van de laedens tegen een vordering bedoeld.

¹¹⁸² Snijders wees er in 1987 al op dat bij een beroep op een norm, de rechter eerst dient na te gaan of de norm wel betrekking heeft op de vragen die moeten worden beantwoord ter bepaling van de aansprakelijkheid van de laedens: *'het in acht nemen van een norm welke over deze vragen geen uitspraken doet kan hem uiteraard niet ontlasten. Vervolgens beziet de rechter of de inhoud van de norm voldoende is toegespitst op de situatie waarin ze is toegepast.'* Snijders 1987, p. 182.

¹¹⁸³ Cafaggi 2009a, p. 229 betoogt dat de herkomst en inbedding van normen van invloed zou moeten zijn op de wijze waarop de productnorm doorwerkt. Hoewel ik het met dit uitgangspunt eens ben, maak ik me door genoemde daaropvolgende conclusies ten aanzien van bewijsvermoeden e.d. niet eigen. Zie voor mijn visie de paragrafen hierna over delictuele normstelling.

6 Contractuele normstelling

6.1 INLEIDING

132 Algemeen

In dit hoofdstuk wordt gezien hoe *Europese productnormen* (nr. 6) betekenis krijgen voor *contractuele normstelling* (nr. 7). Daartoe wordt bekeken hoe Europese productnormen de overeenkomst binnenkomen. Vervolgens wordt onderzocht wat de gevolgen zijn indien de naleving van Europese productnormen onderdeel is van de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst. Ten slotte komt de vraag aan de orde in hoeverre een overeenkomst als geheel of een beding daarin nietig kan zijn of buiten toepassing moet worden gelaten op grond van strijd met productnormen.

Zoals gezegd kunnen productnormen worden onderverdeeld in bindende *producteisen* (nr. 6 en 19) en niet-bindende *geharmoniseerde normen* (nr. 25 en hoofdstuk 4). Omdat specifieke nationale literatuur over het ontstaan van contractuele binding aan productnormen ontbreekt,¹¹⁸⁴ is voor de beantwoording van de vragen in dit hoofdstuk gebruik gemaakt van rechtsvergelijking en algemene literatuur en jurisprudentie over de verschillende vereisten binnen het Nederlandse contractenrecht. Verder wordt de vergelijking gemaakt met de betekenis van andere *wettelijke eisen* (nr. 18) van buiten het BW dan producteisen en andere *normalisatienormen* (nr. 23) dan geharmoniseerde normen voor de invulling van deze privaatrechtelijke vereisten. Daarnaast is gebruikgemaakt van literatuur en jurisprudentie over de betekenis van gedragscodes en zelfregulering in brede zin voor contractuele normstelling om de betekenis van geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regulering te kunnen duiden. Verder wordt feitenrechtspraak over (andere) normalisatienormen geanalyseerd (zie voor de methode eerder ook, nr. 9). Door deze methode keren deze verschillende begrippen dan ook regelmatig terug.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst komen de algemene leerstukken over algemene contractuele normstelling aan bod. Bij de bespreking van dit theoretische kader wordt bekeken hoe via totstandkoming, uitleg en aanvulling van overeenkomsten Europese productnormen betekenis kunnen krijgen (§ 6.2). Ingegaan wordt op de betekenis van Europese productnormen en daarmee vergelijkbare normen voor algemene contractuele normstelling in het buitenland, namelijk naar Duits en Engels recht (§ 6.2.1). Vervolgens wordt het nationaal theoretisch kader van contractuele normstelling geschetst (§ 6.2.2). Daarna wordt in de proeftuin van de feitenrechtspraak op nationaal niveau gedoken om te zien hoe partijen en rechters in de praktijk met name normalisatienormen in contractuele geschillen omgaan (§ 6.2.3). Wanneer nemen lagere rechters contractuele

¹¹⁸⁴ Snijders 1987, p. 183 sloot expliciete verwijzing c.q. relevantie van productnormen, bijvoorbeeld in geval van uitdrukkelijk van toepassing verklaren, uit van zijn onderzoek. Hoewel Schepel in 2000 met Falke nog enige aandacht besteedde aan het contractenrecht, Schepel & Falke 2000, p. 215 e.v., komt dit in zijn proefschrift uit 2005 evenmin terug.

binding aan normalisatienormen aan? Welke omstandigheden zijn daarvoor van belang?

Hierna wordt ingegaan op de bijzondere norm van conformiteit bij koop (§ 6.3). Koop is de belangrijkste overeenkomst voor de verhandeling van producten in de handelsketen. Europese productnormen harmoniseren niet de norm voor conformiteit bij koop (hoofdstuk 3, *James Elliott*).¹¹⁸⁵ In de door mij onderzochte jurisdicties zijn echter objectieve gezichtspunten vastgelegd ter aan- dan wel invulling van de conformiteitseis waarvoor productnormen van betekenis zijn. De conformiteit wordt niet alleen ingevuld aan de hand van de subjectieve omstandigheden, maar ook aan de hand van objectieve omstandigheden of gezichtspunten als ‘normaal gebruik’ waarvoor productnormen van betekenis kunnen zijn.¹¹⁸⁶ Ook hier zal zowel de buitenlandse rechtspraak (§ 6.3.1) als het Nederlandse theoretische kader (§ 6.3.2) worden onderzocht. Er bestaat reeds uitgebreide theorievorming over de vraag hoe Europese productnormen het conformiteitsvereiste bij koop kunnen invullen. Daarbij wordt een vergelijking gemaakt met de uitgangspunten onder het Weens koopverdrag (CISG). Vervolgens wordt de invulling van conformiteit aan de hand van normalisatienormen in de Nederlandse feitenrechtspraak behandeld (§ 6.3.3).

Verder worden de gevolgen van de contractuele betekenis van Europese productnormen behandeld (§ 6.4). Over deze onderwerpen is minder buitenlandse literatuur en rechtspraak beschikbaar. Daarom is de rechtsvergelijking, daar waar informatie beschikbaar was, in de paragraaf geïntegreerd. Vervolgens worden de beperkingen aan contractuele normstelling uit hoofde van productnormen behandeld (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, onredelijk bezwarendheid en nietigheid, § 6.5). Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie (§ 6.6).

133 Uitgangspunten contractuele normstelling en afbakening

Voor niet-civilisten volgen hier enkele uitgangspunten van contractuele normstelling die relevant zijn voor de betekenis van productnormen, waarna een nadere afbakening volgt ten opzichte van het buitencontractuele deel (hoofdstuk 7).

Indien een van de verbintenissen van een overeenkomst gebruik of levering van een product behelst, dan wordt de geschiktheid van dat product – anders dan buiten overeenkomst – geheel ingevuld door het contractenrecht en primair door wat partijen ten aanzien van dat product zijn overeengekomen. Partijen kunnen contractueel striktere dan wel soepelere eisen aan producten stellen dan onder het wettelijk kader is vereist of in het maatschappelijk

¹¹⁸⁵ Over de betekenis van EU-productveiligheidsrecht in relatie tot de Richtlijn Consumentenkoop bestaat geen verdere Europese rechtspraak (zie hoofdstuk 5).

¹¹⁸⁶ Daarnaast kunnen mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, zoals of het product overeenkomstig een bepaalde normalisatienorm is geproduceerd, de contractuele conformiteit bij koop invullen. Vgl. Castermans 2008, p. 39 e.v. alsmede Beckers 2015, p. 117 en 121, die doorwerking ziet van CSR-codes daar waar mededelingen worden gedaan over het product.

verkeer betamelijk is en kunnen meer regelen dan alleen de veiligheid. Partijautonomie en contractvrijheid zijn het uitgangspunt. Schending van een algemene zorgplicht hoeft niet per definitie niet-nakoming van een contractuele verbintenis te betekenen. Schending van een contractuele verbintenis ten aanzien van overeengekomen eigenschappen van het product hoeft niet per definitie een schending van een algemene zorgplicht te betekenen of te resulteren in gebrekkigheid van het product in de zin van de regeling productaansprakelijkheid. Zijn partijen overeengekomen dat een productnorm geldt, dan zijn partijen uiteraard aan die norm gebonden.¹¹⁸⁷ Het contract vormt als het ware een autonome rechtsorde tussen partijen en kan een zelfstandige legitimatie voor binding vormen.¹¹⁸⁸ Door deze zelfstandige legitimatie van binding aan geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) hoeven gebreken in de legitimatie als genoemd in hoofdstuk 4 niet altijd (meer) binding in de weg te staan.¹¹⁸⁹ Contracten hebben relatieve werking en binden in beginsel alleen partijen.¹¹⁹⁰ Op nationaal niveau trekken zorgplichten in het buitencontractuele en het contractuele aansprakelijkheidsrecht evenwel, mede door de grote rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg en aanvulling, meer naar elkaar toe. Met name daar waar een overeenkomst leemtes laat, vullen ongeschreven zorgplichten uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid contracten aan. Hoe de algemene zorgplichten van diverse actoren eruitzien komt in het buitencontractuele deel aan de orde.

6.2 ALGEMENE CONTRACTUELE NORMSTELLING

6.2.1 Internationale theorie en buitenlands recht

134 Algemeen

In de beperkte internationale literatuur over de betekenis van productnormen voor contractuele normstelling worden drie manieren onderscheiden waarop productnormen betekenis kunnen krijgen, die als tamelijk universeel kunnen worden gezien.¹¹⁹¹ De eerste manier is expliciete verwijzing door partijen in een contract. De tweede manier is impliciete toepasselijkheid of binding indien een productnorm, ook al wordt daar niet expliciet naar verwezen, impliciet wordt gebruikt om er een-op-een een contractuele verplichting op te baseren

¹¹⁸⁷ Van Leeuwen 2015, p. 171 onder verwijzing naar Schepel & Falke 2000, p. 215-216.

¹¹⁸⁸ Giesen 2007, p. 62 en i.h.b. 65. Vgl. Beckers 2015, p. 146 en 147,

¹¹⁸⁹ Vgl. Menting 2016, p. 271 voor gedragscodes onder verwijzing naar Giesen 2007, p. 66 voetnoot 76.

¹¹⁹⁰ Vgl. voor zuiver private standaarden Cafaggi & Iamiceli 2014, p. 149.

¹¹⁹¹ Schepel & Falke 2000, p. 215 die er twee noemen, nl. expliciete verwijzing en impliciete doorwerking. Van Leeuwen 2015, p. 170-172 noemt er drie ten aanzien van services standaarden, maar hij neemt als case study de eventuele toepassing van normalisatienormen in de horizontale verhouding tussen arts en patiënt, zoals aangevoerd door de patiënten in de Engelse pip-implantatenzaken, waarin deze vormen eveneens lijken terug te komen, p. 172-179. Volgens Cafaggi 2013, p. 1586 en 1587 (ook aangehaald door Verbruggen 2017a, p. 296 en 297) is verwijzing in '*express warranties*' de belangrijkste manier waarop in commerciële contracten de naleving van wettelijke verplichtingen wordt doorbedongen in de keten.

of de verbintenis inhoudelijk in te vullen.¹¹⁹² De derde manier is wat ik noem indirecte toepasselijkheid, indien productnormen als steunargument worden gebruikt om de inhoud van een verbintenis nader vorm te geven, al dan niet door middel van een zekere bewijsfunctie die productnormen zouden kunnen hebben.¹¹⁹³ Het schenden van de productnorm kan dan een van de omstandigheden zijn die worden meegewogen bij de beoordeling of een verbintenis al dan niet is nagekomen, maar de productnorm vult de contractuele verbintenis niet een-op-een in.¹¹⁹⁴ Het hangt van het toepasselijke privaatrecht af of en zo ja, onder welke voorwaarden, dergelijke doorwerking plaatsvindt.¹¹⁹⁵

Veel verder dan deze algemene uitgangspunten komen de auteurs in de internationale literatuur echter niet. Wel bestaat uitgebreide literatuur waarin is onderzocht hoe binding aan private CSR-codes contractueel tot stand kan worden gebracht en via welke leerstukken. Bij CSR-codes is van belang dat bedrijven niet alleen actief expliciet verwijzen naar deze codes in overeenkomsten, maar ook naar buiten toe zeer actief propageren dat zij maatschappelijk verantwoord ondernemen. De vraag is dan of, en zo ja hoe dit soort mededelingen onderdeel worden van overeenkomsten.¹¹⁹⁶ Hoewel dat voor normalisatienormen in mindere mate geldt dan voor CSR-codes, propageren marktdeelnemers in de praktijk tegenwoordig vaker ISO-gecertificeerd (of CE-gecertificeerd) te zijn en vermelden zij soms ook op websites dat hun producten voldoen aan de Europese EN-normen. Dergelijke uitingen lijken gericht op de afnemers en/of gebruikers van die producten. Daarnaast zijn de CE-markering en de DoC publieke uitingen waaruit blijkt dat producteisen respectievelijk geharmoniseerde normen zijn gevolgd (nrs. 49 en 48). Hoewel CSR-codes op andere punten van productnormen verschillen,¹¹⁹⁷ zijn de hierna te bespreken doorwerkingsmechanismen die voor CSR-codes van belang zijn naar verwachting ook van belang voor Europese productnormen.

Expliciete verwijzing vormt de minst problematische categorie; vanaf dat moment maakt de productnorm deel uit van het contract en vormt deze direct de contractuele verbintenis.¹¹⁹⁸ Grotere onduidelijkheid bestaat wanneer niet expliciet naar een productnorm is verwezen. Zowel onder Engels als Duits recht valt men dan terug op methoden van contractsuitleg en aanvulling van

¹¹⁹² Van Leeuwen 2015, p. 176-177 over *services standards* onder verwijzing naar Schepel & Falke 2000, p. 216-218 over normalisatienormen in het algemeen. Zij besteden nog bijzondere aandacht aan normalisatienormen als vorm van gewoonterecht.

¹¹⁹³ Vgl. Van Leeuwen 2015, p. 178-179.

¹¹⁹⁴ Vgl. Van Leeuwen 2015, p. 172 en 178.

¹¹⁹⁵ Vgl. Van Leeuwen 2015, p. 170.

¹¹⁹⁶ Zie ook Castermans 2008, p. 39 e.v. over de mededeling dat producten vrij van discriminatie zijn gemaakt, hetgeen volgens hem direct van invloed is op de conformiteit bij koop.

¹¹⁹⁷ Zo ontbreekt voor CSR-codes een wettelijk gereguleerd totstandkomingskader en een verwijzing ernaar in de wet, zoals bij geharmoniseerde normen. Verder is onduidelijk is of er voldoende minimumwaarborgen in het totstandkomingsproces aanwezig zijn om binding aan CSR-codes op andere wijze dan via een publieke uiting te rechtvaardigen (vgl. hoofdstuk 4).

¹¹⁹⁸ Vgl. Beckers, die dit voor doorwerking van CSR-standaarden ook wel de '*easy case*' noemt, Beckers 2015, p. 48.

contracten, die ruimte laten om ook in die gevallen tot contractuele binding aan een productnorm te komen. Een bijzondere route is aan de orde bij de conformiteitseis voor koop (hierna § 6.3).¹¹⁹⁹

Naar Engels recht wordt bij uitleg grote waarde gehecht aan de objectief kenbare onderdelen van het contract, nu als uitlegcriterium de *reasonable person test* geldt.¹²⁰⁰ In de praktijk zal dat betekenen dat voor toepassing van een productnorm een aanwijzing in het contract moet zijn te vinden waarop die toepassing kan worden gebaseerd. Is dat niet het geval, dan rest de theorie over aanvulling door *implied terms* (en dan met name *implied terms by fact*). *Implied terms* kunnen volgen uit het recht (*implied by law*, zoals *satisfactory of merchantable quality* bij koop) of de feiten (*implied in fact*).¹²⁰¹ *Implied in fact* worden *terms* slechts aangenomen als uitleg resulteert in een leemte en aanvulling noodzakelijk is voor de werking van het contract (*business efficacy*) en/of toepassing van de *term* zo voor de hand liggend door partijen is bedoeld dat toepasselijkheid van de productnorm in het contract mag worden gelezen (*the officious bystander test*).¹²⁰² Een vorm van *implied terms in fact* vormt *usage of custom*, mits het gebruik ‘*notorious, certain and reasonable is*’ en ‘*not contrary to law*’.¹²⁰³ De Engelse uitleg en aanvullingspraktijk is een stuk terughoudender dan de Nederlandse.¹²⁰⁴ Engelse rechtspraak over de betekenis van andere wettelijke normen en normalisatienormen voor andere contracten dan koop is schaars.¹²⁰⁵

In Duitsland geldt een met Nederland vergelijkbare¹²⁰⁶ contextuele uitlegmethode die focust op het vaststellen van de partijbedoeling en, voor zover dat niet mogelijk is, uitleg vanuit het perspectief van een redelijk handelende contractspartij in het licht van de omstandigheden van het geval.

¹¹⁹⁹ Vgl. voor CSR: Beckers 2015, p. 117 en 121. Zie eerder Castermans 2008, p. 44 die de conformiteitseis in deze zin omschrijft als instrument van externe gerichtheid.

¹²⁰⁰ In de oorspronkelijke bewoordingen van Lord Hoffmann J in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896: ‘*The exercise of interpretation is therefore to identify what a reasonable individual would have understood the parties to have meant by the language used. Crucially, this is not the same as identifying what the parties themselves understood, or intended: subjective intent is irrelevant to the process of interpretation and evidence of such should not be relied upon as an aid to construction. The only relevant evidence is therefore that which was known or reasonably available to both parties at the time of contracting.*’ Voor deze objectieve uitleg zijn niet alleen de letterlijke bewoordingen van het beding en de verdere context van het contract relevant, ook achtergrondinformatie (*‘the matrix of fact’*) kan van belang zijn. (*Business*) *common sense* kan ook een rol spelen. Sinds de arresten *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36 en *Wood v Capita Insurance Services* [2017] UKSC 24 lijken bij uitleg van commerciële contracten de letterlijke bewoordingen en de verdere bepalingen in het contract toch het meest relevant. In deze arresten kon *business common sense* niet worden gebruikt om slechte, ongelukkige of onvolledige bepalingen via rechtelijke uitleg alsnog te repareren.

¹²⁰¹ Beatson e.a. 2016, p. 172 e.v. en 162 e.v.; Beale e.a. 2015b, p. 1097 (Chitty, nr. 14-004).

¹²⁰² Beatson e.a. 2016, p. 162; Beale e.a. 2015b, p. 1097 (Chitty, nr. 14-005).

¹²⁰³ Beale e.a. 2015b, p. 1114 (Chitty, nr. 14-012).

¹²⁰⁴ Zoals Schelhaas eerder al opmerkte in Valk & Schelhaas 2016, p. 124.

¹²⁰⁵ Ik heb mij voor de buitenlandse rechtssystemen beperkt tot ondersteunend jurisprudentieonderzoek aan de hand van belangrijke handboeken en artikelen over het onderwerp, waarin ik geen voorbeelden ben tegen gekomen.

¹²⁰⁶ Schelhaas in Valk & Schelhaas 2016, p. 114.

Beide stappen moeten in samenhang worden gezien.¹²⁰⁷ Duitse rechtspraak over overeenkomsten waarin productnormen relevant waren buiten koop en aanneming van werk is echter niet gevonden. Nu de Duitse bepaling over de levering van producten bij aanneming van werk aansluit bij koop, wordt die rechtspraak bij koop behandeld.

6.2.2 Nederlands recht – algemeen kader

135 Totstandkoming: wil, verklaring en vertrouwen

Of een overeenkomst met betrekking tot een productnorm (nr. 6) tot stand is gekomen, wordt beoordeeld aan de hand van art. 6:217 jo. 3:33 jo. 3:35 BW. Veelal zal er tussen partijen geen discussie bestaan of er überhaupt een overeenkomst tot stand is gekomen. Een overeenkomst zal meestal niet alleen productnormen tot voorwerp hebben. Productnormen hebben bovendien weinig betekenis voor de vraag *of* er een overeenkomst tot stand is gekomen.¹²⁰⁸ Vaker zal onduidelijk zijn of de geldig tot stand gekomen overeenkomst ook productnormen van toepassing verklaart en of de wilsovereenstemming ook ziet op toepasselijkheid van die productnormen. Deze vraag zal hierna centraal staan en ziet op uitleg, niet op totstandkoming. Totstandkoming en uitleg hangen evenwel nauw samen. De wilsvertrouwensleer, die geldt voor de vraag naar de totstandkoming, werkt – zoals we hierna zullen zien – immers door in het leerstuk van uitleg.¹²⁰⁹

136 Uitleg van de overeenkomst: de door partijen beoogde rechtsgevolgen

Het uitlegproces wordt wel samengevat als het vaststellen van de partijbedoeling.¹²¹⁰ Of partijen een productnorm zijn overeengekomen hangt primair af van welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.¹²¹¹ Het bekende *Haviltex*-criterium vloeit voort uit art. 3:33 BW en art. 3:35 BW, maar is niet tot een afweging van de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen beperkt. Het criterium houdt in zijn algemeenheid een subjectief-objectieve maatstaf in (zie voor het concrete gewicht van subjectieve of objectieve factoren en de methoden bij uitleg nader nr. 164).¹²¹²

¹²⁰⁷ § 133 en § 157 BGB. Algemeen: Staudinger/Reinhard Singer (2012) BGB, § 133, Rn. 4. Zie in het kader van (CSR)-standaarden, Beckers 2015, p. 72-81, Mataija 2016, p. 8.

¹²⁰⁸ Behoudens andere uitzonderlijke productveiligheidsbepalingen zoals het schriftelijkheidsvereiste voor de overeenkomst met de gemachtigde onder de Vo. Medische Hulpmiddelen (zie nrs. 58 en 147, vgl. nr. 249).

¹²⁰⁹ M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 2.1 en in 2.6: *'In de praktijk valt het onderscheid tussen het beantwoorden van de vraag of een overeenkomst is tot stand gekomen en de uitleg van de tot stand gekomen overeenkomst lang niet altijd te maken, zo volgt bijvoorbeeld uit het zogenaamde Misverstand-arrest, HR 17 december 1976, LJN AC5835, NJ 1977/241 (GJS) (Bunde/Erckens)*. Bakker diss. 2012, p. 45; Valk & Schelhaas 2016, p. 17.

¹²¹⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/362; Tjittes 2018, p. 262.

¹²¹¹ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*), r.o. VI.2. De toevoeging van 'gedragingen' volgt uit latere rechtspraak.

¹²¹² Tjittes 2018, p. 262 en 266. Vgl. Schelhaas in Valk & Schelhaas 2016, p. 99. Drion heeft het over een dubbel geobjectiveerde subjectieve uitlegmaatstaf, Drion 2016b, p. 1961.

Contractuele binding aan een productnorm ontstaat ten eerste indien partijen toepassing van de productnorm hebben gewild en onder omstandigheden erop mochten vertrouwen dat deze van toepassing is.¹²¹³ Gaat het bijvoorbeeld om een geharmoniseerde norm (een bijzondere categorie normalisatienormen), dan is naar Nederlands recht niet altijd noodzakelijk dat titel, indexnummer en datum van de norm met naam en toenaam worden genoemd of dat sprake is van een statische verwijzing in het contract in plaats van een dynamische.¹²¹⁴ Of een verwijzing naar een norm voldoende duidelijk is, dient te worden beoordeeld in het licht van alle omstandigheden van het geval op grond waarvan het daadwerkelijke subjectieve vertrouwen mede naar objectieve maatstaven (het mogen vertrouwen) dient te worden beoordeeld.¹²¹⁵ Een clause inhoudende dat een wederpartij, de dienst of het product 'zal voldoen aan de toepasselijke technische normen' kan – hoewel zeer vaag – in het licht van bepaalde omstandigheden tot contractuele binding aan een geharmoniseerde norm leiden. Daarvoor zijn onder meer de hoedanigheid van partijen,¹²¹⁶ het type prestatie en de overig uitgewisselde informatie van belang.¹²¹⁷ Het doel van de verwijzing is ook relevant; verwijzen partijen per ongeluk naar een oude geharmoniseerde norm, doch hebben zij met de verwijzing beoogd dat het te leveren product is toegestaan op de Europese markt, dan dient het product in de gegeven omstandigheden wellicht ook aan de recentste toepasselijke geharmoniseerde normen te voldoen. Het gaat erom of de verwijzing voor de partijen in kwestie voldoende duidelijk is geweest.

Voor zover in de uitlegfase de uitleg van een productnorm zelf noodzakelijk is, verwijs ik naar mijn opmerkingen onder nr. 164.

137 Uitleg: ruimere of beperktere rol van de redelijkheid en billijkheid?

Eeuwenoud discussiepunt in het juridische debat is of de daadwerkelijke wil van partijen en hun vertrouwen moet zijn gericht op de toepasselijkheid van – in dit geval – de productnorm, waarna de overeenkomst bij een leemte wellicht kan worden aangevuld, of dat 'vaststelling van de partijbedoeling' reeds met behulp van normatieve uitleg tot stand kan komen. Schoordijk en Van Dunné zijn bekende vertegenwoordigers van de oorspronkelijke school van de normatieve uitleg, welke opvatting uiteindelijk door de wetgever niet is gevolgd.¹²¹⁸ Uitleg van de overeenkomst lijkt onder het huidige recht de stap

¹²¹³ Zie eerder in vergelijkbare zin Stuurman 1995, p. 253.

¹²¹⁴ Zie voor Frankrijk anders Gambelli 1997, p. 114. Vgl. Valk & Schelhaas 2016, p. 25 waarin Valk verwijst naar het beginsel van het *consensualisme*.

¹²¹⁵ Tjittes 2009, p. 7. Vgl. later ook Tjittes 2018, p. 264 en 265.

¹²¹⁶ Tot welke maatschappelijke kring partijen horen en welke (rechts)kennis van partijen mag worden verwacht zijn bekende gezichtspunten die hun oorsprong vinden in het *Haviltex*-arrest, HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*), r.o. VI.2.

¹²¹⁷ Anders, en mijns inziens ten onrechte, Stuurman 1995, p. 293.

¹²¹⁸ Schoordijk 1979, p. 21 e.v.; Van Dunné 1971, p. 9 e.v. en 236 e.v. Zie voor het destijds sterkte tegengeluid, Nieuwenhuis 1979, p. 20; Schut 1987, p. 80. Zie *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 74 en 979. Onder de oude doctrine werd ook wel onderscheid gemaakt tussen autonome normen, zijnde de normen gekozen door

vóór aanvulling of beperking te zijn (art. 6:248 lid 1 BW)¹²¹⁹ en – blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad – mede te geschieden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid.¹²²⁰ De doctrinaire discussie is thans toegespitst op de vraag hoe groot die rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg is of zou moeten zijn.

De rechtspraak van de Hoge Raad – onder andere in *DSM/Fox* – zou kunnen worden gelezen alsof deze ruimte laat voor een ongelimiteerde rol voor de redelijkheid en billijkheid bij uitleg.¹²²¹ Valk nuanceert dit en betoogt dat bij uitleg moet worden uitgegaan van een beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid (ex art. 3:12 BW, voorheen objectieve goede trouw). Volgens hem dienen de subjectieve goede trouw (art. 3:11 BW) en de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 en 3:35 BW) de boventoon te voeren bij uitleg.¹²²² Tegelijkertijd kunnen bij de toepassing van de subjectieve norm van wat partijen over en weer redelijkerwijs mogen verwachten, onderzoeks- en mededelingsplichten als gedragsnormen die voortvloeien uit de objectieve goede trouw (art. 3:12 BW) een rol spelen.¹²²³ Deze rol is volgens hem bij het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen echter beperkt en secundair. Bij aanvulling van leemtes is deze groter.¹²²⁴ Of men geneigd is deze visie te

partijen, en heteronome normen, zijnde de normen die de rechtsorde oplegt en welke normen een grotere rol spelen bij normatieve uitleg.

¹²¹⁹ In de literatuur werd dit al eerder aangenomen, onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 67 en 69. Zie hierover Jansen 2012, p. 254-255. Thans blijkt dat ook uit de jurisprudentie, zie o.a. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt, KoersPlan*), r.o. 3.4.2.

¹²²⁰ Hetgeen ligt besloten in de woorden ‘redelijkerwijs’ in de Haviltex-maatstaf: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*), r.o. VI.2; HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:AA9430, *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/Van Alpen*), r.o. 3.8; HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5. Zie ook Valk 2009, p. 391 e.v., M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 13, *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/364-365 en Wolters 2013, p. 24. Vgl. ook Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 2016, nr. 492: ‘*Richtinggevend is het wederzijdse gerechtvaardigde vertrouwen van partijen (art. 3:35 BW [...]) gezien in het licht van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, 6:248).*’ Ook aangehaald door Tjittes 2018, p. 268.

¹²²¹ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5; ‘*bij uitleg zijn van beslissende betekenis (...) alle omstandigheden van het geval gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen*’. Hartkamp en Sieburgh werden wel beschouwd als voorstanders van een meer normatieve benadering bij uitleg en een daarmee samenhangende grotere rol voor de redelijkheid en billijkheid, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6/III* 2010/364 en 365. Later uitdrukkelijk stelling nemend tegen Van Dunné en Schoordijk, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/364 en 365 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/364 en 365. Zie anders Valk en Tjittes hierna.

¹²²² Valk 2009, p. 391 e.v. In zijn preadvies (Valk & Schelhaas 2016, p. 86) wijst hij nogmaals op zijn eerdere kritiek uit 2009 en het arrest HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:AA9430, *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/Van Alpen*), r.o. 3.8. Zie ook Tjittes 2018, p. 269 en 407. Tjittes wijst erop dat zo’n nuancering ontbreekt in HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5.

¹²²³ Deze gedragsnormen kan men, in navolging van *Baris/Riezenkamp*, volgens Valk zien als een gevolg van de objectieve goede trouw, dus thans van de redelijkheid en billijkheid, hetgeen een beperktere rol van de redelijkheid en billijkheid in de fase van uitleg met zich brengt. Het gaat dan om de volgende rechtsoverweging uit voornoemd arrest: ‘*Dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.*’ Valk 2009, p. 402.

¹²²⁴ Valk 2009, p. 401-402 en in navolging daarvan Jansen 2012, p. 225, mede onder verwijzing naar Tanja-van den Broek 2002, p. 432-433.

volgen hangt in essentie af van het gewicht dat men toekent aan partijautonomie en contractvrijheid binnen het contractenrecht in verhouding tot andere gedragsnormen en beginselen die in het objectieve recht liggen besloten.¹²²⁵ Ik sluit mij graag bij Valk aan.

Bijna alle auteurs erkennen overigens dat het onderscheid tussen uitleg en aanvulling in de praktijk lang niet altijd verschil zal maken nu de redelijkheid en billijkheid bij aanvulling ook een rol speelt.¹²²⁶ Ook de rechter besteedt over het algemeen niet veel tijd aan de dogmatische inbedding van zijn oordeel hierover, nu het in veel gevallen voor het resultaat weinig uitmaakt.¹²²⁷ In de hierna te bespreken rechtspraak over impliciete toepasselijkheid van (andere) normalisatienormen maakt de rechter daar evenmin veel woorden aan vuil.

In een enkel, uitzonderlijk geval zal dit onderscheid echter wel uitmaken. Stel dat alle omstandigheden erop wijzen dat het subjectieve vertrouwen van partijen is gericht op het afwijken van een producteis, terwijl bij gebreke van een partijafpraak die producteis het contract zou hebben aangevuld. In dat geval zou vergaande invloed van de redelijkheid en billijkheid bij (normatieve) uitleg kunnen maken dat deze afwijkende afspraak door middel van de redelijkheid en billijkheid als het ware wordt geconverteerd. Zie ik het goed, dan zou bij de aanpak van Valk aan de subjectieve partijbedoeling niet mogen worden getornd via de redelijkheid en billijkheid.¹²²⁸ Nu in voornoemd geval geen leemte bestaat in de overeenkomst, resteren slechts art. 6:233 e.v. BW, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en art. 3:40 lid 1 BW ter aantasting van dit beding. Vooral de laatste twee bevatten vele malen hogere drempels voor aantasting ervan (onaanvaardbaarheid, respectievelijk de toets aan de openbare orde, § 6.5).¹²²⁹

Zoals ik hierna in paragraaf 6.3.2 toelicht, mag naar Nederlands recht bij een koopovereenkomst, gesloten tussen Europese partijen, tot levering van een product dat is bestemd voor de Europese markt, de koper behoudens contra-indicaties veelal verwachten dat het geleverde voldoet aan de EU-wetgeving. Een soortgelijk uitgangspunt geldt mijns inziens in de regel ook bij andere overeenkomsten als huur, opdracht of aanneming van werk, indien de partijen daarbij uit de Unie afkomstig zijn en de plaats van uitvoering van de verbintenis waarbij het product wordt gebruikt in de Unie is gelegen. In zo'n

¹²²⁵ Tjittes 2018, p. 269 meent dat het open criterium uit *DSM/FOX* onzekerheid bij buitenlandse rechters en arbiters over het uitleg-criterium in Nederland in de hand zou werken. Nadere nuancering zou de aantrekkelijkheid van het Nederlandse recht bevorderen. Voor deze stellingen ontbreekt vooralsnog empirisch bewijs.

¹²²⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/365, Valk 2009, p. 391-392.

¹²²⁷ Vgl. Valk 2009, p. 392. Asser/Sieburgh 6-III 2018/365 en 366.

¹²²⁸ Vgl. het door Valk genoemde voorbeeld in de studiereeks (Valk 2016a, p. 300) waarin dit onderscheid ook verschil maakt, namelijk indien een rechter niet ingaat op het verloop van onderhandelingen omdat hij meent dat uit de objectieve norm van redelijkheid en billijkheid hoe dan ook een bepaalde uitleg van de overeenkomst volgt. Dat is volgens Valk fout; *'omdat het voor de uitleg van de overeenkomst eerst en voor alles aankomt op hetgeen partijen (subjectief) in de gegeven omstandigheden mochten verwachten (...). Eerst daarna (...) is de objectieve norm van de redelijkheid en billijkheid aan de orde.'*

¹²²⁹ Vgl. ook HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106, *RvdW* 2018/3 (*Forellenkwekerij*), r.o. 5.1.3.

geval dient de dienst of het werk in beginsel te voldoen aan de toepasselijke EU-wetgeving.

138 Aanvulling van wat is overeengekomen: algemeen

Indien uitleg van het contract resulteert in een leemte, dan kan de overeenkomst nog worden aangevuld door wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW laatste zinsnede).¹²³⁰ Over het algemeen wordt aangenomen dat aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid pas plaatsvindt, indien noch de wet, noch de gewoonte kunnen aanvullen.¹²³¹ De aard van de overeenkomst is medebepalend voor hetgeen uit de andere bronnen van rechtsgevolgen (wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid) voortvloeit. Als gezegd vloeien uitleg en aanvulling meermaals ineen.¹²³²

139 Aanvulling door de wet

Zoals in hoofdstuk 4 al kort aan de orde is geweest, is het begrip ‘wet’ in art. 6:248 lid 1 BW ruimer dan alleen de wet in formele zin. Ook wetten in materiële zin – algemeen verbindende voorschriften – vallen hieronder, mits deze voorschriften op delegatie door de wetgever in formele zin berusten (nr. 96).¹²³³ Evenwel lijken met deze categorie in art. 6:248 lid 1 BW wettelijke voorschriften te zijn bedoeld die specifiek op contracten zien, zoals de voorschriften die uit het Burgerlijk Wetboek of bijvoorbeeld het Wetboek van Koophandel afkomstig zijn,¹²³⁴ uit wetten buiten het BW die dienen ter verdere regulering van contractuele relaties zoals de Wet minimumloon voor arbeidsovereenkomsten,¹²³⁵ of uit EU-recht dat daadwerkelijk contractuele rechtsgevolgen dicteert zoals de Richtlijn Consumentenkrediet.¹²³⁶ Materieel moet de norm immers iets zeggen over de rechtsgevolgen *van de*

¹²³⁰ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt, KoersPlan*), r.o. 3.4.2.

¹²³¹ De verhouding tussen deze aanvullende rechtsbronnen is door de wetgever aan de rechtspraak overgelaten, Eindverslag I, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 72. Zie voor auteurs die aanvulling door de wet en de gewoonte tot uitgangspunt nemen en slechts een rol zien voor de redelijkheid en billijkheid indien de eerste twee bronnen niet aanvullen, Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/4 en 22 en Tjittes 2018, p. 401. Zie anders, namelijk uitgaande van gelijkwaardige rechtsbronnen, Asser/Snijders & Valk 7-III 2016/36. In uitzonderlijke gevallen kan de gewoonte voorgaan op dwingende doch verouderde wetsbepalingen, arrest HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, *NJ* 1972/339, m.nt. L.J. Hymans v.d. Berg (*Maring, Assuradeuren/Maring, La Confiance-Maring*) of kan de redelijkheid en billijkheid maken dat van een wettelijke mogelijkheid tot opzegging pas gebruik mag worden gemaakt indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat, HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*De Ronde Venen/Stedin*), herhaald in HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*). Een wetsbepaling kan in uitzonderlijke gevallen ook buiten toepassing worden gelaten uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid, HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak.

¹²³² Asser/Sieburgh 6-III 2018/366.

¹²³³ Asser/Sieburgh 6-III 2018/381.

¹²³⁴ Asser/Sieburgh 6-III 2018/381 waarin bijvoorbeeld naar het Wetboek van Koophandel wordt verwezen. En M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 3.1 e.v. Vgl. Loth 2009, p. 28.

¹²³⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/86.

¹²³⁶ Vgl. de oude Wet op het Consumentenkrediet, die Richtlijn 2008/48/EG (*Consumentenkrediet*) implementeerde met daarin bepalingen over ontbinding en nietigheden. Sinds 2017 zijn deze bepalingen overgeheveld naar Titel 7.2A BW. Onder meer de bepalingen over herroeping hebben onmiskenbaar de strekking overeenkomsten aan te vullen.

overeenkomst en dus de overeenkomst aanvullen.¹²³⁷ Meijers merkt hierover op:

‘Uit welke wetsbepalingen rechtsgevolgen voortvloeien voor een concrete overeenkomst, moet worden bepaald door interpretatie van de wilsverklaringen van partijen enerzijds en door uitlegging van de voor toepassing in aanmerking komende bepalingen anderzijds.’

De wilsverklaringen zullen van geval tot geval verschillen en volgens Haviltex moeten worden uitgelegd. Daarom wordt hierna gefocust op de strekking van de bepalingen.

Leggen we productnormen tekstueel en systematisch uit, dan lijken deze normen niet rechtstreeks typische contractuele rechtsgevolgen in het leven te roepen, zelfs niet in samenhang met de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers (§ 2.4 behoudens nr. 58). In zoverre zijn productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen voor marktdeelnemers anders dan andere marktregulerende wetgeving die ziet op specifieke contracten en contractuele relaties, zoals bijvoorbeeld de Energiewet en de Gaswet. Deze wetten bevatten bijvoorbeeld bepalingen over de beëindiging van concrete diensten. Hoewel bijvoorbeeld de term ‘beëindigen’ uit deze wetten afwijkt van de terminologie in het BW, is zo’n begrip wel gemakkelijker in verband te brengen met civielrechtelijke concepten en rechtsgevolgen dan normen over eigenschappen van producten. De Telecommunicatiewet is een ander voorbeeld van een wet met een meer contractuele strekking. Deze wet bevat bijvoorbeeld tariefvoorschriften die direct de overeenkomst kunnen aan- en invullen. Aldus ligt de contractuele aanvullende strekking van de bepalingen in deze wetten eerder voor de hand dan van productnormen en de bijbehorende verplichtingen voor marktdeelnemers als omschreven in hoofdstuk 2.¹²³⁸

Betrekt men ook de doelen van productveiligheidsrecht in de beoordeling, dan lijken de verplichtingen voor marktdeelnemers evenmin bedoeld om overeenkomsten aan te vullen (hoofdstuk 3). Vanuit Europees perspectief wordt het gebrek aan deze strekking in zekere zin thans bevestigd door *James Elliott* (nr. 83), zij het dat dit arrest het harmoniserend vermogen van de Richtlijn Bouwproducten ten opzichte van de nationale bepalingen over conformiteit bij koop betrof. Zo een strekking lijkt volgens het Hof te ontbreken.¹²³⁹

¹²³⁷ TM bij artikel 6.5.3.1, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 920. Zie ook Loth 2009, p. 24 die wijst op de bedoeling van de wetgever en de strekking van de bepaling.

¹²³⁸ Vgl. Houben 2013, p. 1087 en 1088 onder verwijzing naar art. 26a en 95m Elektriciteitswet 1998 en art. 14 en 15b Gaswet, die erop wijst dat de term ‘beëindigen’ inderdaad geen civielrechtelijke technische betekenis heeft, maar dat de vertaalslag naar civielrechtelijke concepten evenwel vaak kan worden gemaakt. Vgl. ook Voskamp 2018, p. 75-84 en p. 135-139, die zo’n vertaalslag maakt voor onderwijswetgeving en illustreert dat onderwijswetgeving onder meer via wettelijke aanvulling kan doorwerken.

¹²³⁹ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 52. Mocht in de toekomst onverhoopt blijken dat in de ogen van het Hof van Justitie het productveiligheidsrecht toch de strekking heeft tot het harmoniseren van het contractenrecht, dan kan het effectiviteitsbeginsel wellicht aan conversie van niet-bindende bepalingen in de weg staan, vgl. over oneerlijke bedingen

Het verhoudt zich bovendien slecht tot de aard van het overeenkomstenrecht, waarbinnen de partijautonomie en contractvrijheid centraal staan, om leemten in tal van overeenkomsten automatisch aan te vullen met allerlei bepalingen van productveiligheidsrecht. Partijen zullen op zo'n aanvullende werking om meerdere redenen wellicht in het geheel niet bedacht zijn geweest. Deze bepalingen richten zich in beginsel namelijk tot individuele marktdeelnemers als normadressaten en de mogelijke strekking tot aanvulling blijkt onvoldoende uit de tekst van de instrumenten. Om dit concreter te maken: mijns inziens brengt een enkele rechtskeuze voor Nederlands recht in een contract tussen bijvoorbeeld een professionele Amerikaanse verhuurder van machines en een Nederlandse, professionele huurder dus niet zomaar mee dat Europese producteisen van toepassing zijn indien dat contract een leemte laat ten aanzien van de producteisen waaraan de machines dienen te voldoen, (vgl. over conformiteit bij internationale koopcontracten, nr. 159).¹²⁴⁰ Daar is meer voor nodig, bijvoorbeeld wetenschap van de verhuurder dat de machines gaan worden gebruikt op Europees grondgebied en redelijkerwijs te verwachten bekendheid van de verhuurder met de Europese eisen. Zou men een aanvullende strekking snel accepteren, dan wordt het aanvullende contractrecht de facto ruimer, logger, lastiger te kennen en daarmee lastiger te hanteren voor partijen.¹²⁴¹

Ook vanuit eerdergenoemd Europees institutioneel oogpunt en het beginsel van bevoegdheidstoedeling (hoofdstuk 3) kan worden betwijfeld of zo'n strekking zomaar in de verplichtingen als genoemd in hoofdstuk 2 mag worden gelezen, omdat het Europese recht dan harmoniserend vermogen wordt toegekend daar waar de EU-wetgever dat wellicht niet eens heeft beoogd. Voor partijen die enige rechtsbescherming aan de verplichtingen voor marktdeelnemers kunnen ontleen – zoals gebruikers van producten in relatie tot hun veiligheid en gezondheid – pleit het doeltreffendheidsbeginsel evenwel voor een ruimhartige aanvulling van overeenkomsten met bepalingen van EU-recht, omdat dat zou kunnen bijdragen aan hun rechtsbescherming, alsmede aan de privaatrechtelijke handhaving van het productveiligheidsrecht (vgl. de instrumentele benadering in *Muñoz* waaruit deze overtuiging lijkt te spreken, nr. 82). De vraag is alleen of aanvulling dan via de bron 'wet' dient plaats te vinden. De route van de redelijkheid en billijkheid is immers ook mogelijk. Deze laatste route verdient wat mij betreft de voorkeur omdat de redelijkheid en billijkheid worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

bijvoorbeeld HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banco Espanol de Crédito/Camino, Banesto*), r.o. 68 en 69. Aanvulling na schrappen van het beding op grond van nietigheid of na vernietiging zou wel zijn toegestaan, vgl. HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kredietnemers/Jelzálogbank*), r.o. 80, zoals ook aangehaald door Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/nr. 24.

¹²⁴⁰ Een andere vraag is of wanneer het recht van een niet EU-lidstaat van toepassing is op het contract, producteisen mogelijk voorrangsregels zijn. Deze vraag wordt hier niet beantwoord.

¹²⁴¹ Vgl. ook Houben 2013, p. 1087 die wijst op de verminderde transparantie van regelgeving met contractuele gevolgen en in het algemeen betoogt dat de beïnvloeding van contractenrecht door publiekrecht niet ten goede komt aan een voor justitiabelen hanteerbaar recht.

Aanvulling op grond van de wet heeft deze inbedding in beginsel niet, waardoor maatwerk binnen het kader van aanvulling lastiger is (daarvoor is primair de strekking van de wetbepaling van belang en die vult wel of niet aan). Overigens is het niet-treffen van een contractuele voorziening voor een bepaalde situatie niet altijd per definitie een leemte, maar kan uit uitleg volgen dat partijen bijvoorbeeld een bepaald risico niet hebben willen verplaatsen.¹²⁴²

Directe toepassing van geharmoniseerde normen als wet ex art. 6:248 lid 1 BW lijkt al helemaal niet voor de hand te liggen, nu dit geen algemeen verbindende voorschriften zijn en het productveiligheidsrecht alternatieve methoden toestaat (hoofdstuk 4).

Of een wet een overeenkomst aanvult, dient overigens wel te worden beschouwd in het licht van de aard van de overeenkomst, zo blijkt uit art. 6:248 lid 1 BW. Voorstelbaar is dat het productveiligheidsrecht eerder de strekking heeft B2C-contracten aan te vullen dan B2B-contracten. Hoewel aanvulling van het contract met productnormen via de categorie ‘wet’ niet kan worden uitgesloten, lijken zowel producteisen als geharmoniseerde normen – buiten expliciete toepasselijkverklaring – primair via de redelijkheid en billijkheid door te werken en betekenis te krijgen.¹²⁴³

140 Aanvulling door gewoonte

Naast eerdergenoemde discussie over de status van recht in de zin van art. 79 lid 1 RO, is de vraag of het toepassen van geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen gewoonterecht kan zijn.¹²⁴⁴ Het vaststellen van gewoonterecht berust deels op een feitelijk oordeel. Daarom bepaalt art. 79 lid 2 RO dat feiten waaruit het gelden of niet gelden van een regel van gewoonterecht wordt afgeleid, zover zij bewijs behoeven, alleen op grond van de bestreden beslissing als vaststaand worden aangenomen. De rol van gewoonterecht is in de huidige samenleving veel beperkter dan voorheen.¹²⁴⁵ Met name ten aanzien van bestendige (handels)gebruiken is het gewoonterecht thans nog relevant.¹²⁴⁶ Het verschil tussen de werking van een geharmoniseerde norm als gewoonterecht (art. 79 lid 2 RO) en als recht (art. 79 lid 1 RO) ligt niet alleen in de vaststellingsmogelijkheden in cassatie, maar

¹²⁴² Vgl. HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7889, NJ 2010/623 (*Skare/Flexmen*), r.o. 3.4.1, ook aangehaald en besproken door Tjittes 2013, p. 392.

¹²⁴³ Vgl. Houben die ten aanzien van aansluit-, transport en energieleveringsovereenkomsten opmerkte dat doorwerking van publiekrechtelijke regels in contracten kan plaatsvinden ‘doordat een civiele rechter via de open norm van redelijkheid en billijkheid, in dit geval in aanvullende zin (art. 6:248 lid 1 BW), de publiekrechtelijke regels waaraan de netbeheerder of leverancier zich moet houden, ook van toepassing acht in de contractuele verhouding’, Asser/Houben 7-X 2015/191. Ten aanzien van dit type overeenkomsten nuanceert zij dit later voor zover het verplichtingen uit zogeheten technische codes betreft. Over deze codes bestaat discussie of dit algemeen verbindende voorschriften zijn. Het CBb lijkt van het eerste uit te gaan, doch lagere rechters vereisen eerst overname in de overeenkomst van deze gegevens. Voor deze technische codes geldt overigens – anders dan voor geharmoniseerde normen – dat zij geen alternatieve methodes toestaan. Asser/Houben 7-X 2019/191-193.

¹²⁴⁴ Giesen 2007, p. 71 onder verwijzing naar o.a. Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 109-110.

¹²⁴⁵ Valk in Valk & Schelhaas 2016, p. 80, die mede wijst op de invloed van globalisering en het internet.

¹²⁴⁶ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/181.

ook in het feit dat de lagere rechter niet is gebonden aan de traditionele regels van bewijsvoering.¹²⁴⁷

Willen geharmoniseerde normen gewoonterecht zijn, dan moet sprake zijn van een herhaling van feiten, ook wel omschreven als het in het verleden in overeenkomstige verhoudingen volgen van eenzelfde gedragslijn.¹²⁴⁸ Daarnaast moet de geharmoniseerde norm in de kring van de betrokkenen als bindend worden ervaren.¹²⁴⁹ Ten aanzien van het eerste vereiste zal van geval tot geval moeten worden gekeken welk gedrag tussen betrokkenen, bijvoorbeeld in een bepaalde branche, gebruikelijk is. Men zou zich kunnen voorstellen dat het in een bepaalde bedrijfstak gebruikelijk is dat producten overeenkomstig de toepasselijke geharmoniseerde normen zijn geproduceerd. In dat geval wijkt de gewoonte af van het wettelijke uitgangspunt dat ook op alternatieve wijze de conformiteit mag worden aangetoond.¹²⁵⁰ Ten aanzien van het tweede vereiste kan worden gewezen op de aanname dat geharmoniseerde normen door marktdeelnemers als feitelijk dwingend worden ervaren. Aldus moet de rol van de gewoonte waar het gaat om toepasselijkheid van geharmoniseerde normen niet worden onderschat. Tegelijkertijd worden aan de kwalificatie als gewoonte strikte eisen gesteld; de gewoonte dient telkens in het concrete geval te worden vastgesteld en te gelden tussen de bij het geschil betrokken partijen.¹²⁵¹ Hoewel uit de hierna te bespreken jurisprudentie blijkt dat normalisatienormen binnen sommige bedrijfstakken een grote invloed hebben, ontbreekt rechtspraak waarin (het volgen van) een normalisatienorm expliciet als gewoonte is benoemd. Uitzondering hierop vormt een arbitragezaak over aanneming van werk.¹²⁵² De arbiter bestempelt het naleven van NEN-normen als 'gewoonte in de bouwsector'.¹²⁵³ Hij noemt hiertoe twee relevante omstandigheden, namelijk de veelvuldige toepassing van de norm alsmede de representatieve totstandkoming van de NEN-norm, waardoor de norm een concretisering is van de wel overeengekomen eis van 'goed en deugdelijk werk'.¹²⁵⁴ De

¹²⁴⁷ Asser/Sieburgh 6-III 2018/383. Terecht wijst zij erop dat in de praktijk de rechter de bewijslast ten aanzien van het bestaan van de gewoonte toch op de schouders legt van degene die zich op de gewoonte beroept.

¹²⁴⁸ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/121, onder verwijzing naar Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 106, en *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 920.

¹²⁴⁹ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/121 onder verwijzing naar Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 107. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/382.

¹²⁵⁰ Hetgeen naar Nederlands recht aanvullende werking van gewoonte zou zijn, Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/119. Bij sterke gewoontes is het mogelijk dat deze zelfs prevaleren boven dwingend recht.

¹²⁵¹ Hoewel Giesen meent dat alternatieve regelgeving als gewoonterecht in wording kan worden gekwalificeerd (Giesen 2007, p. 71), bevatten normalisatienormen geen automatisch 'herhaaldelijk gevolgde gedragslijnen'. Voor kwalificatie als gewoonterecht dient mijns inziens een vertaalslag te worden gemaakt: bestaat er een bestendige gedragslijn met betrekking tot de normalisatienorm.

¹²⁵² RvA voor de Bouw 24 februari 2014, No. 34.501 (gebruik NEN-normen gewoonte in de bouwsector), *TBR* 2016/192, m.nt. E.M. Bruggeman.

¹²⁵³ Overweging 15.

¹²⁵⁴ Arbiter onder 13 en 14. Zie kritisch hierover Bruggeman in zijn noot, die meent dat de gewoonte de expliciet overeengekomen eis van goed en deugdelijk werk niet opzij kan zetten (onder 11). Dat laat wat mij betreft onverlet dat wat partijen hiermee hebben bedoeld mede kan worden gekleurd door de gewoonte. De

automatische kwalificatie van NEN-normen in de bouwsector als gewoonterecht lijkt mij wat kort door de bocht en zou bovendien maken dat nagenoeg alle NEN-normen onder het Bouwbesluit via de gewoonte automatisch alsnog bindend worden, terwijl de wetgever ook gelijkwaardige oplossingen toestaat. Voor aanwezigheid van een gewoonte is mijns inziens meer nodig.

Valk wijst er nog op dat in internationaal verband de rol van de gewoonte lijkt toe te nemen, mede als vehikel om *soft law* in internationale verhoudingen een plek te geven, doch dat deze trend kan worden verklaard door de eerder besproken beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid en aanvulling in Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels, waardoor de gewoonte daar volgens hem een ‘aantrekkelijk alternatief’ is.¹²⁵⁵

141 Aanvulling door de redelijkheid en billijkheid

Hoewel aanvulling door wet en gewoonte niet volledig zijn uitgesloten, lijkt de redelijkheid en billijkheid de meest voor de hand liggende route voor impliciete toepassing van producteisen, geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen bij contractuele normstelling.¹²⁵⁶ Dogmatisch is er een scheidslijn tussen de werking bij uitleg en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bij aanvulling moet volgens de parlementaire geschiedenis worden gekeken naar de objectieve maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waarbij moet worden gelet op aard, doel en strekking van de overeenkomst, de gerechtvaardigde belangen van partijen en het wettelijk stelsel.¹²⁵⁷ Nu uitleg en aanvulling zeer vervlochten kunnen zijn en de redelijkheid en billijkheid bij beide een rol vervullen,¹²⁵⁸ zal ik de betekenis van productnormen voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid voor beide toepassingen gezamenlijk bespreken.

drempel voor het vaststellen van een gewoonte is mijns inziens hoger dan zoals de arbiter het voorstelt. Vgl. het oordeel in RvA 7 december 2018, 36.222, overweging 29 waarin wordt geoordeeld dat B. als zorgvuldig handelend ingenieursbureau een zogeheten voornorm in acht had moeten nemen: *‘het is in de ingenieursbranche een vast gebruik om bij het bestaan van een dergelijke voornorm [namelijk een NVN-ENV-norm] die relevant is voor de opdracht, deze aan te houden, ook al is deze nog niet officieel van kracht.’*

¹²⁵⁵ Valk & Schelhaas 2016, p. 81.

¹²⁵⁶ Vgl. Houben die ten aanzien van aansluit-, transport- en energieleveringsovereenkomsten opmerkt dat doorwerking van publiekrechtelijke regels in contracten kan plaatsvinden *‘doordat een civiele rechter via de open norm van redelijkheid en billijkheid, in dit geval in aanvullende zin (art. 6:248 lid 1 BW), de publiekrechtelijke regels waaraan de netbeheerder of leverancier zich moet houden, ook van toepassing acht in de contractuele verhouding’*, Asser/Houben 7-X 2015/191. Zie later echter Asser/Houben 7-X 2019/191-193.

¹²⁵⁷ Zie ook Tjittes 2018, p. 409 onder verwijzing naar MvA II, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 66 en 67 en TM, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 920. In de literatuur is evenwel ook de hypothetische partijwil bepleit. Zie Tjittes p. 410 en aldaar genoemde bronnen. Wissink pleit bij contracten die strikt, dat wil zeggen aan de hand van meer objectieve factoren zoals de tekst, moeten worden uitgelegd, voor terughoudende aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid, Wissink 2011, p. 583.

¹²⁵⁸ Vgl. Valk in Valk & Schelhaas 2016, p. 82.

142 Invulling van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van Europese productnormen en daaraan gekoppelde verplichtingen

Wat zegt een Europese productnorm over de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. 6:248 lid 1 en 2 BW) als bron van ongeschreven recht?¹²⁵⁹ Bij de vaststelling van wat de redelijkheid en de billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn (art. 3:12 BW). Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Als zodanig moeten de redelijkheid en de billijkheid gezien worden als bron van gedragsnormen,¹²⁶⁰ of anders gezegd ‘een doorgeefluik van maatschappelijke normen’.¹²⁶¹

Zoals gezegd zijn er verschillende soorten productnormen. Producteisen vormen in combinatie met de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers duidelijk bindende gedragsnormen. Europese producteisen en de verplichtingen voor marktdeelnemers zijn een concretisering van de in Europa levende rechtsovertuigingen en het resultaat van een afweging van algemene belangen. Het ongeschreven recht in de context van art. 6:248 lid 1 en 2 BW ziet op de ongeschreven gedragsnormen tussen twee of meer partijen bij een overeenkomst. Geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) lijken als gezegd niet exclusieve, autonome gedragsnormen in te houden, maar veelal een technische methode. Zij lijken daardoor niet geschikt om zelfstandig een-op-een als gedragsnorm te fungeren. Er dient een vertaalslag te worden gemaakt. Op welke manieren kunnen productnormen – producteisen en geharmoniseerde normen – van betekenis zijn voor de gedragsnormen die de redelijkheid en billijkheid ingeven?

De wil of verwachting van partijen zal niet altijd gericht zijn op de toepasselijkheid van de producteis of geharmoniseerde norm zelf. De wil of verwachting is bijvoorbeeld gericht op het gebruik bij de overeenkomst van een veilig product, het betrachten van de zorg van een goed opdrachtnemer¹²⁶² of goed vakmanschap bij de uitvoering van de opdracht, of de eisen van goed en deugdelijk werk bij aanneming van werk¹²⁶³ en zal veelal

¹²⁵⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/394.

¹²⁶⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/397 en Bakker 2012, p. 9 e.v. Over de rol van de redelijkheid en billijkheid bestaat uitvoerig academisch debat, doch ik sluit me op dit punt aan bij Bakker, Hartkamp & Sieburgh. Zie voor een helder overzicht eveneens Bakker voornoemd.

¹²⁶¹ Reurich 2005, p. 174 bij de bespreking van de receptiefunctie als geïdentificeerd door Teubner 1971, p. 60-61. Daarnaast noemde Teubner de transformatie- en de delegatiefunctie van open normen (p. 99 e.v.).

¹²⁶² De zorg van een goed opdrachtgever is de geschreven norm uit art. 7:401 BW die als *lex specialis* geldt van de redelijkheid en billijkheid in combinatie met de norm van zorgvuldig schuldenaar art. 6:27 BW. Deze norm wordt voor beroepsbeoefenaren geformuleerd als de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93. De zorg van een goed opdrachtnemer kan uit diverse concrete verplichtingen, verbintenissen of werkzaamheden bestaan waarvoor wettelijke eisen of normalisatienormen van belang kunnen zijn.

¹²⁶³ Als ongeschreven concretisering van de eisen die aan het werk ex art. 7:750 BW kunnen worden gesteld, Asser/Van den Berg 7-VI 2017/85. Vgl. Bruggeman onder 3 bij RvA voor de Bouw 24 februari 2014, No. 34.501

op dergelijke gedragsnormen zien. Denk ook aan de norm van redelijk handelend en bekwaam beroepsbeoefenaar als nadere concretisering van de zorg van een goed opdrachtnemer voor beroepsbeoefenaren ex art. 7:401 BW.¹²⁶⁴ Voor zover de subjectieve wil of het vertrouwen daar niet op is gericht, kunnen de algemene rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij een gegeven geval betrokken zijn (art. 6:2 jo. 3:12 BW), maken dat zulke ongeschreven gedragsnormen – via uitleg dan wel aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid – in de overeenkomst liggen besloten.¹²⁶⁵ Aan deze gedragsnormen zijn partijen via het ongeschreven recht direct gebonden. Productnormen (maar ook andere normalisatienormen) kunnen voor de invulling van deze ongeschreven gedragsnormen van betekenis zijn.¹²⁶⁶

Op dit punt vervaagt het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele zorgplichten,¹²⁶⁷ nu wat men redelijkerwijs van elkaar mag verwachten niet alleen wordt gekleurd door de concrete verklaringen en gedragingen over en weer, maar ook door hetgeen we in het maatschappelijk verkeer in het algemeen van bepaalde private partijen of ten aanzien van bepaalde verbintenissen redelijkerwijs mogen verwachten.¹²⁶⁸ Voorts is van belang dat bij invulling van de redelijkheid en billijkheid ook omstandigheden kunnen worden meegewogen die zich ná de totstandkoming van de overeenkomst hebben voorgedaan (denk bijvoorbeeld aan voortschrijdend inzicht waardoor een productnorm niet meer actueel blijkt).¹²⁶⁹

In Duitsland wordt aangenomen dat productnormen en andere normalisatienormen veelal de *anerkannte Regeln der Technik* weergeven (nr. 212). Het zijn de *anerkannte Regeln der Technik* die de privaatrechtelijke gedragsnormen in Duitsland nader invullen. Een normalisatienorm kan bij invulling van gedragsnormen in Duitsland slechts behulpzaam zijn indien en voor zover hij *anerkannte Regeln der Technik* weergeeft. Sommige private partijen worden geacht altijd de *anerkannte Regeln der Technik* in acht te

(gebruik NEN-normen gewoonte in de bouwsector), *TBR* 2016/192, m.nt. E.M. Bruggeman, hoewel in dat geval de eis van goed en deugdelijk werk wel expliciet was overeengekomen.

¹²⁶⁴ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/87 die ingaat op de invloed van zelfregulering op deze maatstaf. Hij maakt overigens geen onderscheid het soort zelfreguleringsinstrument (zoals gedragscodes of normalisatienormen).

¹²⁶⁵ Vgl. Giesen 2007, p. 99 die erop wijst dat maatschappelijke inzichten die in alternatieve regulering liggen besloten via art. 3:12 BW kunnen doorwerken.

¹²⁶⁶ Het is mijns inziens niet de rechter die binding bewerkstelligt, conform het schema van Vranken (hoofdstuk 4). Private rechtssubjecten zijn immers altijd gebonden aan het ongeschreven recht.

¹²⁶⁷ Zie in het algemeen over deze tendens o.a. Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/124, Jansen 2012, p. 2, Tjong Tjin Tai 2006, p. 100 en Van Laarhoven 2006, p. 9.

¹²⁶⁸ Vgl. Giesen 2007, p. 62 die spreekt over ‘de normatieve verwachting die bij betrokkenen bestaat ten aanzien van bepaald gedrag’ maar dan in het kader van gewoonterecht en de invulling van art. 3:12 BW. Alsmede p. 69 waarin hij opmerkt dat ‘open normen een nadere invulling verdienen en er geen reden is dat bij de ene soort principieel anders te doen dan bij de andere’. Voor zover hij daarbij doelt op de maatschappelijke betamelijkheid en de redelijkheid en billijkheid kan ik hem daarin volgen, zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27. De verkeersopvatting is wat mij betreft alleen geen gedragsnorm maar een beslisregel, zie ook Memelink 2009, p. 298.

¹²⁶⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/366 en 421, zoals ook aangehaald door Jansen 2012, p. 256, alsmede Valk & Schelhaas 2016, p. 26-28.

nemen. Van andere private partijen wordt echter meer dan alleen inachtneming van de *anerkannte Regeln der Technik* verwacht. Een dergelijk ingeburgerd begrip dat behulpzaam is voor het koppelen van de technische inhoud en het informatieniveau van een norm aan de kennis en daarmee het gedrag van een persoon, kennen wij in Nederland echter niet. Hooguit wordt wel eens opgemerkt dat normen van zelfregulering de *state of the art* kunnen of dienen weer te geven,¹²⁷⁰ maar wat onder de *state of the art* wordt verstaan en wie die in acht moeten nemen is onduidelijk. Onder het buitencontractuele deel zal het Duitse kader nader worden uitgewerkt (nr. 212).

Zijn er omstandigheden die maken dat naar Nederlands recht aan een geharmoniseerde norm (of andere normalisatienorm) een meer of minder grote informatieve rol toekomt in een bijzonder geval, ter invulling van de redelijkheid en billijkheid? De hoedanigheid van partijen en hun deskundigheid (en dan met name ten aanzien van hun technische kennis, en niet zozeer hun rechtskennis) zijn uiteraard voor de hand liggende, belangrijke omstandigheden, niet alleen voor uitleg van overeenkomsten in algemene zin,¹²⁷¹ maar juist ook in relatie tot de inhoud van een normalisatienorm en haar betekenis voor de inhoud van de overeenkomst. Van sommige partijen mag bijvoorbeeld concrete kennis van de inhoud van een normalisatienorm worden verwacht of technische kennis van een niveau dat vergelijkbaar is met dat wat verdisconteerd is in de normalisatienorm. Van belang is verder dat de rechter zich voor vaststelling van dergelijke feiten en omstandigheden door partijen moet laten voorlichten en dat hij daarbij de grenzen van de rechtsstrijd in acht moet nemen (art. 24 Rv, nr. 129 en 172).¹²⁷² Tjong Tjin Tai acht voor de gelding van de regel mede de bron en de aard van de regel van belang. Wil een zelfreguleringsnorm leiden tot een afdwingbare verbintenis bij een overeenkomst van opdracht, dan is het volgens hem noodzakelijk dat de regel strekt tot bescherming van het belang van de concrete opdrachtgever (vgl. de eis van relativiteit bij onrechtmatige daad).¹²⁷³

Mijns inziens kan een productnorm doorwerken in de open norm van de redelijkheid en billijkheid en wel op twee manieren. Ten eerste kan een productnorm in Nederland via de redelijkheid en billijkheid worden gebruikt ter invulling van een concrete ongeschreven gedragsnorm voor een bepaalde persoon, zoals die van een 'redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar'.¹²⁷⁴ Een wederpartij mag onder omstandigheden bijvoorbeeld redelijkerwijs verwachten dat een concrete persoon goed vakmanschap betracht en daarbij de voor hem toepasselijke wetgeving, de daaronder hangende geharmoniseerde normen en bepaalde ingeburgerde

¹²⁷⁰ Zie bijvoorbeeld *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/87. Eerder *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/84.

¹²⁷¹ Vgl. de bekende gezichtspunten uit HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*): de maatschappelijke kringen waar partijen toe behoren, alsmede de rechtskennis die van partijen mag worden verwacht.

¹²⁷² Vgl. in algemene zin, *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/99.

¹²⁷³ *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/87.

¹²⁷⁴ Vgl. *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/87, afgezien van de door hem benoemde relativiteitseis omdat alleen de relativiteit van de ongeschreven gedragsnorm dient vast te staan voor aansprakelijkheid.

normalisatienormen in acht neemt. Ook indien een expliciete verwijzing in een overeenkomst naar die normen ontbreekt, noem ik dit directe toepassing, omdat de productnorm dan direct correspondeert met een ongeschreven gedragsnorm voor een bepaalde normadressaat. Deze vorm zien we terug in de feitenrechtspraak (§ 6.2.3). Met sommige ongeschreven gedragsnormen correspondeert een geschreven plicht zoals de verplichtingen voor marktdeelnemers genoemd in hoofdstuk 2, die in samenhang met productnormen die ongeschreven plichten nader kunnen concretiseren. In dat geval worden de productnormen gelaagd gebruikt. Strekt die geschreven plicht ook daadwerkelijk tot bescherming van de contractuele wederpartij, dan komt aan die plicht bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid extra gewicht toe, aangezien de redelijkheid en billijkheid mede vorm krijgen door Europese beginselen als doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming (hoofdstuk 3).

Naast het gebruik van productnormen bij het bepalen van het handelen dat mag worden verwacht *van een concreet persoon*, zouden productnormen een tweede rol ter invulling van de redelijkheid en billijkheid kunnen vervullen. De productnorm wordt dan *niet direct gekoppeld aan een persoon*, maar gekoppeld aan een objectief beschikbaar kennis- of veiligheidsniveau ten aanzien van de eigenschappen van een product waarvoor een partij moet instaan. In dat laatste geval is een productnorm meer een algemene meetlat, ijkpunt of referentiekader (indirecte toepassing).¹²⁷⁵ De vraag is of een dergelijke toepassing resulteert in 'binding' van een partij aan (alternatieve) regulering via de invulling van open normen zoals Giesen die voorstaat (hoofdstuk 4). Deze toepassing voert niet de boventoon in de rechtspraak (§ 6.2.3) maar zien we wel in de rechtspraak over conformiteit bij koop ter bepaling van normaal gebruik (§ 6.3.3) en in buitencontractuele verhoudingen (hoofdstuk 7).

Een omstandigheid die de betekenis van productnormen voor contractuele normstelling kan doen toenemen, is het feit dat het product in de EU of EER *in de handel is gebracht* (hoofdstuk 2). Is het product in de EU of EER in de handel gebracht, dan is het Europese productenrecht materieel op het product van toepassing, hetgeen het vertrouwen van een contractuele wederpartij kan rechtvaardigen dat het product daadwerkelijk voldoet aan Europese producteisen. Voorts rechtvaardigt deze omstandigheid al snel een indirecte betekenis van productnormen via de redelijkheid en billijkheid. Voor de beantwoording van de vraag of het product dat online wordt aangeboden in de handel is gebracht, wordt door de Europese Commissie en door de EU-wetgever onder de nieuwe Markttoezichtverordening aangesloten bij de omstandigheden die relevant zijn in het IPR en de Richtlijn E-commerce (nr. 34). Onder die instrumenten moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden bepaald of het verkoopaanbod op eindgebruikers in de Unie

¹²⁷⁵ Vgl. Dommering-Van Rongen die een vergelijkbaar gebruik voorstaat ten aanzien van overheidsingrijpen als (niet doorslaggevende) graadmeter voor wat qua kennisniveau van een producent mag worden verwacht, Dommering-van Rongen 2000, p. 67.

is gericht. Een verkoopaanbod moet als aan eindgebruikers in de Unie gericht worden beschouwd indien de betrokken marktdeelnemer zijn activiteiten op enigerlei wijze richt op een lidstaat. Relevante indicatoren in dat verband zijn de geografische gebieden waaraan kan worden geleverd, de beschikbare talen voor het aanbod of de bestelling, of de betaalmogelijkheden. Het loutere feit dat de website van de marktdeelnemers of de intermediairs toegankelijk is in de lidstaat waar de eindgebruiker gevestigd is of zijn woonplaats heeft, volstaat echter niet.¹²⁷⁶ Producten die worden aangeboden via een platform als Bol.com¹²⁷⁷ zullen al snel in de EU in de handel zijn gebracht. Het betreft immers een Nederlands online platform dat overduidelijk gericht is op de Nederlandstalige markt gezien de taal van de website, de leverings- en de betaalmogelijkheden. Ook internationale platforms kunnen zich in voornoemde zin richten op de Europese markt.¹²⁷⁸ Let wel: wordt via een online platform van een derde gekocht en is dat voldoende duidelijk voor de koper,¹²⁷⁹ dan handelt het online platform als tussenpersoon, komt geen koopovereenkomst met het platform tot stand en valt het platform er contractueel tussenuit. In dat geval resteert eventueel nog de route van onrechtmatige daad.

De Hoge Raad heeft overigens ten aanzien van een heel ander soort alternatief instrument, de Erecode Franchise, uitgemaakt dat de in deze Europese Erecode neergelegde afspraken niet zonder meer kunnen worden aangemerkt als ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ als bedoeld in art. 3:12 BW.¹²⁸⁰ De inhoud van de code week af van de bestendige uitleg van het ongeschreven recht door de Hoge Raad over het verstrekken van omzetprognoses bij het aangaan van franchiseovereenkomsten. Hoewel dit arrest een volstrekt ander type alternatieve regulering betrof dan geharmoniseerde normen, vormt het een mooie illustratie dat altijd een vertaalslag moet worden gemaakt van de geschreven, alternatieve normen naar het ongeschreven recht. Voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van alternatieve normen is telkens de vraag relevant in hoeverre die geschreven normen de gedragsnormen weergeven die zijn ingegeven door algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Kan die vertaalslag niet een-op-een

¹²⁷⁶ Zie nr. 34 voornoemd en o.a. overweging 15 van de considerans bij Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

¹²⁷⁷ www.bol.com.

¹²⁷⁸ Voor het merkenrecht en een beroep op de evt. vrijstelling onder de Richtlijn E-Commerce, HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oreal/Ebay*), zie Blue Guide 2016, paragraaf 2.3 onder noot 61. Later ook Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017, C 250/01), mede onder verwijzing naar voornoemd arrest, alsmede naar HvJ EU 7 december 2010, C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08)*, *Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller (C-144/09)*) over de bijzondere bevoegdheidsregels onder de oude EEX-verordening, thans vervangen door EEX Vo-II.

¹²⁷⁹ Soms staat dit in kleine lettertjes op de website vermeld waardoor een koper zich er lang niet altijd van bewust is dat hij van een derde koopt.

¹²⁸⁰ HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, NJ 2018/398 (*Eiseres/Albert Heijn, Erecode franchise*).

worden gemaakt, dan rijst de vraag of, en zo ja op welke andere wijze, de alternatieve normen voor invulling van de ongeschreven normen informatief kunnen zijn.

143 Drie bijzondere hybride rechtvaardigingen voor ‘binding’

Als gezegd onder nr. 133 en 142 vervagen de grenzen tussen buitencontractuele en contractuele (zorg)plichten daar waar de objectieve redelijkheid en billijkheid een prominenter rol speelt. Om deze reden behandel ik onder de noemer ‘hybride’ hier twee door Giesen genoemde bijzondere vormen van ‘binding’ die zowel bij contractuele als buitencontractuele normstelling kunnen maken dat niet-bindende alternatieve normen voor een bepaalde actor toch direct van toepassing kunnen zijn, namelijk binding via lidmaatschap van een organisatie of branchevereniging en via een eenzijdige verklaring. Hij onderscheidt deze vormen van ‘binding’ van binding via de overeenkomst en noemt ze andere vormen van consensus (of zelfbinding). Het zijn bijzondere of alternatieve rechtvaardigingen voor het toekennen van privaatrechtelijke rechtskracht aan alternatieve normen.¹²⁸¹ Hoewel geharmoniseerde normen ook los van deze vormen van binding reeds recht zijn (hoofdstuk 4), zijn deze omstandigheden mijns inziens nog steeds relevant voor het vertalen van geharmoniseerde normen naar ongeschreven gedragsnormen tussen partijen in zowel buitencontractuele als contractuele verhoudingen ter “reparatie” van het gebrek aan *de jure* binding. Ze maken dat de betekenis van geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling sterker en directer wordt. Een van deze vormen – binding via lidmaatschap van een organisatie – is sinds kort door de Hoge Raad geaccepteerd als route voor directe toepassing van NEN-normen ter invulling van de maatschappelijke betamelijkheid (nr. 145). Deze rechtvaardigingen worden door mij aangevuld met een rechtvaardiging die in de praktijk veel terugkomt in de feitenrechtspraak, namelijk consensus in rechte.

De ratio van iedere rechtvaardiging voor binding blijft overigens relevant om te bepalen in welk geval de binding opgaat. Ligt de rechtvaardiging in het vertrouwen dat de actor bij de maatschappij als geheel wekt of in de vrije wilsvorming van degene die zichzelf bindt? Ligt de rechtvaardiging in het eerste, dan is relevant in hoeverre een verklaring voor de maatschappij als geheel kenbaar was. Indien met name het laatste de rechtvaardiging vormt, dient men met deze vormen van binding wellicht behoedzaam om te gaan bij geharmoniseerde normen, omdat vanwege de *facto* binding (nr. 101) niet altijd zeker is dat de keuze voor de norm het gevolg is van volledig vrije wilsvorming.¹²⁸²

¹²⁸¹ Giesen 2007, p. 65. Vgl. Beckers 2015, p. 146 en 147, die de doorwerking van eenzijdige verklaringen ten aanzien van CSR-codes heeft onderzocht naar Engels en Duits recht en die tot de conclusie komt dat de doorwerking van codes buiten een wederkerige overeenkomst zeer beperkt is.

¹²⁸² Vgl. ook Giesen 2007, p. 63 in de kleine tekst.

144 Hybride: lidmaatschap van een organisatie of vereniging

Volgens Giesen kan binding van leden van een vereniging aan alternatieve normen ontstaan via het verenigingsrecht, doordat de leden de statuten en reglementen van een vereniging dienen na te leven.¹²⁸³ Uit de rechtspraak over gedragscodes, blijkt dat 'consensus' binnen een organisatie 'binding' kan bewerkstelligen. De consensus tussen bijvoorbeeld artsen en een ziekenhuis over een ziekenhuisprotocol kan maken dat er een rechtvaardiging is voor het toekennen van betekenis aan de daarin vervatte normen bij de vaststelling van de privaatrechtelijke gedragsnorm in verhouding tot een 'derde' (de patiënt), waardoor deze aan zo'n protocol rechten kan ontlelen.¹²⁸⁴ Ook kan een branchevereniging voorschrijven dat haar leden bepaalde normalisatienormen in acht moeten nemen, waarna de leden daaraan gebonden kunnen zijn en derden daar rechten aan kunnen ontlelen. Deze vorm van binding is in een recent arrest van de Hoge Raad geaccepteerd voor een NEN-meetinstructie die door de NVM dwingend aan haar makelaars is voorgeschreven.¹²⁸⁵ Het hof had in die zaak geoordeeld dat schending van die instructie door een NVM-makelaar van verkoper jegens kopers direct, dat wil zeggen een-op-een, resulteerde in schending van de maatschappelijke betamelijkheid. A-G Valk betoogde dat die betekenis afhankelijk is van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper in kwestie in het licht van de overige omstandigheden van het geval, waarbij het verplicht stellen van de meetinstructie door NVM gewicht in de schaal legt, doch als omstandigheid niet doorslaggevend is. Hij werd door de Hoge Raad niet gevolgd; de Hoge Raad neemt de meetinstructie tot *uitgangspunt* behoudens door de makelaar te stellen en te bewijzen aan het vertrouwen afbreuk doende feiten en omstandigheden.¹²⁸⁶ Mij zijn geen gevallen bekend waarin brancheorganisaties geharmoniseerde normen uit het productveiligheidsrecht verplicht voorschrijven, maar mocht het voorkomen, dan kan langs die route op vergelijkbare wijze binding ontstaan. Het hof had vastgesteld dat de NVM het toepassen van de meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht heeft gesteld, omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld conform de NEN-norm niet

¹²⁸³ Giesen 2007, p. 65.

¹²⁸⁴ Giesen 2007, p. 65 en noot 73 met verwijzing naar HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*), r.o. 3.3.3: '*Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van het protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen de Stichting M. en de aan de Stichting M. verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, is in cassatie niet bestreden. Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan 'vergeten' en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft het Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.*'

¹²⁸⁵ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*NVM, Meetinstructie*).

¹²⁸⁶ Zie overweging 2.25 van zijn conclusie.

de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft. De Hoge Raad acht dat oordeel, mede in het licht van eerdere oordelen van de beroepsorganisatie, niet onbegrijpelijk, waaruit hij afleidt dat de meetinstructie strekt tot de bescherming van de belangen van de aspirant-kopers.¹²⁸⁷ Niet valt uit te sluiten dat ook andere verklaringen die strekken tot de bescherming van de belangen van derden onder omstandigheden als voldoende rechtvaardiging voor directe invulling van de betamelijkheid kunnen worden gezien, ook indien die los van enig lidmaatschap van een branchevereniging of -organisatie zijn gedaan (nr. 145). Wat nu als een fabrikant lid is geweest van een normcommissie die betrokken is geweest bij normalisatie? Kan door dat lidmaatschap binding ontstaan? Aangezien de normcommissie de norm niet dwingend voorschrijft – ook niet aan haar leden – lijkt dat niet het geval. Door deelname zou de fabrikant wel bijzondere kennis over de inhoud van de norm kunnen hebben, hetgeen relevant kan zijn voor de toerekenbaarheid van een tekortkoming die verband houdt met normalisatienormen (zie hierna nr. 166 e.v.).¹²⁸⁸

145 Hybride: eenzijdige verklaring, de CE-markering en de DoC

Indien een fabrikant of andere marktdeelnemer via een verpakking, advertenties of andere publieke uitingen (websites en dergelijke) verklaart dat hij voldoet aan een zekere productnorm, dan zou hij daar eveneens aan gebonden kunnen zijn. Deze binding kan plaatsvinden doordat de wederpartij bij het aangaan van een overeenkomst in de gegeven omstandigheden erop mag vertrouwen dat een productnorm van toepassing is, waardoor er contractuele binding ontstaat. Los van subjectief vertrouwen zou er volgens Giesen ook door de enkele instemming binding kunnen zijn.¹²⁸⁹ Een concreet voorbeeld wordt door hem niet aangehaald. Deze vorm van binding is te vergelijken met de binding die ontstaat op grond van art. 7:17 lid 2 en 7:18 lid 1 BW bij (consumenten)koop (nr. 161). Deze vorm van binding keert niet terug in de rechtspraak over normalisatienormen, maar zou kunnen worden geconstrueerd via het ongeschreven recht. Indien deze vorm van binding door de Hoge Raad zou worden geaccepteerd, dan kan deze voor het productveiligheidsrecht van grote betekenis zijn, vanwege de CE-markering en de verklaring van overeenstemming (*DoC*).

Is een CE-markering op het product verplicht, dan verklaart de fabrikant met de aanwezigheid ervan dat het product voldoet aan Europese producteisen (nr. 49). De CE-markering vormt een soort productspecificatie,

¹²⁸⁷ R.O. 3.4.4.

¹²⁸⁸ Vgl. Dommering-van Rongen 2000, p. 68 onder verwijzing naar Duitse rechtspraak over productaansprakelijkheid, o.a. BGH 27.09.1994, *VersR* 1994/1034 (*Beademingsapparatuur*), waarbij overigens moet worden aangetekend dat subjectieve wetenschap in deze zin voor gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid niet aanwezig hoeft te zijn. Slechts bij schuld aansprakelijkheid zou dat een rol kunnen spelen. Voor die gevallen is van belang dat niet alle kennis van functionarissen c.q. werknemers zomaar aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, zie het uitgebreide werk van Katan 2018, p. 101 e.v. Toerekening van kennis vindt plaats aan de hand van de verkeersopvatting, HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*).

¹²⁸⁹ Giesen 2007, p. 62 en i.h.b. 65.

doch geen garantie.¹²⁹⁰ Volgende schakels kunnen en mogen in beginsel *indien zij het product voor het aangaan van de overeenkomst hebben bekeken* (bijvoorbeeld in een winkel, via gedetailleerde foto's online of door het ontvangen van een sample)¹²⁹¹ op deze verklaring vertrouwen. Voor zover subjectief vertrouwen niet aanwezig is of niet kan worden afgeleid uit de feiten, kan de CE-markering maken dat producteisen van toepassing zijn uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid, zelfs indien uit de overige feiten niet kan worden vastgesteld dat de producten in de handel zullen worden gebracht op de Europese markt (vgl. de gelijkstellingsregel ex art. 7:18 lid 1 BW bij consumentenkoop (nr. 161)). Geharmoniseerde normen zijn in dat geval gelaagd van toepassing: schending ervan kan bewijs vormen voor een tekortkoming behoudens contra-indicaties, bijvoorbeeld indien een fabrikant op andere – wellicht misschien wel betere – wijze de publiekrechtelijke conformiteit heeft gewaarborgd of indien de geharmoniseerde norm onjuist is.

De aanwezigheid van een CE-markering kwijt volgende schakels echter niet volledig van een eventuele privaatrechtelijke onderzoeksplicht naar de eigenschappen van het product, bijvoorbeeld ook in relatie tot art. 6:89 BW. Met een aanwezige CE-markering staat nog niet vast dat het product daadwerkelijk aan de producteisen voldoet nu het geen goedkeuringsstempel is. Eerder is gebleken dat de importeur onder het bijzondere productveiligheidsrecht en de distributeur onder zowel de RAPV als onder het bijzondere productveiligheidsrecht in beginsel niet zelf de conformiteit aan producteisen en geharmoniseerde normen via tests hoeven te onderzoeken (§ 2.4.4.1). Zoals hierna in het hoofdstuk over buitencontractuele normstelling (nr. 238) zal blijken, kan zowel in publiekrechtelijke als privaatrechtelijke zin van importeurs en distributeurs niet dezelfde kennis van het product worden verwacht als van de producent. De importeur dient echter wel te controleren of de *DoC* aanwezig is. Krijgt hij deze niet verstrekt, dan kan dit een aanwijzing zijn er meer mis is. De distributeur is tot nog minder zorg en onderzoek gehouden. Andere omstandigheden kunnen echter aanleiding vormen voor een distributeur om aan de naleving van productnormen en de juistheid van de markering te twijfelen. Indien het product bijvoorbeeld zichtbare andere gebreken vertoont, een dubieuze herkomst heeft of indien een gebruiksaanwijzing ontbreekt, kan hij tot meer onderzoek gehouden zijn.

Brengt een importeur of distributeur een product met CE-markering op de markt dan zal een volgende schakel of de eindgebruiker van het product op vergelijkbare wijze op de CE-markering mogen vertrouwen.

Uit de *DoC* (nr. 48) van de fabrikant blijkt welke geharmoniseerde normen door de fabrikant zijn gevolgd. Geharmoniseerde normen kunnen impliciet en direct van toepassing zijn indien ze bijvoorbeeld op de specificaties van het product, op de verpakking of expliciet op een *DoC* staan vermeld. Ook hier geldt dat subjectief vertrouwen bij de wederpartij slechts aanwezig kan zijn

¹²⁹⁰ Vgl. voor Duitsland *Klindt/ProdSG* (2015), § 4, Rn. 41 en 42.

¹²⁹¹ In het laatste geval is art. 7:17 lid 4 BW van toepassing.

indien deze informatie voor hem toegankelijk is geweest en is bekeken. Bij meeleveren van de *DoC* in de doos, indien dit is voorgeschreven, zal de wederpartij hiervan veelal pas kennisnemen nadat het product is geleverd, in welk geval er geen gerechtvaardigd vertrouwen kan zijn (ex art. 3:35 BW) omdat de koper de mededeling ten tijde van het sluiten van de overeenkomst kende, noch behoorde te kennen en/of de overeenkomst niet door de mededeling kan zijn beïnvloed (vgl. de uitzonderingen in art. 7:18 lid 1 BW). Zou de plicht tot publicatie op internet van de *DoC* toch nog worden ingevoerd (hetgeen vooralsnog van de baan lijkt te zijn, nr. 48), dan kan dat eerder leiden tot impliciete toepasselijkheid doordat de wederpartij voor het aangaan van de koop heeft kunnen kijken op de website van de fabrikant en op basis van die informatie er wellicht op heeft vertrouwd dat het gekochte product voldoet aan de geharmoniseerde norm (ex art. 3:35 BW).

De vraag is alleen of ook los van subjectief vertrouwen bij de derde, de volgende schakels via het ongeschreven recht aan de verklaring van de fabrikant in de *DoC* kunnen worden gebonden, terwijl van hen in beginsel minder kennis van het product mag worden verwacht (zie nr. 237 en 238). De *DoC* hoeft bovendien niet onder alle instrumenten verplicht te worden meegeleverd. In dit geval zal moeten worden gezocht naar een achterliggende rechtvaardiging voor eventuele binding van volgende schakels aan deze verklaringen van de fabrikant in daarna door hen gesloten overeenkomsten. Mijns inziens zijn in beginsel ook volgende schakels op deze wijze aan de CE-markering gebonden. Ook zijn zij mijns inziens aan de *DoC* gebonden indien de plicht voor de fabrikant om de *DoC* openbaar te maken via internet daadwerkelijk zou worden ingevoerd (nr. 48). Een rechtvaardiging voor deze vorm van binding bij een aanwezige CE-markering of een gepubliceerde *DoC* kan worden gevonden in een analogie met de rechtvaardigingen voor de gelijkstellingsregel uit art. 7:18 lid 1 BW bij consumentenkoop, namelijk dat de geobjectiveerde verwachtingen (art. 3:12 BW jo. 6:2 jo. 6:248 lid 1 BW) niet alleen worden beïnvloed door de mededelingen van de directe contractspartij, maar ook door die van voorschakels.¹²⁹² Daarnaast is relevant:

- a) het profijtbeginsel, nu volgende schakels in de keten mede baat en een commercieel belang hebben bij deze verklaringen (niet alleen voor de desbetreffende transactie, maar denk ook aan marktaandeel en reputatie);¹²⁹³
- b) dat volgende schakels in beginsel de keuze hebben om deze verklaringen te controleren alvorens zij het product verder verhandelen (doen zij dit niet, dan aanvaarden zij het risico dat deze mogelijk onjuist zijn);

¹²⁹² Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/495: 'Achterliggende gedachte van het artikel is dat het verwachtings- en beslissingspatroon van een koper niet alleen beïnvloed wordt door datgene wat de verkoper hem meldt, maar evenzeer door reclamemededelingen van producent of importeur, terwijl de uiteindelijke verkoper daarvan meeprofiteert. Zie TC, Parl. Gesch. Boek 7 1990, p. 129–130, alwaar tevens wordt aangetekend dat de verkoper niet met een onaanvaardbaar risico wordt belast: enerzijds kent het slot van het artikel uitzonderingen, anderzijds zal de aansprakelijk geworden verkoper zich via een beroep op art. 7:25 BW op zijn voorman of op de producent kunnen verhalen.'

¹²⁹³ Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/495 onder verwijzing naar TC, Parl. Gesch. Boek 7 1990, p. 129–130.

- c) dat deze verklaringen veelal zien op veiligheidsnormen ter voorkoming van schade (lees: een bijzonder maatschappelijk belang), en;
- d) dat de aansprakelijkheid voor eventuele gevolgschade contractueel kan worden beperkt.

Wordt online publicatie van de *DoC* niet verplicht, dan is het de vraag in hoeverre een volgende schakel bekend mag worden geacht met de inhoud ervan. Binding in dat soort gevallen zou neerkomen op een verstrekende ongeschreven onderzoeksplicht voor volgende schakels die niet overeenkomt met het geschreven recht en die mijns inziens niet anderszins kan worden gerechtvaardigd (vgl. ook § 7.3.2.4).

Indien het volgen van een onjuiste geharmoniseerde norm het product juist gevaarlijk maakt – hetgeen hoogst uitzonderlijk zal zijn - dan zou deze omstandigheid kunnen worden meegewogen bij de toerekenbaarheid van een eventuele tekortkoming (vgl. nr. 178). Bij andere normalisatienormen zal binding via deze weg veelal niet kunnen worden geconstrueerd, omdat daarvoor geen vergelijkbare verklaringen zijn voorgeschreven.

Ten slotte is voorstelbaar dat de online platforms die de *product safety pledge* of een ander convenant (nr. 65) hebben ondertekend door zelfbinding direct aan deze zelfreguleringsafspraken zijn gebonden, waardoor derden aan deze toezeggingen privaatrechtelijke rechten kunnen ontlelen. De disclaimer die onder aan de *pledge* staat opgenomen, lijkt daaraan niet in de weg te staan.¹²⁹⁴ Deze plichten kunnen voorts indirect de ongeschreven zorgplichten van andere online platforms kleuren. Een deel van deze maatregelen vormt namelijk de *state of the art* van wat op technologisch vlak qua informatievergaring en verstrekking door online platforms in algemene zin mogelijk is.¹²⁹⁵

¹²⁹⁴ Onderaan de *pledge* staat: ‘*This voluntary commitment is not legally binding and does not now nor in the future create any contractual or precontractual obligations under any law or legal system. Nothing in this voluntary commitment shall be construed as creating any liability, rights, waiver of any rights or obligations for any parties or as releasing any parties from their legal obligations. This voluntary commitment shall not be construed in any way as replacing, extending or interpreting the existing legal framework. This voluntary commitment is not to be used as, or form part of, evidence in any legal proceedings.*’ Vgl. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (NVM, *Meetinstructie*), r.o. 3.4.6 over de betekenis van de NEN-meetinstructies waaraan NVM-makelaars zichzelf middels hun vereniging hebben gebonden (zie nr. 145). De enkele vermelding dat aan een verkoopbrochure, waarin maten staan vermeld die met inachtneming van die instructie zijn vastgesteld, geen rechten kunnen worden ontleend, is volgens de HR niet specifiek genoeg om afbreuk te doen aan het vertrouwen dat aspirant-kopers aan het verplichte karakter van de instructie mogen ontlelen. Aspirant-kopers op online marktplaatsen mogen er mijns inziens op gelijke wijze op vertrouwen dat eBay, Amazon, Alibaba en Rakuten France de productveiligheidstoezeggingen uit de *pledge* zullen nakomen. Hetzelfde geldt voor de verplichtingen uit de door marktplaats en bol.com gesloten convenanten met de NVWA.

¹²⁹⁵ Vgl. Castermans 2008, p. 20 die in navolging van Van Dam betoogt dat de maatregelen die andere multinationals ter bescherming van mensenrechten nemen effect kunnen hebben op de ondergrens van wat van ondernemingen in het algemeen kan worden gevergd. Overigens is de vraag of in de context van productveiligheidsrecht kleine webshops met een zeer beperkt personeelsbestand ook gehouden kunnen zijn om binnen vijf werkdagen klanten te informeren.

146 Hybride: consensus in rechte via het partijdebat

Onder consensus schaar ik graag mede de situatie waarin in rechte overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van een productnorm of door een partij uitdrukkelijk een beroep wordt gedaan op een productnorm en de toepasselijkheid ervan niet wordt betwist. Zelfs indien niets is gesteld over een eerdere partijafpraak of overeenkomst waaruit toepassing van een productnorm zou moeten blijken, kunnen partijen in rechte uitgaan van de toepasselijkheid van een productnorm, waardoor het partijdebat beperkt is (partijen focussen bijvoorbeeld in rechte alleen op de vraag of aan de normalisatienorm is voldaan). Los van het kwalificeren van een normalisatienorm als recht of als feitelijke omstandigheid (hoofdstuk 4) zal een rechter over het algemeen de normalisatienorm in dat geval toepassen.¹²⁹⁶ Het omgekeerde is ook voorstelbaar: daar waar in rechte tussen partijen discussie is geweest over de toepasselijkheid van een normalisatienorm, zal de rechter wellicht zijn handen niet willen branden aan een oordeel over de status van die norm, en zal hij de zaak mogelijk willen afdoen op grond van de overige omstandigheden van het geval. Zoals we hierna zullen zien, komt binding via het partijdebat regelmatig voor in de praktijk.

147 Vreemde eend: de overeenkomst met de gemachtigde onder de nieuwe Verordeningen voor Medische Hulpmiddelen

De nieuwe aansprakelijkheid van de gemachtigde zoals die is opgenomen in de verordeningen voor medische hulpmiddelen kwam reed onder nr. 58 aan de orde onder. De aansprakelijkheid van de gemachtigde jegens patiënten (de externe verhouding) lijkt een buitencontractuele te zijn en wordt derhalve onder nr. 249 besproken. De inhoud van de taak van de gemachtigde blijft in de interne verhouding fabrikant-gemachtigde mede afhankelijk van het schriftelijke mandaat van de mandaatgever. De verdere inhoud, geldigheid en overige rechtsgevolgen van zo'n mandaat moeten bij gebreke van harmonisatie in de verordening naar verwachting worden beoordeeld aan de hand van het nationale contractenrecht. De taken in art. 11 lid 3 Verordening Medische hulpmiddelen zijn direct werkende bepalingen (nr. 78) die naar hun inhoud en strekking zien op de overeenkomst tussen de fabrikant en de gemachtigde. Voor zover zij via uitleg de overeenkomst niet binnen komen (nr. 136), kunnen zij naar Nederlands recht de overeenkomst in ieder geval aanvullen (nr. 139). De vraag is echter of daar waar fabrikant en gemachtigde besluiten af te wijken van art. 11 lid 3 Verordening Medische hulpmiddelen de overeenkomst kan worden aangetast en wel direct op grond van het EU-recht of indirect via art. 6:248 lid 2 BW of art. 3:40 lid 1 BW (vgl. nr. 171 resp. nr. 172).

Art. 11 lid 6 Verordening Medische hulpmiddelen bepaalt dat, wanneer de gemachtigde de overeenkomst beëindigt, hij de lidstaat en aangemelde instantie op de hoogte stelt van de beëindiging van het mandaat. Hoe en in

¹²⁹⁶ Vgl. Menting 2016, p. 262, die eenzelfde beeld ziet ten aanzien van gedragscodes. Zie later ook Van Gestel 2018, p. 396 en 407, mede onder verwijzing naar Menting.

welke gevallen kan worden ‘beëindigd’, is niet geregeld. Schending van één van de in lid 5 genoemde verplichtingen kan indien deze de overeenkomst in- of aanvult, een verbintenis vormen. Schiet de producent daarin tekort, dan kan dat naar Nederlands privaatrecht een grond voor ontbinding vormen (ex art. 6:265 lid 1 en 2 BW). Tegelijkertijd is onduidelijk of het einde van het mandaat ook het einde van de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder art. 11 lid 5 betekent. Een redelijke uitleg van de strekking van art. 11 lid 5 Verordening Medische hulpmiddelen brengt mijns inziens met zich dat een gemachtigde zich niet door bijvoorbeeld ontbinding aan zijn aansprakelijkheid kan onttrekken voor producten die tijdens zijn aanstelling in het verkeer zijn gebracht. Ontbinding kan wel lonen ter voorkoming van aansprakelijkheid voor producten die daarna in het verkeer worden gebracht. Ingevolge art. 11 lid 3 is er sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid. De verdeling in de interne verhouding wordt niet door de verordening geregeld. Naar Nederlands recht zou men dan terugvallen op de bepalingen van art. 6:6 e.v. BW. Wordt de gemachtigde als eerste aangesproken dan geldt dat de gemachtigde subrogeert in de rechten van de gebruiker ex art. 6:12 lid 1 BW.

6.2.3 Nederlands recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen

148 Rol van normalisatienormen bij contracten – algemeen beeld

Sommige rechters lijken de eis te stellen dat de norm bindend moet zijn, wil deze via de overeenkomst doorwerken.¹²⁹⁷ De gevallen waarin rechters deze eis niet stellen zullen hierna worden behandeld.

In de feitenrechtspraak over normalisatienormen valt op dat het merendeel van de geschillen op een of andere manier is gerelateerd aan de bouw of aan onroerende zaken. Het gaat om overeenkomsten met betrekking tot aanneming van werk, aanbestedingsprocedures en koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. In die gevallen betreft het veelal geen geharmoniseerde normen (een deel van de NEN-EN-normen), maar nationale

¹²⁹⁷ Rb. Arnhem 4 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2826, r.o. 4.10: ‘Indien deze normen bindend zouden blijken te zijn, zou zulks wel van belang kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van non-conformiteit. De rechtbank zal de zaak naar de rol verwijzen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit de laten omtrent de verbindendheid van de NEN-normen, eerst [X] en vervolgens BCE. Aan [X] wordt verzocht die normen daarbij in het geding te brengen.’ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2841, JA 2014/83, m.nt. E. Pans, over een overeenkomst tot installatie van een verdampers in een slachthuis waarna brand ontstaat: ‘Dat de koelinstallatie in het algemeen of de verdampers in de snijhal in het bijzonder niet voldeden aan het, volgens HDI ter uitvoering van de Machinerichtlijn vastgestelde, Warenwetbesluit Machines is evenmin (voldoende) toegelicht. De NEN-norm is geen algemeen verbindend voorschrift en dus niet zonder meer, buiten de overeenkomst tussen partijen, jegens Veld inroepbaar. Dat Veld anderszins in strijd met wettelijke bepalingen zou hebben gehandeld, is gesteld noch gebleken.’ Anders, over een pachtovereenkomst: Hof Arnhem 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN5820. Het verweer van de pachtgever dat de rechtbank Den-Haag in eerste aanleg in de *Knooble*-zaak reeds had bepaald dat NEN-normen geen verbindende voorschriften zijn en dus geen dwingende eisen waarmee de stal in overeenstemming moet worden gebracht, werd door het hof niet gevolgd: ‘[geïntimeerde] heeft zijn beroep op deze uitspraak echter onvoldoende nader toegelicht. Zo volgt uit zijn betoog niet dat - indien in dit geval al geoordeeld zou moeten worden dat de opleglengte uit NEN 3873 geen (afdwingbaar) vereiste zou zijn - volstaan had kunnen worden met een opleglengte van 60 mm bij een overspanning van 2 m, zonder daarmee in strijd te handelen met enig (ander) bouwkundig voorschrift.’

normalisatienormen (NEN-normen) die eisen stellen aan bouwwerken. Dat we zoveel civielrechtelijke rechtspraak in relatie tot de bouw tegenkomen bevreemdt niet, nu het Bouwbesluit al jaar en dag naar normalisatienormen verwijst en de bouw als sector door het contractenrecht wordt beheerst.

Snijders – die overigens contractuele werking van normalisatienormen niet nader heeft onderzocht – wees er in 1987 op dat de rol van normalisatienormen in de bouw heel groot is, mede omdat de UAV-voorwaarden destijds al verwezen naar normalisatienormen.¹²⁹⁸ Thans is dit nog steeds het geval, zie art. 2 lid 2 UAV 2012: ‘Tot het bestek behoren mede, als waren zij er letterlijk in opgenomen, de op het werk van toepassing verklaarde technische normvoorschriften zoals deze drie maanden voor de dag van aanbesteding luiden.’¹²⁹⁹ De normen moeten blijkens de formulering wel door partijen op het werk van toepassing worden verklaard.¹³⁰⁰ Niet in alle uitspraken waarin contractuele binding aan normalisatienormen werd aangenomen, waren de UAV 2012 van toepassing verklaard. Los daarvan is normalisatie, en de betekenis ervan in relatie tot contracten, in de bouw en met betrekking tot onroerende zaken het meest ingeburgerd.

149 Expliciete verwijzing in de overeenkomst

De rechter komt over het algemeen tot het oordeel dat er wilsovereenstemming is ten aanzien van de normalisatienorm als deze op enigerlei wijze expliciet van toepassing is verklaard. Uitdrukkelijke vermelding in de overeenkomst c.q. het bestek levert veelal de minste problemen op. De normalisatienorm fungeert dan veelal als nadere (kwaliteits)specificatie van de te leveren goederen of diensten.¹³⁰¹ In een groot deel van de bouwgeschillen

¹²⁹⁸ Snijders 1987, p. 183.

¹²⁹⁹ In Duitsland staat een vergelijkbare bepaling in de zogeheten VOB/B-voorwaarden. De VOB-voorwaarden zijn de zogeheten *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)* (voorheen: *Verdingungsordnung für Bauleistungen*). Deel B van die voorwaarden heet ‘*Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*’. In paragraaf 4 Abs. 2 onder 1 staat opgenomen: ‘*Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten.*’ Onder de *anerkannte Regeln der Technik* vallen in de regel normalisatienormen als DIN- en EN-normen (nr. 212). Zijn de VOB/B-voorwaarden overeengekomen, dan zijn zij via deze clause op het werk van toepassing. Zie ook Koenen, VOB/B § 13 Abs. 1, aant. 1 en 2, in *Beck’scher Online-Kommentar VOB/B*, Preussner/Kandel/Jansen 25. Edition (Stand: 01.10.2016).

¹³⁰⁰ Chao-Duivis 2012, p. 8.

¹³⁰¹ Rb. Zwolle-Lelystad 14 november 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BD4284, r.o. 8.7. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3452, JAR 2013/194 over een collectieve actie van werknemers, buschauffeurs, tot buitengebruikstelling van thans in gebruik zijnde bussen, omdat de stoelen daarin rugklachten veroorzaken. In de cao wordt verwezen naar NEN-5526 voor bus cabines, waaraan niet wordt voldaan. De vordering wordt echter afgewezen nu de werkgever zelf binnen korte termijn al vervangende bussen zal gaan inzetten. Zie over een overeenkomst van opdracht tot levering en installatie van zonnepanelen, Rb. Noord-Nederland (vrz.) 9 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4264. In de overeenkomst was verwezen naar NEN-normen, doch ook naar een concreet product. Bij de beoordeling of het door verkoper te leveren alternatief een gelijkwaardig product betreft, wordt door de voorzieningenrechter niet alleen naar de NEN-normen gekeken. Zie over een overeengekomen KOMO-certificaat, Rb. Gelderland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:841. Zie voorts Rb. Gelderland (vrz.) 15 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3450, waarin een NEN-norm wordt toegepast ter beantwoording van de vraag of een hoogspanningskabel in gebruik mag worden genomen boven een agrarische onderneming. In de overeenkomst die aan het recht van opstal van de

waarin NEN-normen aan de orde komen, lijkt sprake te zijn van expliciete verwijzing.¹³⁰² Ook buiten rechtspraak over de bouw komt verwijzing in contracten naar normalisatie voor (bijvoorbeeld ten aanzien van producten), maar minder.¹³⁰³ Is verwijzing in het contract dwingend, dan lijkt gelijkwaardigheid of conformiteit aan de wettelijke eisen op andere wijze nog geen nakoming van de overeenkomst met zich te brengen.¹³⁰⁴

De zaak *Bemico Enschede/BMC international* wordt wel als voorbeeld van expliciete verwijzing genoemd.¹³⁰⁵ Hoewel het hier koop betrof en indirecte toepassing van normalisatienormen via conformiteit bij koop pas in paragraaf 6.3 wordt behandeld, wordt deze zaak hier besproken, omdat de normen betekenis krijgen via expliciete verwijzing. Door Bemico was expliciet overeengekomen dat de door Cornebo te leveren buitenlampen aan NEN 3593 en NEN 3594 zouden voldoen, en KEMA-gekeurd zouden zijn. Vervolgens legden de autoriteiten, nadat de lampen waren geleverd, aan Bemico een verkoopverbod op vanwege geconstateerde gebreken aan de lampen, dat zou worden ingetrokken indien de lampen alsnog door KEMA zouden worden goedgekeurd. Het hof oordeelde – samengevat – dat het verkoopverbod

netbeheerder jegens de onderneming ten grondslag ligt, is naar deze NEN-norm verwezen. Zie voor beoordeling van de gelijkwaardigheid in de context van aanbesteding, nr. 149.

¹³⁰² Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6386, weliswaar niet dragend, doch illustratief in een tussenvonnis waarin deskundigenbericht wordt gelast, r.o. 6.20: *‘De rechtbank heeft geen kennis kunnen nemen van die eisen, omdat dit onderdeel van het bestek niet is overgelegd, hetgeen alsnog kan gebeuren, maar indien zal blijken dat daarin bepaalde eisen worden gesteld en, al dan niet via verwijzing naar een Bouwbesluit, bepaalde NEN-normen worden voorgeschreven, dan zijn deze eisen en normen maatgevend.’* Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1440 r.o. 5.4.4.4: *‘Wat betreft doorvalveiligheid heeft Construction Group naar het oordeel van de rechtbank terecht opgemerkt dat dit niet de verantwoordelijkheid van Kloosterman was omdat in de opdrachtbevestiging van 11 juli 2011 hieromtrent is vermeld dat "wij [...] er daarbij vanuit gaan dat u bij het samenstellen van de tekeningen al rekening gehouden hebt met de doorvalveiligheid conform de NEN 6702 [...]". Wat betreft de inbraakwerendheid heeft Construction Group naar het oordeel van de rechtbank voorts terecht opgemerkt dat daaromtrent niets is afgesproken blijkens de opdrachtbevestiging van 11 juli 2011.’* Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2028, r.o. 31. Rb. Rotterdam 24 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5104, r.o. 2.22: volgens de kantonrechter mag uit de verwijzing in de algemene voorwaarden naar NEN 3859 worden afgeleid dat de verkoper zich het recht heeft voorbehouden glas te leveren, bestemd voor de kassen van de koper, *‘waarbij zich de in die normen genoemde toleranties kunnen voordoen’*. Een afwijking van 1 mm valt nog binnen die toleranties, waardoor geen sprake is van een non-conformiteit. Zie ook Rb. Rotterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4304, een tussenvonnis in een procedure over de koop van een kantoorpand, waarvan de klimaatbeheersing niet aan de overeengekomen normen zou voldoen.

¹³⁰³ Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vrz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2084.

¹³⁰⁴ Rb. Dordrecht 15 juni 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ8251. De rechtbank oordeelt dat een uitdrukkelijke verwijzing in de oorspronkelijke overeenkomst naar conformiteit van de te leveren blusapparatuur met EN-NEN 3 blijft gelden, waaruit volgt dat de zaken moeten beschikken over rijkstypegoedkeuring: *‘Uit niets blijkt dat zij, toen zij overeenkwamen dat Flame de apparaten voortaan zelf zou vullen, de overeenkomst in die zin hebben gewijzigd dat de EN-NEN 3 certificering niet meer nodig zou zijn. Nu de door Simplus bij de lege cilinders geleverde etiketten nog vermeldden dat de apparaten aan de EN-NEN 3 norm voldeden, kan ook niet worden aangenomen dat Simplus ervan is uitgegaan dat de certificering voortaan niet meer van belang was. Simplus is daarom tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens Flame door apparaten te leveren die niet langer over de rijkstypegoedkeuring beschikten. Dat er tot nu toe nog niet handhavend door de overheid is opgetreden tegen de brandblusapparaten, doet daar niet aan af.’*

¹³⁰⁵ Klik 2008, p. 189, onder verwijzing naar o.a. HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1971, NJ 1996/360, RvdW 1996/41 (*Bemico e.a./Cornebo*).

meebrengt dat Cornebo niet aan haar contractuele plicht heeft voldaan omdat het verbod werd uitgevaardigd juist omdat de lampen niet aan de NEN-norm voldeden.¹³⁰⁶ Aldus wordt non-conformiteit door het hof direct, een-op-een ingevuld door de expliciet toepasselijk verklaarde normen. Het oordeel van het hof, dat kan worden begrepen als aanname van een herstelplicht voor de gebreken die nodig zijn voor opheffing van het verbod (en niet voor alle overig door de autoriteiten geconstateerde gebreken), geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹³⁰⁷

Een verwijzing naar een NEN-norm kan ook als ontbindende voorwaarde bij koop fungeren indien kopers meer zekerheid willen over bepaalde eigenschappen van de woning.¹³⁰⁸ In een koopovereenkomst stond het volgende beding opgenomen dat door partijen als ontbindende voorwaarde werd bestempeld:

‘In opdracht en voor rekening van koper uit te voeren bodemonderzoek conform norm NEN 5740, dit wil zeggen dat de uitkomst niet boven de normgrens van geschiktheid voor bewoning komt en zodoende volgens de huidige richtlijnen een eventueel aan te vragen bouwvergunning niet zal worden gefrustreerd. Termijn waarvoor hieromtrent duidelijkheid dient te zijn verkregen: 14 juni 2004.’

Voor de uitleg van doel en strekking van deze bepaling was mede de strekking van de NEN-norm relevant. De NEN-norm betrof slechts een verkennend onderzoek. Vanwege de resultaten van dit verkennende onderzoek, die wezen op een vermoeden van bodemverontreiniging, wilden de kopers direct ontbinden. Echter, omdat het eindonderzoek uitwees dat de verontreiniging niet dermate ernstig was, en de conformiteit als omschreven in art. 5.3 van de overeenkomst gewoon aansloot bij normaal gebruik, behoorde ontbinding volgens het hof niet tot de mogelijkheden.¹³⁰⁹ De inhoud en functie van de NEN-norm kan dus direct relevant worden geacht voor de inhoud en strekking van een beding in de overeenkomst.

Verder is te zien dat door partijen naar conformiteit aan de NEN-normen wordt verwezen als voorwaarde in een overeenkomst tussen huurder en verhuurder over vergoeding van het herstel van gebreken aan de elektrische installatie van het gehuurde,¹³¹⁰ of als voorwaarde tot opzegging van huur wegens herontwikkeling. Zo moesten nieuw te bouwen parkeergarage waar een huurder een huuroptie op zou krijgen, voldoen aan de dan geldende

¹³⁰⁶ Overweging 5.5 van het hof zoals samengevat weergegeven in r.o. 3.2.2 van de Hoge Raad.

¹³⁰⁷ HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1971, *NJ* 1996/360, *RvdW* 1996/41 (*Bemico e.a./Cornebo*), r.o. 3.7.

¹³⁰⁸ Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6572, *JBO* 2008/45, m.nt. H.J. Bos, *JM* 2009/3, m.nt. H.J. Bos m.b.t. bodemonderzoek conform NEN-5740. Vgl. Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11075, *JM* 2013, 158, *JBO* 2013/164, m.nt. H.J. Bos, r.o. 4.4 over de vraag of onderzoek naar asbest daadwerkelijk is overeengekomen en r.o. 4.5 waarin aangesloten wordt bij een deskundigenbericht over de verhouding tussen de verschillende NEN-normen voor bodemonderzoek en de vraag in hoeverre dit relevant is voor de uitleg van de ontbindende voorwaarde in de overeenkomst.

¹³⁰⁹ Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6572, *JBO* 2008/45, m.nt. H.J. Bos, *JM* 2009/3, m.nt. H.J. Bos, R.o. 6.

¹³¹⁰ Rb. Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2966 (*Stichting Vivium Zorggroep/Thuasne*).

normen, de NEN-normen daaronder begrepen.¹³¹¹ Een expliciete verwijzing naar NEN-normen in private verhoudingen wordt derhalve voor meerdere doeleinden gebruikt.

In de aanbestedings- en verzekeringspraktijk gebruikt de aanbestedende dienst respectievelijk de verzekeraar directe verwijzing naar NEN-normen tot nadere definiëring van waar inschrijvers respectievelijk de verzekerden toe zijn gehouden. Een groot deel van de uitspraken ziet op aanbestedings- en verzekeringsgeschillen, doch het betreft veelal geen geharmoniseerde normen maar andere normalisatienormen.

Het Europese aanbestedingsrecht sluit aan bij het wettelijke systeem onder de Nieuwe Aanpak en het nationale beleid door alternatieve, gelijkwaardige methoden toe te staan (nr. 2 en 109). Het is aanbestedende diensten niet toegestaan dwingend te verwijzen.¹³¹² In kort geding staat veelal de vraag centraal of de gunningscriteria inbreuk maken op wettelijke eisen voor aanbesteding. Daarnaast ziet men zaken waarin één van de inschrijvers niet voldoet aan de gunningscriteria, op grond waarvan de inschrijvers de voorgenomen gunning aanvechten middels een verbodsactie of middels een gebod trachten hun afgewezen inschrijving alsnog in de gunning mee te laten nemen. Een kortgedingrechter wordt dan geconfronteerd met technische vragen, bijvoorbeeld of de door één van de inschrijvers aangegeven methode wel een voldoende gelijkwaardig alternatief biedt voor de normalisatienorm of niet. Het voert te ver al deze zaken te bespreken.¹³¹³ Zij illustreren evenwel dat

¹³¹¹ Rb. Rotterdam (vrz.) 12 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BG9688 (*Gemeente Rotterdam/Interparking*) in kort geding en Rb. Rotterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1244 *JHV 2010/107 m.nt H. Ferment (Interparking/Gemeente Rotterdam)* in de bodemprocedure.

¹³¹² Art. 2.76 lid 1 Aanbestedingswet 2012 implementeert art. 23 lid 3, 6 en 8 Europese Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2004/18/EG) en is (in essentie) overgenomen in art. 42 lid 3, 4 en 5 Richtlijn 2014/24/EU. In art. 2.76 lid 1 onder a t/m d worden een aantal manieren genoemd waarop technische specificaties in door de aanbestedende dienst kunnen worden geformuleerd. Art. 2.76 lid 2 bepaalt dat, wanneer in technische specificaties wordt verwezen naar normen, die bepaling altijd gepaard moet gaan met de woorden 'of gelijkwaardig'. Ex art. 2.77 lid 1 Aw mogen inschrijvers ieder bewijsmiddel gebruiken om gelijkwaardigheid aan te tonen. Wanneer de aanbestedende dienst van mening is dat geen sprake is van gelijkwaardigheid, dan zal hij dat moeten kunnen motiveren (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 74). Voor kwaliteitsnormen gelden vergelijkbare regels, art. 2.96 Aw.

¹³¹³ Zie voor een toch geldige inschrijving na een uitgebreide behandeling van partijdeskundigenberichten in kort geding, Rb. Amsterdam (vrz.) 2 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580 *JAAN 2014/193*. Zie ook Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 29 juni 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC1534 waarin een van de gunningscriteria was dat de inschrijver ISO 9001 en ISO 14001:2004 gecertificeerd zou zijn en certificaten kon overleggen: '*Door te eisen dat "rioolinspectie" letterlijk moet worden genoemd in de scope op het certificaat stelt de gemeente strengere eisen dan lezing van het bestek toelaat.*' Zie over de beoordeling van de gelijkwaardigheid: Rb. Den Haag (vrz.) 8 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ1827 (Bodemzaak: Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4373), *JAAN 2007, 0126*: '(...) *gelijkwaardigheid aan een systeem conform de normen ISO 9001 of ISO 9002, kan in dit kort geding niet met een voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld.*' Rb. Arnhem (vrz.) 29 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM5524, *JAAN 2010/58*: '*Daarbij heeft zij ter zitting niet verklaard dat zij een andere aanbieder zou hebben gedaan als zij had geweten dat slechts 300 lux vereist was. Dit betekent dat de vergissing van de Stichting niet heeft geleid tot schending van de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel (vgl. HR. 11 november 2005, NJ 2006, 204 (Van der Stroom/NIC c.s.) en dus De Bosman Bedrijven niet kan baten.*' Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 11 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR4554, r.o. 4.14: '*Weliswaar volgt uit het Programma van Eisen dat de gehele brugconstructie (fundering, landhoofden, brugdek en leuningen) lichter geconstrueerd mag worden en*

hoe technischer de voorliggende vragen worden, hoe minder feitelijke controle er door een rechter, zeker in kort geding, kan zijn. In één geval treedt de voorzieningenrechter ter beoordeling van de gelijkwaardigheid van een inschrijving, mede in de uitleg van een verwijzing naar een normalisatienorm. Daarbij rijst de vraag of een toelichting op een normalisatienorm bij de beoordeling van een inschrijving mag worden meegenomen en grond kan vormen voor uitsluiting van een inschrijver. De rechter oordeelt dat de objectieve uitleg van gunningscriteria op grond van het transparantiebeginsel maakt, dat bij onduidelijkheid van de norm van een aanbestedende dienst nadere verduidelijking over de inhoud en strekking van normen aan de inschrijvers mag worden verwacht. In deze zaak werd een inschrijver op basis van de toelichting bij de norm ten onrechte uitgesloten, nu deze toelichting in de ogen van de voorzieningenrechter onduidelijk was.¹³¹⁴

Verzekeraars willen de dekking in brand- en opstalverzekeringen graag afhankelijk stellen van normen als de NEN 1010 (veiligheidsvoorschriften voor laagspanningsinstallaties), al dan niet gekoppeld aan de eis van een periodieke

dat de constructie aan de in NEN 6788:2009 (welke NEN-norm onder NEN 6072 hangt) gestelde eisen dient te voldoen, echter hiermee gaat Haasnoot Bruggen eraan voorbij dat in het Programma van Eisen een grens voor de lichtere constructie is gegeven van L/500. Voorts staat heel duidelijk in het Programma van Eisen, en wordt in de Nota van Inlichtingen nogmaals bevestigd, dat de verschijningsvorm niet mag wijzigen en dat geen varianten zijn toegestaan (...) 4.17: Op grond van het bovenstaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat de gemeente Lelystad terecht de inschrijving van Haasnoot Bruggen ongeldig heeft verklaard.' Rb. Midden-Nederland (vrz.) 20 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:2858, JAAN 2014/48; 'Aan haar subsidiaire vordering legt Corpuls allereerst ten grondslag dat de door Zoll te leveren bracket niet voldoet aan NEN-norm 1789, waarmee Zoll niet heeft voldaan aan de eisen EM1.8 en EM1.9 en haar inschrijving had behoren te worden uitgesloten. GGD Flevoland voert aan dat het niet is voorgeschreven om door middel van het overleggen van een NEN-certificaat van een 'notified body' aan te tonen dat aan deze eisen wordt voldaan. Dit kan een inschrijver ook op een andere manier aantonen, aldus GGD Flevoland. Gelet op hetgeen dienaangaande door GGD Flevoland en Zoll is aangevoerd, waaronder de stelling van Zoll dat zij een conformiteitsverklaring ter zake van haar bracket bij haar inschrijving heeft gevoegd, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om te twijfelen aan de verklaring van GGD Flevoland dat Zoll aan deze twee eisen voldoet.' Zie voor een uitspraak waarin een BENOR-certificaat niet gelijkwaardig wordt geacht aan een ISO-certificaat, Rb. 's-Gravenhage 12 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA1255, r.o. 4.3. Rb. Amsterdam (vrz.) 21 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9375. Zie voor een discussie of is ingeschreven met een versie die aan de in de gunningscriteria voorgeschreven NEN-norm voldoet, Rb. Noord-Nederland (vrz.) 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2338. Zie voor verwijzing naar NEN-normen door één van de inschrijvers en discussie over het innovatieve karakter daarvan, Rb. Rotterdam (vrz.) 10 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:976, JAAN 2016/62. Zie voor een zaak waarin de gemeente stelt dat Ballast Nedam een waarschuwplicht zou hebben geschonden ten aanzien van een vermeende fout in het biedboek t.a.v. een opbarstberekening op grond waarvan de gemeente betoogt dat de termijnoverschrijding voor rekening en risico van Ballast Nedam dient te blijven (UAV): Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858, JAAN 2013/200. Ook al is de NEN-norm niet gevolgd, toch volgt het Hof het oordeel van de deskundige dat de berekening geen (kenbare) fout bevat, r.o. 3.10.

¹³¹⁴ Rb. Amsterdam (vrz.) 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1827, volgens o.m. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P, JAAN 2007/506 (*Commissie/Succhi di Frutta*) r.o. 111 over het transparantiebeginsel. Zie over uitleg van een EN-norm in de gunningscriteria voor kleding voor brandweerpakken, Rb. Amsterdam (vrz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2084. Een verwijzing naar een EN-norm voor een bepaald product vereist soms een nadere toelichting van de aanbestedende dienst indien die norm zelf weer naar verschillende klassen verwijst of de aanbestedende dienst bepaalde onderdelen van de norm buiten beschouwing wil laten zonder dit te expliciteren, Rb. Amsterdam (vrz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2084, r.o. 4.7. Zie voor een norm die niet dwingend was, maar die de inschrijver toch had gevolgd, Rb. Den Haag (vrz.) 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761, JAAN 2014/77, r.o. 4.8: De voorzieningenrechter oordeelde dat de gemeente vrij was om een inschrijving die hiervan afweek hoger te waarderen dan een inschrijving die de NEN-norm volgde.

keuring van de installatie (volgens NEN 3140). Deze clausules dienen ter beperking van het risico op brand, zijn daarmee relevant voor het te verzekeren risico en de daaraan gekoppelde premiestelling en worden door het hof Arnhem-Leeuwarden daarom als kernbedingen gezien.¹³¹⁵ NEN 1010 wordt met zoveel woorden genoemd in het Bouwbesluit 2012 onder art. 6.8 lid 1 sub a. Via de verzekeringsovereenkomst worden deze normen bindend, waardoor de publiekrechtelijk toegestane gelijkwaardigheid wordt doorkruist. Daarbij rijst de vraag in hoeverre een private partij op deze manier mag worden gebonden aan zo'n norm die niet vrij toegankelijk is. Naast de NEN 1010 wordt echter vaak een plicht tot keuring van de elektrische installatie door een derde in de polis opgelegd. Klaarblijkelijk is de gedachte dat deze derde als professional wel bekend mag worden geacht met de normalisatienorm, waardoor deze clausules niet onaanvaardbaar zouden zijn. Het voert te ver om deze rechtspraak in het kader van dit onderzoek te behandelen.¹³¹⁶ Buiten voornoemde clausules wordt – voor zover mij bekend – niet vaak naar normalisatie in verzekeringen verwezen.

Een laatste categorie van zaken waarin regelmatig expliciet naar NEN-normen wordt verwezen, is die over opdrachten tot keuring.¹³¹⁷

¹³¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718, RAV 2013, 74, r.o. 33 en 34. Vgl. ook *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/109, waarbij wellicht opmerking verdient dat in voornoemde zaak Van Tiggele deel uitmaakte van het college. Zie ook overweging 19 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen: *'(...) dat hier onder andere uit voortvloeit dat in het geval van verzekeringsovereenkomsten de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie.'* Zie voor een zaak waarin de uitleg van een naar NEN 1010 verwijzende clause centraal staat, doch binding eraan geen punt van debat is, Hof Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1758.

¹³¹⁶ Zie over het door verzekeraar te stellen causaal verband tussen de uitsluiting en de schade, Hof 's-Gravenhage 6 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0330, *NJF* 2010/193, r.o. 9 (in lijn met arrest *Modehuis Comtesse*). Zie ook Rb. Den Haag 25 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2014:5843 en Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:2793, r.o. 4.4.2 en 4.4.3. Zie over een beroep van verzekerde op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in lijn met arrest HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, *NJ* 2001/120, m.nt. Mendel (*Biçak/Aegon*), Rb. Amsterdam 15 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2741. Zie ook Rb. Den Haag 16 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BE9131. Zie over de relevantie van NEN-normen in het kader van een clause brandgevaarlijke werkzaamheden, Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4578, *NJF* 2014/376. Zie over uitleg van een NEN 1010-clause i.v.m. welke delen onder de elektrische installatie vallen, Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5158.

¹³¹⁷ Over een niet-NEN-conform bodemonderzoek Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4301 (vrijwaring van de opdrachtnemer) en Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4307 (verkoper en koper van een woning, waarin verkoper bodemonderzoek zou laten uitvoeren). Opvallend is dat de gerechtsdeskundige geen beschikking had over het oorspronkelijke rapport, maar toch tot conclusies komt aan de hand van een rapport van een derde waarin naar het rapport wordt verwezen. Zie ook Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2971, waarin de tekortkoming van de keurder (visuele inspecties na asbestsanering van een dak van een loods conform NEN 2990) uiteindelijk niet vast komt te staan, maar waar de door een asbestsaneerder gevolgde certificeringsschema SC-530 wel relevant wordt geacht voor diens documentatieverplichtingen. Hierdoor kan door de saneerder niet meer worden betoogd dat de asbestdeeltjes mogelijk al aanwezig waren in de loods voor aanvang van de werkzaamheden. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:915, *JM* 2015/153, m.nt. Bos, *JBO* 2015/237 m.nt. Bos, *JBO* 2015/114, m.nt. D. van der Meijden en Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4346.

150 Impliciet van toepassing op grond van gerechtvaardigd vertrouwen ingegeven door concrete omstandigheden

Zijn Europese productnormen of andere normalisatienormen niet uitdrukkelijk op de overeenkomst van toepassing verklaard, dan kan men zich afvragen welke overige omstandigheden kunnen maken dat de wederpartij er toch gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat het geleverde aan specifieke normen zou voldoen.¹³¹⁸

Of een CE-markering mocht worden verwacht, hangt mede af van de vereisten waaronder die kan worden aangebracht¹³¹⁹ en de leeftijd van de zaak in relatie tot het wettelijke kader.¹³²⁰

Kan uit een bepaalde bestemming de toepasselijkheid van NEN-normen onder het Bouwbesluit worden afgeleid? In het arrest van het hof Den Haag dat is gewezen vóór behandeling in cassatie in de *Eurofleur*-zaak ging het om een opdracht van Eurofleur aan Rolloos Sörensen (hierna Rolloos) tot bouw van een kas.¹³²¹ Eurofleur wilde de overeenkomst ontbinden nu voor de kas geen bouwvergunning werd verleend, omdat deze niet voldeed aan de NEN-normen. In de leveringsvoorwaarden van Rolloos stond: 'Indien en voor zover wij leveren onder de NEN-norm, dan dient zulks uitdrukkelijk in de aan de afnemer verstrekte offerte te zijn vermeld.' De offerte vermeldde expliciet dat de kas *niet* NEN-normgetoetst was. Eurofleur stelde dat nu zij met Rolloos overeen was gekomen dat een kas zou worden geleverd om te worden gebruikt als een voor het publiek toegankelijke ruimte (verkoopruimte op een tuincentrum), de kas toch aan de NEN-normen diende te voldoen. Volgens Eurofleur kon gezien het beoogde gebruik slechts een bouwvergunning voor de kas worden verkregen als die voldeed aan de NEN-normen genoemd in het Bouwbesluit. Het hof gaat hier niet in mee, nu op grond van de getuigenverklaringen zou zijn gebleken dat de veronderstelling dat nimmer een bouwvergunning kan worden verleend als een dergelijke kas niet aan de

¹³¹⁸ Vb. Een zaak over de koop van een parkeerplaats waarin de rechtbank overweegt dat nergens uit blijkt dat deze NEN-normen tussen partijen zijn besproken of zelfs maar dat de wederpartij van de inhoud ervan op de hoogte was. De rechtbank houdt het er dan ook voor dat zulks niet het geval is, zodat deze normen niet van invloed kunnen zijn geweest op de verwachtingen die [X] had en mocht hebben ten aanzien van de eigenschappen van het gekochte, Rb. Arnhem 4 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2826. Zie voor een zaak waarin uit de NEN-normen waaraan binnen de overeenkomst van opdracht had moeten worden gekeurd, een waarschuwingsplicht voor de keurder jegens een derde-belanghebbende wordt afgeleid, Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4215, *RCR* 2015/5, r.o. 3.23.11. Zie voor een zaak waarin de juistheid van de eerdere keuring vast wordt gesteld door TNO waarna partijen zich daarbij neerleggen, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8984.

¹³¹⁹ Over een CE-markering van een schip in aanbouw dat door een derde wordt afgebouwd in relatie tot de oude Richtlijn Pleziervaartuigen, Rb. Arnhem 22 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI3331 (*Arnild Barging/Euroship Services*).

¹³²⁰ Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0567, r.o. 4.8 over een drukvat uit 1978 waarvan volgens de rechtbank door koper onvoldoende duidelijk is gemaakt waarom deze over een CE-markering diende te beschikken op grond van Europese richtlijnen die na 1978 zijn ingevoerd.

¹³²¹ Het arrest van het hof is niet gepubliceerd, maar diens overwegingen staan vermeld in HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4914, *NJ* 2001/57 (*Eurofleur Leusden/Rolloos Sörensen*), r.o. 3.1 t/m 3.3 en in de conclusie van A-G Strikwerda. De cassatieklachten van processuele aard zagen op de beslissing van het hof tot herziening van een eindbeslissing, doch konden niet tot cassatie leiden (r.o. 3.4.1).

normen voldoet, in de praktijk niet zou opgaan.¹³²² Volgens de getuigenverklaringen bleek voorts dat Eurofleur vóór ontvangst van voornoemde offerte al op de hoogte was van de eis van de gemeente Leusden dat de kas moest voldoen aan de NEN-normen.¹³²³ Daarom kon volgens het hof niet aan Rolloos worden tegengeworpen dat zij, door een voor het publiek toegankelijke kas aan te bieden bij Eurofleur, de verwachting heeft gewekt dat deze kas ook in dat opzicht zou voldoen aan de bij en krachtens het Bouwbesluit te stellen eisen.¹³²⁴

Het vermelden van een algemene toepassing van het product (bijvoorbeeld brandpanelen geschikt voor woningbouw) is in de omstandigheden als geschetst in het arrest *Slokker/Wolvega Panelen* onvoldoende voor het aannemen van een garantie dat specifieke normen voor een bepaalde toepassing zijn nageleefd. De door Wobouw geleverde panelen voldeden niet aan de door de gemeentelijke Dienst Bouw- en Woningtoezicht voorgeschreven NEN-norm 3892 inzake brandveiligheid van eengezinshuizen en lage woningbouw. Het hof oordeelde dat de omstandigheden dat een onderaannemer de panelen aanbood voor de woningbouw en dat in de overeenkomst van onderaanneming naar de algemene bestekvoorwaarden is verwezen (waarin de modelbouwverordening van toepassing werd verklaard, waarin de NEN-norm was opgenomen) niet voldoende waren om aan te nemen dat de onderaannemer instond voor de brandwerendheid van de panelen. Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹³²⁵ Wolvega verweerde zich namelijk met de stelling dat de aan panelen te stellen eisen afhankelijk zijn van het gebruik ervan. De rechtbank achtte dit verweer gegrond en het hof liet het oordeel van de rechtbank in stand. In de gegeven omstandigheden was voor toepassing van de norm een uitdrukkelijker afspraak of garantie nodig.

In een zaak van het hof 's-Hertogenbosch stelde het hof vast dat indien de verkoper telkens een keuringscertificaat meelevert bij levering van staal, de afnemer op de inhoud van dat certificaat en derhalve ook op de weergave over de materiaaleigenschappen volgens de daarop weergegeven EN-norm mocht afgaan en mocht volstaan met het controleren van de certificaten. De koper had in die omstandigheden geen eigen onderzoeks- c.q. keuringsplicht ten aanzien van eventuele gebreken.¹³²⁶ In een andere zaak werd gerechtvaardigd vertrouwen aangenomen op grond van het feit dat de verkoper armaturen zou leveren die kwalitatief gelijkwaardig zouden zijn aan door de concurrent, Grease Lighting, geoffreerde armaturen. In die offerte van de concurrent, die ook aan verkoper was verstrekt, werd expliciet naar EN-normen verwezen. In

¹³²² R.o. 7.2.2 van het hof.

¹³²³ Zie Concl. A-G Strikwerda onder 15 en 16.

¹³²⁴ R.o. 7.2.4-7.2.6 van het hof.

¹³²⁵ 'en kan voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden onderzocht', HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2525, NJ 1998/224 (*Slokker Bouwmaatschappij Zoetermeer/Wolvega Panelen*), r.o. 3.7, zoals ook aangehaald door Klik 2008, p. 189.

¹³²⁶ Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:606, NJF 2015/194, r.o. 2.42 en 2.43.

dat geval kan het de verkoper niet baten dat de armaturen wel voldeden aan het Warenwetbesluit, maar niet aan de EN-normen.¹³²⁷

In een zaak over de verkoop van betonunits leidt de rechtbank Amsterdam uit het verwijzen naar een tabel met oppervlaktebeoordelingscriteria uit NEN 6722 in de technische omschrijving gevoegd bij een offerte af dat partijen toepasselijkheid van deze NEN-norm hebben beoogd.¹³²⁸

Ten slotte is noemenswaardig een zaak bij het hof Arnhem waarin een licentieovereenkomst voor het verhandelen van een uv-douchekop ter voorkoming van legionellabesmetting centraal stond.¹³²⁹ De zaak betreft weliswaar een beroep op dwaling, maar illustreert dat een verwijzing naar NEN-normen altijd in haar context moet worden begrepen. Voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst heeft licentiegeefster een prototype van de douchekop laten maken en een daarop betrekking hebbend informatieblad, waarin stond aangegeven dat deze douchekop voldeed aan de toepasselijke NEN-normen. De licentieneemster betoogt dat zij op grond van het aan haar verstrekte informatieblad in de onjuiste voorstelling van zaken is komen te verkeren dat de douchekop zou voldoen aan de NEN-normen. Het hof gaat hier niet in mee. Uit het informatieblad blijkt volgens het hof voldoende duidelijk dat sprake was van een idee voor een prototype dat is uitgewerkt in de vorm van een productontwerp. Het is eveneens voldoende kenbaar dat de in het informatieblad opgenomen informatie uitsluitend betrekking heeft op het daarin opgenomen prototype. Naar het oordeel van het hof hebben geïntimeerden voldoende onderbouwd dat de in het informatieblad opgenomen informatie juist is. Nu het bovendien aan appellante was om het geëtrooide productontwerp verder te ontwikkelen, kan niet worden volgehouden dat zij op grond van de tekst van het informatieblad in de onjuiste voorstelling van zaken is komen verkeren dat de door haar te ontwikkelen uv-douche zou voldoen aan de in het informatieblad genoemde (NEN)normen.¹³³⁰

151 Gelaagde toepassing en directe toepassing

Ook indien normalisatienormen niet expliciet of impliciet overeen zijn gekomen, kunnen zij door de rechter toch tot uitgangspunt worden genomen. Wanneer overeenstemming met de wettelijke eisen niet expliciet is bedongen, wordt soms aangenomen dat partijen naleving van de wettelijke eisen toch redelijkerwijs mochten verwachten (vgl. het arrest *Fabels/Meenderink* bij koop, nr. 157), waarna de rechter de normalisatienormen daaronder ook automatisch toepast (gelaagde toepassing). Dergelijke overwegingen zien we in rechtspraak over bouw of onroerend goed, bijvoorbeeld bij huur of

¹³²⁷ Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1156, r.o. 3.6.3 en 3.6.4.

¹³²⁸ Rb. Amsterdam 20 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3805, r.o. 4.11.

¹³²⁹ Hof Arnhem 29 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0811.

¹³³⁰ R.o. 14.

aanneming van werk, in welk geval het gehuurde¹³³¹ dan wel het werk¹³³² in overeenstemming dient te zijn met de wettelijke eisen en de normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen.¹³³³ Soms gebeurt dat ter invulling van een meer algemene ongeschreven gedragsnorm als ‘goed en deugdelijk werk’ (directe toepassing, zie eerder nr. 142).¹³³⁴ In één geval wordt door een hof de koppeling gemaakt met de stand van de techniek.¹³³⁵

Dat naleving van normalisatienormen onder het bouwbesluit ook op alternatieve c.q. gelijkwaardige wijze kan geschieden komt niet altijd even goed uit de verf, hetgeen mede kan zijn ingegeven door het partijdebat. Als partijen de rechter niet expliciet op gelijkwaardige alternatieven wijzen of de invulling van ‘goed en deugdelijk werk’ aan de hand van NEN-normen onvoldoende betwisten,¹³³⁶ dan kan een rechter hieraan voorbijgaan. Een

¹³³¹ Dit was door partij(deskundige) aangevoerd. Echter, nu dit een tussenvonnis betreft, is niet duidelijk in hoeverre sprake is van schending van NEN-normen en dus gebrekkigheid c.q. in hoeverre de rechter dit oordeel volgt: Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5070. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6038 over het instorten van het gehuurde – een supermarkt – na heftige regenval. De NEN-norm kan ook zien op de verplichting van de huurder tot goed huurschap. Indien een bedrijfsmatige huurder de elektrische installatie niet goed onderhoudt of zelf onveilig maakt, in strijd met de NEN-normen, vormt dit volgens Hof ‘s-Hertogenbosch voldoende grond voor ontbinding. Wel wordt nog een periode voor herstel gegund, Hof ‘s-Hertogenbosch 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4079. Zie ook Hof ‘s-Hertogenbosch 3 maart 2015, ECLI:GHSHE:2015:640.

¹³³² Rb. Amsterdam 6 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7934, r.o. 2.5 en 2.5.1, over de oplevering van een brug. De NEN-norm wordt gebruikt ter vaststelling en bepaling van de ernst van één van de tekortkomingen. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243. Anders: Rb. Rotterdam 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8843 waarin de rechtbank de NEN 1010 voor de elektrische installatie in een hotel niet van toepassing acht, omdat deze simpelweg niet is overeengekomen. Vgl. concl. A-G Langemeijer onder 3.6 en 3.7 bij HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003, 112 (*Bramer/Hofmanbeheer & Colpro*), die erop wijst dat een nog in te bouwen machine in de regel zal moeten voldoen aan de geldende publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften (i.c. de Machinerichtlijn), ook al wordt de machine pas op een later moment definitief opgeleverd.

¹³³³ Rb. Gelderland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4530, r.o. 5.33. In deze zaak gaf de deskundige vervolgens aan waarom van de NEN-norm over lassen kon worden afgeweken (c.q. waarom deze voor bepaalde lassen niet van toepassing was), welk oordeel door de rechtbank werd gevolgd (r.o. 5.37).

¹³³⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5263, r.o. 4.10.

¹³³⁵ Hof ‘s-Hertogenbosch 6 mei 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AT1737, r.o. 4.3.3: *‘Vooropgesteld zij, dat het Bouwbesluit - waarin inderdaad op dit onderdeel wordt verwezen naar NEN 3215 - pas in werking is getreden in 1992. Dit betekent dat in formele zin niet kan worden vastgesteld dat [onderaannemer] en/of [appellante] in strijd zouden hebben gehandeld met enige geformaliseerde regel. Dat betekent echter niet, dat aan de constatering van Hageman, dat niet is voldaan aan NEN 3215 geen betekenis zou toekomen, aannemende dat die constatering overeind blijft. Er mag immers van uitgegaan worden dat dergelijke geformaliseerde normen de neerslag vormen van wat volgens de actuele stand van de techniek en inzichten vereist mag worden, en het ligt niet voor de hand dat er grote discrepanties bestonden tussen de praktische inzichten zoals deze ten tijde van de feitelijke bouw, in 1991, bestonden en de geformaliseerde normen zoals die korte tijd later via het Bouwbesluit bindend werden opgelegd.’*

¹³³⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5263, r.o. 4.10 *‘Wat betreft het hang- en sluitwerk heeft [appellant] betoogd dat is overeengekomen dat hij ‘standaard’ hang- en sluitwerk zou leveren. Hij heeft zich op het standpunt gesteld dat hij daarom niet gehouden was om inbraakwerend hang- en sluitwerk te leveren dat aan de NEN-normen voldoet. Jorritsma heeft aangevoerd dat [appellant], als gespecialiseerd leverancier van (aluminium) puien en gevels geacht moet worden bekend te zijn met de eisen die uit publiekrechtelijke voorschriften zoals het Bouwbesluit voortvloeien. [appellant] is, evenals ieder ander die een nieuw bouwwerk realiseert, immers gehouden aan het Bouwbesluit te voldoen en diende, zelfs in het geval dat dit niet uitdrukkelijk in de overeenkomst was opgenomen, rekening te houden met de relevante, in het Bouwbesluit gehanteerde NEN-normen, zo heeft Jorritsma betoogd. Jorritsma heeft in de memorie van*

deskundige kan ook vanuit eigen kennis of op eigen initiatief aansluiten bij de NEN-normen ter beoordeling of deugdelijk is gepresteerd of hersteld.¹³³⁷

Uit het volgende hoofdstuk volgt dat normalisatienormen veel worden gebruikt als ingeburgerde testmethodes voor allerlei vormen van hinder (nr. 231). Een Modelreglement van een VVE dat voorschrijft dat een nieuwe vloer ten minste een geluidsverbetering van 10 dB moet opleveren zonder daarbij een testmethode te vermelden, impliceert volgens de rechter dat moet worden gemeten naar de destijds geldende NEN-norm en niet naar de DIN-norm zoals door één der partijen werd betoogd.¹³³⁸

152 Verweer op basis van normalisatienormen

In een zaak die is voorgelegd aan de Hoge Raad is getracht een eigenschuldverweer te stelen op een NEN-norm.¹³³⁹ Het betrof een koop-/aanneemovereenkomst tot het *turn key* opleveren van een palingkwekerij. Verkoper/aannemer heeft een onderaannemer ingeschakeld voor aanleg van de elektrische installatie. De installatie zou niet correct zijn uitgevoerd nu de

antwoord (sub 45) en ter gelegenheid van de comparitie van partijen in hoger beroep (pleitnota sub 5) benadrukt dat de NEN-normen waaraan SKG het werk van [appellant] heeft getoetst (ten aanzien van de inbraakwerendheid: NEN-5096) voorkomen in het Bouwbesluit. Uit het Bouwbesluit, dat te allen tijde van toepassing is, volgt dat inbraakwerend hang- en sluitwerk moet worden toegepast. Nu het Bouwbesluit de standaard is, houdt 'standaard hang- en sluitwerk' in dat het hang- en sluitwerk aan het Bouwbesluit dient te voldoen en derhalve inbraakwerend moet zijn, aldus Jorritsma. [appellant] heeft dit gemotiveerde betoog van Jorritsma niet, althans niet gemotiveerd, bestreden. Het hof komt dan ook met de rechtbank tot het oordeel dat [appellant] tekort is geschoten door hang- en sluitwerk te leveren dat niet inbraakwerend is en daarmee niet aan het Bouwbesluit voldoet.' Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, ECLI:GHARL:2016:10514, r.o. 5.10, waarin het Hof aanneemt NEN-normen, waarvan toepasselijkheid door de wederpartij niet is betwist, voorgaan op niet-overeengekomen 'testing rules'. Vgl. een geval van opstalaansprakelijkheid, Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, RVR 2018/70 (Pannakooi), r.o. 3.7.

¹³³⁷ Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4907, r.o. 14.4.1 over de beoordeling door een deskundige of een onder overeenkomst van opdracht aangebrachte tegelvloer deugdelijk is hersteld. Soms vraagt de rechter er expliciet naar, bijv. het deskundigenbericht in Rb. Rotterdam 16 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:421 onder 6.3 over het werk na realisatie onder een ontwikkelingsovereenkomst met de gemeente. Vgl. ook Rb. Oost-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ7265, waarin de deskundige een EN-norm gebruikt ter beoordeling van de veiligheid van een Turkse glijbaan als vermeende oorzaak van een ongeval, waarvoor Orad als reisorganisator onder een reisovereenkomst aansprakelijk wordt geacht.

¹³³⁸ Rb. Amsterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7349, r.o. 4.11: 'In verband met deze verschillende standpunten dient de rechtbank te beoordelen op welke wijze het artikel uit het Modelreglement moet worden uitgelegd voor wat betreft de norm die gehanteerd dient worden bij het meten. Grammaticale uitleg van het artikel, hetgeen op zichzelf in de rede ligt nu partijen van rechtswege lid zijn geworden van [VvE] en daarmee automatisch zijn gebonden aan de akte van splitsing en het daarop van toepassing zijnde Modelreglement, biedt 4.12. 4.13. 4.14. 4.15. 4.16. geen antwoord op de vraag of gemeten moet worden naar de Nederlandse norm. Dat betekent dat aansluiting moet worden gezocht bij wat in het normale maatschappelijke verkeer onder een bepaald begrip of een bepaalde regeling moet worden verstaan. De rechtbank is van oordeel dat, nu het een Nederlands Modelreglement betreft, om in Nederland te worden toegepast, in het normale maatschappelijk verkeer onder de bepaling dat de contactgeluidsisolatie van de vloer een waardeverbetering van 10dB moet opleveren, moet worden verstaan dat deze waarde moet worden gemeten naar de Nederlandse norm. Voor de uitleg dat deze waardeverbetering ook naar de Duitse norm mag worden gemeten, ziet de rechtbank geen aanknopingspunt. Daarbij is van belang dat gemeten dient te worden, zo mogelijk, naar de Nederlandse norm die gold op het moment dat [gedaagde 2] en [gedaagde 3] de vloer in de woning aanbrachten. [gedaagde 2] en [gedaagde 3] hebben onbetwist gesteld dat zij de vloer in september 2010 in hun woning hebben laten aanbrengen.'

¹³³⁹ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:337, RvdW 2016/337.

onderaannemer de mespatronen van 63 ampère door mespatronen van 125 ampère had vervangen zonder tevens de elektrische bedrading daarop aan te passen. De onderaannemer voerde als verweer dat verkoper/aannemer de fout in de bedrading eerder had kunnen en ook moeten ontdekken door de installatie door een erkend installateur regelmatig te laten onderhouden conform de norm NEN-EN 3140 (vgl. nr. 149) en verkoper/aannemer dus eigen schuld treft. Dit verweer wordt verworpen omdat volgens het hof onderaannemer niet heeft onderbouwd wat de controleur op basis van de norm had moeten nalopen en ook niet waarom een controleur bij regelmatig onderhoud de sluimerende fout in de bedrading in de elektriciteitskast had moeten onderkennen. In verband met het laatste wijst het hof erop dat KEMA eerst na een uitgebreid onderzoek heeft ontdekt dat de bewuste draden te licht waren uitgevoerd.¹³⁴⁰ Het cassatieberoep wordt uiteindelijk ex art. 81 RO verworpen.

153 Geen duidelijke reden voor toepassing of toepassing op initiatief van de deskundige

Sommige (tussen)vonnissen geven geen reden waarom een NEN of EN-norm wordt toegepast. Dat blijkt dan wellicht uit een eerder vonnis of blijft in het midden. Doordat niet alle vonnissen op rechtspraak.nl worden gepubliceerd, kan de achtergrond hiervan niet altijd worden achterhaald. Regelmatig behandelen gerechtsdeskundigen de inhoud van een norm zonder dat uit het vonnis blijkt of dit komt doordat het gerecht, dan wel partijen hier uitdrukkelijk om hebben gevraagd of dat dit op eigen initiatief is, waarna het gerecht de bevindingen van de deskundige overneemt.¹³⁴¹

6.3 DE BIJZONDERE CONTRACTUELE NORM VAN CONFORMITEIT BIJ KOOP

6.3.1 Buitenlands recht

154 Conformiteit onder het Engelse commerciële kooprecht

In relatie tot de Sale of Goods Act 1979 (SGA) uit het Verenigd Koninkrijk, wordt eveneens (vgl. nr. 134) onderscheid gemaakt tussen *express terms and implied terms of contract*. Uit de *Weatherford*-zaak blijkt dat een *express term*

¹³⁴⁰ R.o. 2.24.

¹³⁴¹ Concl. A-G Verkade van 14 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC4492, *RvdW* 2008/322, overweging 3.14 waarin de overwegingen van het hof worden weergegeven. Zie ook Rb. Arnhem 24 januari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:AZ9460, r.o. 2.4.3 waarin het deskundigenbericht van ABT wordt weergegeven over de al dan niet gebrekkigheid van geleverde betonbalken: *'Ten aanzien van de in rekening te brengen belastingen was ten tijde van het inrichten van de kalverstal de NEN 3873 'Roostervloeren van gewapend beton voor stalgebouwen' van toepassing.'* Op grond van deze norm concludeert de deskundige tot niet-gebrekkigheid. Met een partijdeskundigenbericht wordt vervolgens door eiseres getracht aan te tonen dat de gerechtsdeskundige de NEN-norm niet juist heeft toegepast. Hierin volgt de rechtbank eiseres niet: *'Nu ook Stork CMT [de partijdeskundige] - met de door haar gehanteerde veiligheidsfactor en maximale vloerbelasting - concludeert dat de lateien met een hoofdwapening met een diameter van 12 mm constructief voldoen, is beantwoording van de vraag of ABT bij haar onderzoek van de juiste vloerbelasting en veiligheidsfactor is uitgegaan niet relevant.'*

(in casu een *express warranty*) dat het product ‘*will comply with all rules, regulations and other laws applicable at the date of this agreement in the US and Europe...*’ in een internationaal commercieel contract kan maken dat de Europese ATEX-richtlijn¹³⁴² en de daaronder hangende geharmoniseerde normen van toepassing zijn voor de beoordeling van wanprestatie.¹³⁴³ Van belang is wel dat in deze zaak tussen partijen niet in geschil was dat deze geharmoniseerde normen in dat geval van toepassing waren.¹³⁴⁴ Ondanks eerdere certificering van het product (overigens voor een andere klasse) werd in deze zaak geoordeeld dat de zaak non-conform was op basis van additioneel bewijs en testrapporten. Voorts blijkt eruit dat de essentiële eisen als beoordelingskader een zelfstandige functie behouden daar waar geharmoniseerde normen niet alle aspecten ervan lijken te regelen.¹³⁴⁵

Section 14 (2) SGA kent verder als *implied term in law* het vereiste dat het product van *satisfactory quality* is. Ter invulling van dit begrip wordt verwezen naar een bijzondere niet-limitatieve lijst gezichtspunten, waarin onder andere *fit for purpose* expliciet wordt genoemd, alsook *safety*.¹³⁴⁶ *Fit for purpose* is dan normaal gebruik of bijzonder gebruik indien in de overeenkomst daarin is voorzien. Is over conformiteit met geldende regelgeving niets bepaald, dan hangt het van uitleg af of die conformiteit is overeengekomen (zie nr. 134) of mag worden *implied*, bijvoorbeeld omdat het niet-voldoen eraan aan normaal of bijzonder gebruik in de weg staat. Een verkoper hoeft – met name bij koop met een internationale dimensie – niet altijd op toepasselijke regelgeving bedacht te zijn. Het hangt onder meer van de bestemming van het product af, waar het product gaat worden gebruikt of verhandeld en of dat voor de verkoper kenbaar was.¹³⁴⁷ Een expliciete verwijzing naar een productnorm en

¹³⁴² Richtlijn 94/9/EG (Equipment for explosive atmospheres, ATEX (oud)).

¹³⁴³ *Weatherford Global Products Ltd v Hydropath Holdings Ltd* [2014] EWHC 2725 (TCC); [2015] B.L.R. 69, onder 9 o.v.v. clause 9.16 van het contract over internationale koop van een elektronisch product ter voorkoming van residu in oliepipleidingen, dat onveilig zou zijn en vonken zou veroorzaken.

¹³⁴⁴ *Weatherford*-zaak onder 20: ‘*It is common ground (and rightly so) that apart from the ATEX and NEC requirements, the IEC and British Standard rules also are applicable, albeit they are already ‘harmonized standards’ applicable under the ATEX umbrella.*’

¹³⁴⁵ *Weatherford*-zaak onder 190-209.

¹³⁴⁶ Section 14 English Sale of Goods Act 1979:

‘2) *Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.*’

2A) *For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.*

2B) *For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods—(a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied, (b) appearance and finish, (c) freedom from minor defects, (d) safety, and (e) durability.*’

Zie voor een overzicht Beale e.a. 2015a, p. 1975 (Chitty, vol.2, nr. 44-095). Zie in relatie tot productstandaarden, Acrapulo 2012, p. 319 en Beckers 2015, p. 114-117.

¹³⁴⁷ Zie voor een uitvoerige opsomming van zaken, Beale e.a. 2015a, p. 1977. Hier volgt een selectie daaruit van zaken die die specifiek zien op regulering en normalisatienormen: Koop op een Engelse beurs van een tweedehands Amerikaanse caravan (geleverd door een handelaar in oude caravans) die in het VK niet de weg op mag i.v.m. strijd met geldende regelgeving; geen non-conformiteit. Relevant was dat in de praktijk de

conformiteit daaraan (*express term*) maakt niet dat een *implied term* als *fit for purpose* niet meer geldt of dat het product dan per definitie conform is.¹³⁴⁸ *Satisfactory quality* (waaronder *fit for purpose*) kan immers ruimer zijn dan alleen wat staat vervat in de productnorm.¹³⁴⁹ De non-conformiteit kan bijvoorbeeld een aspect betreffen dat niet gereguleerd is in de productnorm.¹³⁵⁰

De voorloper van de Engelse regeling vormde de basis voor Section 14(2) en (3) van de Ierse Sale of Goods Act 1893, gewijzigd bij Sale of Goods Act 1980,¹³⁵¹ waarin voor een handelskoop de *implied term* geldt dat de goederen van gebruikelijke handelskwaliteit zijn (*merchantable quality*), zijnde geschikt

regelgeving niet werd gehandhaafd, *Bramhill v Edwards* [2004] EWCA Civ 403, [2004] 1 Lloyd's Rep. 653. Een expliciet beding in de overeenkomst tot levering van categorie 3 dierlijk bijproduct in de zin van Vo. EU 1774/2002. Na ingrijpen van de autoriteiten bij verkoper blijkt dat wat de verkoper als cat. 3 had aangemerkt, moet worden gekwalificeerd als een cat. 1 product. Cat. 3 mag nog worden verwerkt in andere producten, cat. 1 is afval. De rechter oordeelt tot non-conformiteit op grond van een *express term*. Ten overvloede, had een *express term* ontbroken, dan was in ieder geval sprake geweest van schending van een *implied term* omdat voor verkoper duidelijk was dat het product bestemd was voor verdere verwerking, *Webster Thompson Ltd v JG Pears (Newark) Ltd* [2009] EWHC 1070 (Comm); [2009] 2 Lloyd's Rep. 339. Koop van een trap die na installatie nooit kan voldoen aan de bouwvoorschriften, ook al zou dit met een kleine aanpassing kunnen worden verholpen. De trap wordt non-conform geacht (*not satisfactory quality*), *Lowe v W Machell Joinery Ltd* [2011] EWCA Civ 794; [2012] 1 All E.R. (Comm) 153; [2011] B.L.R. 591; 138 Con. L.R. 48; [2011] N.P.C. 72. Internationale koop van apparatuur door Activa die al dan niet in strijd met nationaal recht ter implementatie van de oude Richtlijn 2004/108/EG (Elektromagnetisch compatibiliteit, EMC) wel een CE-markering maar geen DoC bevat. Activa weigerde daarom betaling omdat de producten niet '*fit for purpose*' zouden zijn. Activa kon de apparatuur echter zowel in als buiten de EU doorverkopen. Onduidelijk was of de richtlijn in het land van verkoop was geïmplementeerd en of deze zou worden gehandhaafd (verwijzing naar *Bramhill/Edwards* voornoemd); geen non-conformiteit, *Activa DPS Europe Sarl v Pressure Seal Solutions Ltd (t/a Welltec System (UK))* [2012] EWCA Civ 943; [2012] T.C.L.R. 7; [2012] 3 C.M.L.R. 33; [2012] Eu. L.R. 756. Koop van chilipoeder onder het beding '*free from foreign and extraneous matter*'. Volgens het hof vallen daaronder stoffen die zijn verboden onder het voedselveiligheidsrecht. Het feit dat de autoriteiten eerst oordeelden dat een volledige recall moest plaatsvinden, maar dat de norm later werd aangepast waardoor minder verstreckende maatregelen ook volstonden vanwege het ontbreken van een ernstig gezondheidsrisico, maakt daarbij geen verschil, *Hazlewood Grocery Ltd v Lion Foods Ltd* [2007] EWHC 1887 (QB); [2007] L.L.R. 693.

¹³⁴⁸ Bij samenloop van een expliciete contractsbepaling en een *implied term in law* geldt geen bijzondere voorrang, maar dient aan de hand van *construction* te worden bepaald wat de inhoud van de verbintenis is, Beale e.a. 2015b, p. 1097 (Chitty, vol. I, nr. 14-005) en p. 1120 (nr. 14-033).

¹³⁴⁹ De toets is een objectieve toets. De rechter beziet wat een '*objective reasonable buyer with knowledge of all the relevant facts*' mocht hebben begrepen. Zie o.a. *Bramhill v Edwards* [2004] EWCA Civ 403, [2004] 1 Lloyd's Rep. 653 Auld LJ in overweging 39.

¹³⁵⁰ *Central RC v Uponor Ltd* 1996 S.L.T. 645; *Britvic Soft Drinks Ltd v Messer UK Ltd, a.k.a. Messer UK Ltd v Britvic Soft Drinks Ltd* [2002] EWCA Civ 548; [2002] 2 All E.R. (Comm) 321; [2002] 2 Lloyd's Rep. 368; Times, May 22, 2002 over carcinogeen benzeen in kooldioxide, geleverd door Messer aan Britvic, bestemd voor het maken van frisdrank. Overeen was gekomen dat de kooldioxide zou voldoen aan BS 4105. Het product voldeed daaraan, doch moest door Britvic worden teruggeroepen ook al was de hoeveelheid benzeen erin onvoldoende om direct schade te veroorzaken. Desalniettemin was sprake van non-conformiteit (niet *satisfactory quality*). Beperking van aansprakelijkheid tot conformiteit met BS 4105 was niet toegestaan (*unreasonable*). Zie ook Beale e.a. 2015a, p. 1977, zoals ook Verbruggen 2017a, p. 313-315, die het arrest aanhaalt als voorbeeld van objectieve uitleg van het contract en de normalisatienorm. Mijns inziens is het arrest niet zo interessant voor de uitleg van de normalisatienorm zelf, maar met name voor wat *satisfactory quality* (als *implied term*) inhoudt in relatie tot expliciete verwijzing naar een normalisatienorm die een bepaald aspect niet regelt. Daar moet strikt onderscheid tussen worden gemaakt, zie hierna.

¹³⁵¹ Beale e.a. 2015a, p. 1975-1976. Zie ook *James Elliott Construction/Irish Asphalt Limited* [2011] IEHC 269, 2008 4767 P.

voor het beoogde doel (*fit for purpose*) in het licht van in de wet genoemde omstandigheden.¹³⁵² Deze laatste regeling stond centraal in de zaak *James Elliott*, die in de hoofdstukken 3 en 4 nader aan de orde is geweest. In deze zaak stond in de contractuele documenten tussen opdrachtgever en hoofdaannemer expliciet opgenomen dat ‘*Clause 804*’ moest worden gebruikt voor de fundering van het jongerencentrum. *Clause 804* is een gangbare specificatie van toeslagmateriaal van de *National Road Authority*, die op zijn beurt verwijst naar een geharmoniseerde norm uit de Richtlijn Bouwproducten.¹³⁵³ De aannemer, James Elliott, kocht vervolgens dit materiaal in bij Irish Asphalt. Er was echter geen bewijs dat het exacte gebruiksdoel van het materiaal door James Elliott aan Irish Asphalt kenbaar was gemaakt, die het toeslagmateriaal leverde.¹³⁵⁴ Tussen partijen stond echter niet ter discussie dat James Elliott *Clause 804*-materiaal had besteld en dat Irish Asphalt onder deze specificatie had geleverd. Irish Asphalt betwistte alleen dat indien het toeslagmateriaal niet voldeed aan de Europese norm, dit niet maakte dat het toeslag materiaal niet van ‘*merchantable quality*’ was nu het in dat geval nog steeds kon worden gebruikt in andere toepassingen, bijvoorbeeld als ondergrond voor wegen en parkeerplaatsen.¹³⁵⁵ Het Supreme Court liet echter het oordeel van het High Court in stand dat *Clause 804* als specificatie inhoudt dat het product pas van ‘*merchantable quality*’ is als het product voldoende ‘*chemically inert, durable*’ of ‘*sufficiently strong*’ is. Hieraan was niet voldaan, omdat het niet voldeed aan de Ierse en de geharmoniseerde norm.¹³⁵⁶ In deze zaak vormde de verwijzing naar een specificatie (clause 804) die op zijn beurt weer verwees naar een geharmoniseerde norm dus een omstandigheid die rechtvaardigde dat de geharmoniseerde norm kon worden gebruikt ter invulling van de conformiteit (‘*construction*’ aan de hand van ‘*express*’ en ‘*implied terms*’). Of een geharmoniseerde norm naar Engels recht ook

¹³⁵² Section 14 Irish Sale of Goods Act: ‘(2) *Where the seller sells goods in the course of a business there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of merchantable quality, (...) (3) Goods are of merchantable quality if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought and as durable as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances, and any reference in this Act to unmerchantable goods shall be construed accordingly.*’ In het Engelse recht is *satisfactory quality* de opvolger van *merchantable quality* in de oude SGA 1979; Zie Klik 2008, p. 123 e.v. voor een uitgebreide bespreking van de ontwikkeling van het Engelse conformiteitsbegrip. Zie voorts het arrest van het Supreme Court Ireland voor de verhouding tussen het Engelse en Ierse kooprecht, Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11, overweging 30 en 40.

¹³⁵³ Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde produkten (*PbEG* 1989, L 40) (Richtlijn Bouwproducten), thans Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten).

¹³⁵⁴ Irish asphalt, als verkoper van het materiaal, was geen partij bij de aanneemovereenkomst, *James Elliott Construction/Irish Asphalt Limited* [2011] IEHC 269, 2008 4767 P, overweging 24.

¹³⁵⁵ Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11, overweging 29.

¹³⁵⁶ Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11. In 30 t/m 74 worden de argumenten van Irish Asphalt weerlegd en in 74 wordt tevens tot afwijzing van het beroep op dit punt geconcludeerd. Volgens het High Court maakt de verwijzing naar *Clause 804* dat daarmee ook de standaard van toepassing is, overweging 117 en 120. Volgens het High Court kan een product voor meerdere doeleinden normaal gebruikt worden, in welk geval het voor al die doeleinden geschikt moet zijn, overweging 244 en 245. Dit oordeel werd door het Supreme Court in stand gehouden.

zelfstandig – dus zonder enige (gelaagde) verwijzing – gebruikt kan worden ter invulling van het contract is onduidelijk.¹³⁵⁷ In de door mij gevonden Engelse rechtspraak kwam ik geen zuivere indirecte toepassing tegen (vgl. nr. 151 en 160). Ten slotte vloeien uit koop naar Engels recht bijzondere zorgplichten voort in de zin van waarschuwingsplichten voor de verkoper voor gevaren, zelfs indien het risico pas na verkoop bekend wordt.¹³⁵⁸ Voor de invulling van dit soort waarschuwingsplichten kunnen productnormen in theorie ook van betekenis zijn.

155 Conformiteit onder het Duitse commerciële kooprecht

Het Duitse kooprecht, § 434 Abs. 1 BGB, gaat voor conformiteit uit van de overeengekomen eigenschappen (*Beschaffenhetsvereinbarung*) en voor zover deze niet overeengekomen zijn, van de eigenschappen die nodig zijn voor het bestemde gebruik onder de overeenkomst, dan wel de eigenschappen die nodig zijn voor normaal gebruik die gebruikelijk zijn bij zaken van hetzelfde type en die de koper mag verwachten. De verwachtingen worden mede gekleurd door de over het product gedane mededelingen. Een verwijzing naar normalisatienormen is naar Duits recht in beginsel geen garantie in de zin van § 443 Abs. 1 BGB (*Beschaffenhetsgarantie*), maar productbeschrijving en daarmee een overeengekomen eigenschap (*Beschaffenhetsvereinbarung*) in de zin van § 434 Abs. 1 BGB.¹³⁵⁹ Bij zaken geleverd uit hoofde van een overeenkomst van aanneming van werk geldt een vergelijkbaar uitgangspunt nu § 651 BGB het kooprecht van overeenkomstige toepassing verklaart.¹³⁶⁰ Ten aanzien van het werk zelf, in het bijzonder eventuele gebrekkigheid onder § 633 Abs. 1 BGB, wordt veelal aangenomen dat stilzwijgend is overeengekomen dat het werk in ieder geval voldoet aan de (*anerkannte*) *Regeln der Technik* (nr. 212). Nu DIN-normen, zijnde Duitse normalisatienormen, de *anerkannte Regeln der Technik* veelal weergeven of daarmee overeenkomen, werken deze aldus door in de overeenkomst van aanneming van werk.¹³⁶¹ De betekenis daarvan is anders dan van producteisen omdat onder Duits recht wordt aangenomen dat naleving van deze laatste dwingend is voorgeschreven.¹³⁶² Wat dit betekent voor geharmoniseerde normen die producteisen invullen, is vooralsnog onduidelijk. Voor private normen niet-zijnde geharmoniseerde

¹³⁵⁷ Dit argument is wel aangevoerd in de zaak die in het VK speelt tussen de patiëntes in de PIP-implantatenzaak en de klinieken waarin zij zijn behandeld, maar het is vooralsnog niet gehonoreerd, Van Leeuwen 2015, p. 175. Deskundigenbewijs van schending van de normalisatienorm zou kunnen bijdragen aan bewijs van schending van de contractuele zorgvuldigheid (*implied term*).

¹³⁵⁸ *Clarke v Army & Navy Co-operative Society Ltd* [1903] 1 KB 155 340, 372, en voor de laatste situatie *E Hobbs (Farms) Limited v The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 Lloyd's Rep 54.

¹³⁵⁹ OLG Naumburg 17.04.2003, 7 U 75/02, Snijders 1987, p. 181 en Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H.78 (paragraaf 3, randnummer 58) onder verwijzing naar BGH 14.05.1974, VI ZR 48/73, NJW 1974, p. 1503 (*DVWG-prüfzeichen*) waaruit volgt dat hantering van een privaat keurmerk evenmin een garantie inhoudt van bepaalde eigenschappen van het product.

¹³⁶⁰ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 3, randnummer 58).

¹³⁶¹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 2, randnummer 3).

¹³⁶² Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 2, randnummer 3).

normen geldt dat deze slechts *Empfehlungskarakter* hebben¹³⁶³ en in sommige gevallen ook achter kunnen lopen of een lager niveau kunnen weergeven.¹³⁶⁴ Overigens kan stilzwijgend ook een hoger niveau zijn overeengekomen, bijvoorbeeld de *Stand von Wissenschaft und Technik*, voor zover het functionele geschiktheid van het werk betreft.¹³⁶⁵ Bij een contract tot warmtelevering, waarvoor een warmtewisselaar werd geïnstalleerd waardoor schade aan het reeds aanwezige leidingwerk is ontstaan, werd door het Bundesgerichtshof de DIN-norm als uitgangspunt genomen ter beoordeling van de niet-nakoming van de contractuele zorgplicht van de installateur.¹³⁶⁶

Hermes wijst erop dat indien de verkoper geen producent van het product is, *ein Verschulden* (toerekening) in de praktijk soms zal ontbreken. De verkoper hoeft het product in beginsel niet indringend op veiligheid en dus overeenstemming met de productnormen te onderzoeken. Slechts in bijzondere omstandigheden geldt een onderzoeksplicht.¹³⁶⁷ Daarbuiten kunnen slechts evidente gebreken worden toegerekend.¹³⁶⁸

6.3.2 Nederlands recht – algemeen kader

156 Conformiteit in het BW en in de Richtlijn Consumentenkoop

De conformiteitseis is een bijzondere verbintenis onder de koopovereenkomst.¹³⁶⁹ Een afgeleverde zaak moet op grond van art. 7:17 lid 1 BW aan de overeenkomst beantwoorden. Een zaak beantwoordt op grond van lid 2 niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In zoverre sluit art. 7:17 lid 1 BW aan bij de hoofdregel van subjectieve/objectieve-uitleg onder art. 6:248 lid 1 BW (nr. 136). Uitleg moet

¹³⁶³ Foerste & Graf von Westphalen 2012, p. 48 (paragraaf 2, randnummer 3) onder verwijzing naar BGH 7.7.2010 – VIII ZR 85/09, NZM 2010, p. 618 en 619 (*Schallschutz*) over de conformiteit van geluidsisolatie van een woning, weliswaar onder een huurovereenkomst. Volgens de beroepsrechter voldoet de isolatie aan de DIN-norm en is er geen sprake van een gebrek (r.o. 17); BGH 14.05.1988, VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 44.

¹³⁶⁴ Onder verwijzing naar BGH 14.6.2007 – VII ZR 45/06, NJW 2007/2983.

¹³⁶⁵ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 3, randnummer 4).

¹³⁶⁶ BGH 3.11.2004, VIII ZR 344/03, NJW-RR 2005, p. 386 en 387 (*Roestschade door gebrekkige installatie warmtewisselaar*),

¹³⁶⁷ Hermes 2009, p. 12 onder verwijzing naar BGH 25.9.1968 - VIII ZR 108/66 (Frankfurt/Kassel), NJW 1968, 2238, 2239 (*Dieselloftstoff*) waaruit volgt dat de verkoper niet hoeft in te staan voor conformiteit van brandstof aan de toepasselijke DIN-norm, alsmede BGH 18.02.1981 - VIII ZR 14/80 (Düsseldorf), NJW 1981, 1269, 1270 (*Klebeband*) waarin werd geoordeeld dat een groothandel niet aansprakelijk kon worden gehouden voor een onjuiste gebruiksaanwijzing bij tape. Slechts een hoge mate van deskundigheid bij de verkoper, vaker geconstateerde gebrekkigheid, bijzondere complexiteit van het product of andere omstandigheden waarop een bijzondere verwachting van de koper tot onderzoek van de niet-producerende verkoper kan worden gegrond, kunnen leiden tot schuld in het concrete geval. Vgl. anders HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*), waaruit volgt dat in Nederland de verkoper in beginsel dient in te staan voor veiligheidsgebreken en eventueel daardoor ontstane schade aan andere zaken.

¹³⁶⁸ Hermes 2009, p. 12 onder verwijzing naar MückKomm/Wagner, § 823 Rn. 561.

¹³⁶⁹ Asser/Hijma 7-I 2019/474.

plaatsvinden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.¹³⁷⁰ Tegelijkertijd bevat art. 7:17 lid 2 BW concrete gezichtspunten ter objectivering. De koper mag namelijk verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen,¹³⁷¹ alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij overeenkomst is voorzien.

Non-conformiteit dient bij consumentenkoop te worden uitgelegd in het licht van de Richtlijn Consumentenkoop.¹³⁷² Art. 2 Richtlijn Consumentenkoop (oud) wijkt qua bewoordingen iets af van art. 7:17 lid 1 en 2 BW, maar bevat een vergelijkbaar principe. Ter beantwoording van de vraag waartoe de koopovereenkomst verplicht, wordt enerzijds gekeken naar de overeenkomst en anderzijds gewerkt met vermoedens van overeenstemming die een zekere objectivering behelzen.¹³⁷³ De oude Richtlijn Consumentenkoop is vervangen door een nieuwe Richtlijn Consumentenkoop. De oude zal worden ingetrokken met ingang van 1 januari 2022.¹³⁷⁴ In die nieuwe richtlijn zijn de subjectieve en objectieve omstandigheden uitgesplitst in art. 6 respectievelijk art. 7 tot en met 9. In art. 7 – over de objectieve omstandigheid dat het product geschikt moet zijn voor de doeleinden waarvoor goederen van hetzelfde type gewoonlijk zouden worden gebruikt – zijn nadere gezichtspunten ter beoordeling van normaal gebruik opgenomen (zie hierna nr. 160 en 161).

Productnormen kunnen dus binnen het conformiteitsvereiste via verschillende routes betekenis krijgen. Werkt een productnorm in de conformiteit door, dan staan een koper, al dan niet zijnde consument, die ontdekt dat het product niet aan Europese producteisen voldoet, de gebruikelijke remedies op grond van het (consumenten)kooprecht ter beschikking (mits aan de overige vereisten is voldaan).

¹³⁷⁰ De wetgever noemt in N.v.W. 1, *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 121 bijvoorbeeld de aard van de zaak, het soort winkel, de prijs en de omstandigheden waaronder de koop plaatsvond als voorbeelden van omstandigheden die van invloed kunnen zijn op deze verwachting.

¹³⁷¹ Deze zinsnede correspondeert met de eventuele onderzoeksplicht van de koper.

¹³⁷² Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)), in de toekomst Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

¹³⁷³ Art. 2 lid 2 van Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)) bepaalt dat overeenstemming met de overeenkomst wordt vermoed, wanneer de consumptiegoederen:

a) in overeenstemming zijn met de door de verkoper gegeven beschrijving ervan, en de eigenschappen bezitten van de goederen die de verkoper aan de consument als monster of als model heeft getoond;

(...)

c) geschikt zijn voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;

d) de kwaliteit en prestaties bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en op de eventuele door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger - met name in reclame of etikettering – publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan. Zie ook Mak 2016, paragraaf 3.1. Voor wat betreft de verwachting van de consumentkoper wordt gekeken naar de verwachtingen die de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone koper van de zaak zal hebben, HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *NJ* 2000/374 (*Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*), zoals ook aangehaald door Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW nr. B65b) 2019/30.

¹³⁷⁴ Art. 23 Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

De Richtlijn Consumentenkoop is in Engeland geïmplementeerd in de Consumer Rights Act 2015. S.9 van de Consumer Rights Act 2015 sluit nauw aan bij S.14(2) van de Sale of Goods Act 1979 (nr. 154).¹³⁷⁵ In Duitsland is de richtlijn door middel van schakelbepalingen geïmplementeerd in §§ 474 – 479 BGB. Voor zowel commerciële als consumentenkoop staat de conformiteitseis in § 434 (nr. 155). Deze implementaties zullen niet separaat worden behandeld.

157 Impliciete toepasselijkheid van overheidsvoorschriften als onderdeel van de conformiteit bij koop vanwege gerechtvaardigd vertrouwen

Hijma wijst erop dat de parlementaire geschiedenis aangeeft dat de koper in de regel mag verwachten dat de voor een gekocht product geldende veiligheidsvoorschriften zijn nageleefd.¹³⁷⁶ ‘Met betrekking tot andersoortige overheidsvoorschriften, zoals vergunningsvoorwaarden, ligt dit al weer minder duidelijk’, aldus Hijma.¹³⁷⁷ Voor de hand ligt dat de wetgever destijds met de eerste opmerking heeft gedacht aan een koop tussen nationale partijen ten aanzien van een product dat bestemd is voor de nationale markt. De opmerking van de wetgever stamt van vóór de invoering van de Richtlijn Consumentenkoop, doch de binnen de Europese Unie gevestigde consument zal in de regel eveneens redelijkerwijs mogen verwachten dat een daarbinnen aangeboden product aan de daar geldende product(veiligheids)voorschriften voldoet.¹³⁷⁸

Voor bouwvoorschriften leert de Hoge Raad in *Fabels/Meenderink* dat de conformiteitseis van art. 7:17 BW meebrengt dat de koper van een woning in beginsel, behoudens andersluidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw c.q. verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften, ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning.¹³⁷⁹ Hoewel de Hoge Raad het niet met zoveel woorden overweegt, ligt deze stelregel bij onroerende zaken voor de hand nu deze per definitie plaatsgebonden zijn, waardoor zowel koper als verkoper weten waaraan de zaak dient te voldoen. Mijns inziens geldt bij koop van roerende zaken in een zuiver nationale context (Nederlandse koper,

¹³⁷⁵ Zie nader Beale e.a. 2015a, p. 1228 (Chitty, nr. 38-462).

¹³⁷⁶ MvA II, *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 126, sub 5 spreekt van ‘erop mogen vertrouwen’.

¹³⁷⁷ Asser/Hijma 7-I 2019/487, hetgeen, zij het in eerdere druk, ook is aangehaald door Klik 2008, p. 187.

¹³⁷⁸ Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 126, sub 5, zoals ook aangehaald hiervoor, alsmede door Asser/Hijma 7-I 2019/487 en Klik 2008, p. 186. Rechtspraak van het HvJ EU ontbreekt op dit punt.

¹³⁷⁹ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, *JOR* 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh, *JOL* 2005, 127 (*Fabels/Meenderink*), r.o. 3.5.3 als ook aangehaald door Klik 2008, p. 189 en Asser/Hijma 7-I 2019/487 die mede verwijst naar Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, *RCR* 2011/78 en Hof Arnhem 24 juni 1986, ECLI:NL:GHARN:1986:AC9444, *NJ* 1988/709 zijnde een dwalingszaak. In de zaak van het Hof Leeuwarden wordt bij *Fabels/Meenderink* aangesloten en opgemerkt dat de kenbaarheid van NEN-normen volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State voldoende is gewaarborgd. Het Hof gebruikt de NEN-normen om conformiteit nader in te kleuren. Bovendien kan de slechte kenbaarheid van NEN-normen een beroep op overmacht niet rechtvaardigen nu deze tekortkoming op grond van verkeersopvatting voor rekening van de verkoper komt, r.o. 15.

Nederlandse verkoper en zowel het sluiten als de nakoming vinden in Nederland plaats) eenzelfde uitgangspunt.

De betekenis die productnormen op deze manier via uitleg krijgen, zou met name relevant kunnen zijn bij schending van productnormen die niet aan het normale gebruik in de weg staan (vgl. nr. 160). Het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen zou dan de enige route zijn via welke productnormen betekenis zouden kunnen krijgen.

158 Gelaagde toepassing van geharmoniseerde normen

De betekenis die geharmoniseerde normen hebben voor het conformiteitsvereiste bij koop kan tot op zekere hoogte worden vergeleken met de betekenis van overheidsvoorschriften. Geharmoniseerde normen dienen immers ter invulling van publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften. Tegelijkertijd zien we dat de wet – behoudens voornoemde uitzondering – niet uitsluitend verwijst naar geharmoniseerde normen (of andere normalisatienormen), maar ofwel werkt met een vermoeden van overeenstemming (in EU-recht), ofwel met een gelijkwaardigheidsbepaling (in het merendeel van het nationaal recht). Partijvertrouwen op toepasselijkheid van het Europese productveiligheidsrecht brengt derhalve niet automatisch een contractuele verbintenis tot het toepassen van de geharmoniseerde norm mee. Desalniettemin meen ik dat indien uitleg daadwerkelijk leidt tot toepasselijkheid van producteisen, terwijl er niets is bepaald over de toepasselijkheid van de daaronder hangende geharmoniseerde norm, deze laatste normen in beginsel tot uitgangspunt mogen worden genomen en schending ervan de belangrijkste aanwijzing is voor non-conformiteit, behoudens aanwezige contra-indicaties (zoals de door verkoper expliciet kenbaar gemaakte keuze voor een alternatieve waarborging van de veiligheid of het aantoonbaar tekortschieten van de norm, zie hoofdstuk 4). Ik noem dit hierna eveneens ‘gelaagde toepassing’ (vgl. eerder buiten koop nr. 142 en nr. 151). Dat uitleg altijd leidt tot toepasselijkheid van publiekrechtelijke eisen ligt in internationale context echter niet zomaar voor de hand, zoals mede zal blijken uit een vergelijking met de CISG.

159 Verschil in gerechtvaardigde verwachting over het naleven van overheidsvoorschriften en het geschikt zijn voor normaal gebruik bij internationale koop onder de CISG¹³⁸⁰

Onder art. 35 lid 1 Weens koopverdrag (CISG) is de verkoper gehouden zaken af te leveren die beantwoorden aan de in de overeenkomst gestelde eisen. Bij de uitleg van de overeenkomst moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval (art. 8 lid 3 CISG). Daarbij staat de subjectieve wil van partijen voorop (art. 8 lid 1 CISG). Echter, art. 8 lid 2 CISG bevat meer objectieve factoren. Een verklaring van een contractspartij wordt uitgelegd ‘overeenkomstig de zin die een redelijk persoon van gelijke hoedanigheid als de andere partij in dezelfde omstandigheden hieraan zou

¹³⁸⁰ Wanneer het Weens Koopverdrag van toepassing is, wordt niet behandeld, zie art. 1 lid 1 CISG.

hebben toegekend'. Indien de overeenkomst niets bepaalt over al dan niet toepasselijke (overheids)voorschriften, valt men terug op art. 35 lid 2 CISG, dat onder meer bepaalt dat de zaken geschikt moeten zijn voor de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt (sub a), dan wel voor een bijzonder doel indien dit aan de verkoper is medegedeeld op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst (...) (sub b).¹³⁸¹

Het kernarrest over art. 35 CISG en de vraag of geleverde zaken moeten voldoen aan publiekrechtelijke eisen die gelden in het land van de verkoper is de Duitse zaak over de koop van Nieuw-Zeelandse mosselen.¹³⁸² Uit dat arrest – dat in latere rechtspraak is gevolgd¹³⁸³ – volgt de hoofdregel dat de verkoper geen rekening hoeft te houden met publiekrechtelijke eisen van het land van de koper, omdat bekendheid met die voorschriften in principe niet kan worden verwacht.¹³⁸⁴ Op dit uitgangspunt bestaan drie uitzonderingen, waarvan de laatste twee mogelijk onder het in art. 35 lid 2 sub b CISG genoemde 'bijzonder gebruik' moeten worden onderzocht:¹³⁸⁵

- de normen golden ook in het land van de verkoper;
- de koper heeft de verkoper op de normen gewezen en vertrouwde en mocht daarmee vertrouwen op diens deskundigheid, of;
- de normen in het land van bestemming zijn bekend of zouden de verkoper bekend moeten zijn op grond van de bijzondere omstandigheden van het specifieke geval.

In het arrest worden nog enkele concrete omstandigheden genoemd – die overigens niet door het gerecht werden onderzocht – op grond waarvan kennis van de verkoper van de gehanteerde normen onder omstandigheden wel zou mogen worden verwacht, bijvoorbeeld indien hij zelf vestigingen heeft in dat land, er sprake is van een bestendige handelsrelatie, omdat hij vaker naar dat land exporteert of omdat hij in het desbetreffende land geadvertiseerd heeft voor zijn producten (vgl. nr. 34).¹³⁸⁶

Met name de uitzondering dat de normen ook golden in het land van de verkoper is van belang voor handel met de EU vanuit landen buiten de EU die

¹³⁸¹ Sub b, vervolg: *'tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijs niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid en het oordeel van de verkoper.'*

¹³⁸² Zie uitgebreid *Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17; MünchKomm/Gruber. 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26. Zie eerder Klik 2008, p. 178, BGH 8.3.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, NJW 1995, 2099 (*Mussel case*) en Kruisinga 2007, p. 157.

¹³⁸³ Met name BGH 2.3.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> (*Frozen Pork Case*). Zie nader *Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17 en MünchKomm/Gruber. 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26. Zie ook U.S. 17 May 1999 Federal District Court [Louisiana], <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html> (*Medical Marketing/Internazionale Medico Scientifica*), zoals ook aangehaald door Kruisinga 2007, p. 158 en Klik 2008, p. 180.

¹³⁸⁴ BGH 8.3.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, NJW 1995, 2099 (*Mussel case*).

¹³⁸⁵ Klik 2008, p. 179.

¹³⁸⁶ BGH 8.3.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, NJW 1995, 2099 (*Mussel case*); zie later ook BGH 2.3.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> (*Frozen Pork Case*); MünchKomm/Gruber. 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26; *Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17. Eerder ook Kruisinga 2007, p. 157; Klik 2008, p. 179.

een associatieverdrag of handelsverdrag hebben getekend (nr. 35).¹³⁸⁷ Als zodanig kunnen – afhankelijk van de inhoud van zo’n verdrag – de Europese wetgeving en geharmoniseerde normen zijn overgenomen in het land van de verkoper, waardoor kan worden betoogd dat deze als zodanig bij de verkoper bekend horen te zijn. Men kan zich afvragen of de omgekeerde situatie ook geldt: moet een EU-verkoper die verkoopt aan een land waar EU-regelgeving vrijwillig dan wel op grond van een verdrag is overgenomen met die eisen rekening houden? De rechtbank Rotterdam oordeelt aan de hand van art. 35 jo. 8 CISG bij verkoop door een Nederlandse verkoper van een kraan van Chinese makelij aan een Servische partij dat verkoper niet bekend mag worden geacht met het feit dat Servië vooruitlopend op een mogelijk EU-lidmaatschap en een op handen zijnde associatieovereenkomst vrijwillig de EU-regelgeving heeft overgenomen. Het ontbreken van een CE-markering levert volgens de rechtbank in die omstandigheden geen non-conformiteit onder art. 35 CISG op.¹³⁸⁸

De vrijwilligheid van geharmoniseerde normen maakt uiteraard dat een verwachting die is gericht op conformiteit met EU-recht nog geen gerechtvaardigde verwachting op toepassing van de geharmoniseerde normen kan meebrengen. Desalniettemin zouden mijns inziens ook in dat geval geharmoniseerde normen de conformiteit kunnen concretiseren (gelaagde toepassing zonder binding, vgl. nr. 142), behoudens contra-indicaties zoals een door de verkoper expliciet kenbaar gemaakte keuze voor een alternatieve waarborging van de veiligheid of het mogelijke tekortschieten van de norm (zie hoofdstuk 4).

Uit twee Oostenrijkse uitspraken volgt dat de enkele wetenschap van de verkoper voor welk land de zaken bestemd zijn, onvoldoende is voor toepasselijkheid van de daar geldende voorschriften.¹³⁸⁹ Deze lijn is ook herhaald in een zaak bij de rechtbank Rotterdam over de aanschaf van verfoating van een Belgische leverancier voor het Nederlandse bouwproject Montevideo. Ook hier oordeelde de rechtbank dat het enkele feit dat de verkoper weet dat het product bestemd is voor Nederland nog niet maakt dat hij bekend had moeten zijn met de strengere Nederlandse eisen waaronder de

¹³⁸⁷ Zie ook voor landen buiten de EU Blue Guide 2016, p. 24-27.

¹³⁸⁸ Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5327, r.o. 4.16. Dat de kranen op het terrein van de Nederlandse verkoper stonden maakt nog niet dat koper ervan uit mocht gaan dat de kranen waren ingevoerd. Deze bevonden zich in transit. Vgl. een uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad, waarin tot impliciete toepassing werd gekomen onder de CISG zonder dat er een expliciete contractuele verwijzing was, nu de EN-norm een norm zou zijn die in zowel land van verkoper (Nederland) als in het land van de koper (Duitsland) gold. Het ging om de koop van verlichtingsbakjes. Op dit punt was echter geen verweer gevoerd door koper anders dan dat de bakjes wél aan de normen zouden voldoen, Rb. Zwolle-Lelystad 9 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL0104, r.o. 4.16.

¹³⁸⁹ Oberster Gerichtshof 19 april 2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070419a3.html> (*Scaffold Hooks Case*), Oberster Gerichtshof 25 januari 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060125a3.html> (*Frozen Pork Liver*), Klik 2008, p. 185, die erop wijst dat de regel afkomstig is uit een eerder arrest uit 2000 dat door de Oostenrijkse rechter uitvoerig wordt geciteerd.

NEN-norm waaraan bouw- en woningtoezicht toetst.¹³⁹⁰ In Duitsland is deze aanpak fel bekritiseerd door Schlechtriem. Hij meent dat zodra het land waar het product voor bestemd is aan de verkoper bekend is gemaakt, van een internationaal opererende handelsonderneming in de regel mag worden verwacht dat die rekening houdt met voorschriften in dat andere land.¹³⁹¹

Aldus mag onder de CISG minder snel dan onder ons nationale kooprecht worden aangenomen dat publiekrechtelijke voorschriften zijn overeengekomen. Met Klik ben ik van mening dat dit verschil tussen internationale koop en intern kooprecht qua verwachting ten aanzien van het volgen van overheidsvoorschriften te rechtvaardigen is.¹³⁹² Tegelijkertijd is denkbaar – zo niet gebruikelijk – dat bij een internationale koop toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag is uitgesloten, doch Nederlands recht op de koop van toepassing is. In dat geval dient te worden onderzocht of partijen juist hebben gewild het Weens Koopverdrag inclusief de regel uit de mosselzaak uit te sluiten en in plaats daarvan het opener Haviltex-criterium toe te passen, of dat toepassing van de regel uit de Duitse mosselcasus bij internationale koop onder het nationale Haviltex-criterium nog steeds te rechtvaardigen is. De ratio achter de CISG-regel – dat meestal niet mag worden verwacht dat de verkoper alle nationale regels in het land van de koper kent – is mijns inziens ook onder het Haviltex-criterium bij internationale koop onder toepasselijkheid van Nederlands recht een relevante omstandigheid. Verder hoeft de koper zich lang niet altijd in het land te bevinden waar de goederen uiteindelijk voor zijn bestemd. Dergelijke omstandigheden pleiten in internationale gevallen bij uitsluiting van de CISG voor sterke analoge toepassing van de CISG-regel bij invulling van het Haviltex-criterium. Mijns inziens kan voor Europese producteisen meewegen of een product door de verkoper in de EU ‘in de handel’ is gebracht (nr. 34), hetgeen pleit voor een redelijke verwachting van de koper dat het product aan die normen zou voldoen. Bij onlinesales van buiten de EU kunnen mede de gezichtspunten die in art. 6 van de nieuwe Markttoezichtverordening zijn opgenomen ter invulling van het ‘in de handel brengen’ (NB: het ‘richten op’) worden gebruikt.¹³⁹³

¹³⁹⁰ Rb. Rotterdam 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG2022, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081015n2.html>, *European Journal of Commercial Contract Law* (2009-1) 41, abstract by Kruisinga (*Eyroflam S.A./P.C.C. Rotterdam B.V.*). Vgl. ook *Cortem SpA v. Controlmatic Pty. Ltd.*, FCA 13.8.2010, CISG-online 2128.

¹³⁹¹ Zie *Schwenzer/Slechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17a onder verwijzing naar publicaties van Schlechtriem en andere auteurs. Zie anders *MünchKomm/Gruber*, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26, i.h.b. 23.

¹³⁹² Klik 2008, p. 187.

¹³⁹³ Art. 6 en overweging 15 van de considerans van Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten) en Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (PbEU 2017, C 250/01), paragraaf 1.2 onder b: ‘Deze beoordeling [of sprake is van ‘in de handel brengen’] moet per geval gebeuren door na te gaan of uit de website van de verkoper en zijn totale online activiteit op te maken valt of hij van plan is producten aan consumenten of andere eindgebruikers in de lidstaten te slijten. Hierbij kunnen de volgende aspecten worden overwogen: het internationale karakter van de activiteit, het gebruik van een taal en valuta (bijvoorbeeld de euro) van de lidstaten, een in één van de lidstaten geregistreerde domeinnaam, geografische gebieden waar aflevering mogelijk is.^{[...] Indien een onlinemarktdeelnemer levert op adressen binnen de EU, in de EU gebruikte valuta’s van consumenten of andere}

160 Indirecte toepassing via het geobjectiveerde normale gebruik

Naast expliciete en impliciete toepassing, kan de betekenis van productnormen voortvloeien uit de invulling van de gezichtspunten uit art. 2 van de Richtlijn Consumentenkoop (oud) c.q. art. 7:17 lid 2 BW, nu goederen in ieder geval ‘geschikt [moeten] zijn voor het gebruik waartoe zaken van dezelfde soort gewoonlijk dienen’ (art. 2 lid 2 sub c van de Richtlijn (oud)) en ‘de kwaliteit en prestaties [moeten] bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn’ (art. 2 lid 2 sub d van de Richtlijn (oud)), hetgeen in de Nederlandse tekst van art. 7:17 lid 2 BW zijn weerslag vindt in ‘de eigenschappen die (...) voor normaal gebruik daarvan nodig zijn (...)’. Niet-naleving van veiligheidsvoorschriften zal veelal resulteren in een veiligheidsgebrek dat normaal gebruik in de weg staat.¹³⁹⁴

Of het niet-voldoen aan overheidsvoorschriften en -normen wanprestatie oplevert, hangt volgens Klik eveneens af van de vraag of de publiekrechtelijke normen van toepassing zijn op de privaatrechtelijke verhouding, waarbij hij onderscheid maakt tussen rechtstreekse¹³⁹⁵ en niet- rechtstreekse toepasselijkheid. In gevallen waarin de normen niet rechtstreeks van toepassing zijn, worden volgens Klik het doel en de inhoud van de normen (veiligheidsnormen)¹³⁹⁶ belangrijk en wordt het accent verlegd naar de vraag of de praktische bruikbaarheid van het verkochte ernstig is verminderd.¹³⁹⁷

‘Een voor de hand liggend voorbeeld, zie ook de jurisprudentie hierover, is de verkoop van een auto die niet door de APK-keuring komt:¹³⁹⁸ de transactie zelf is niet verboden, maar de wettelijke bepalingen zorgen ervoor dat het gekochte niet aan zijn doel beantwoordt. In de jurisprudentie vindt men weliswaar uitspraken waarin technische normen een rol spelen, maar zijn er verder geen voorbeelden

eindgebruikers binnen de EU aanvaardt als betaling voor het product en een EU-taal gebruikt, richt de marktdeelnemer zijn activiteiten op consumenten of andere eindgebruikers binnen de EU.’ Deze gezichtspunten stammen uit o.a. HvJ EU 7 december 2010, C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08), Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller (C-144/09)*) over de bijzondere bevoegdheidsregels onder de oude Verordening (EG) Nr. 44/2001 (*EEX*), thans vervangen door Verordening (EU) Nr. 1215/2012 (*Brussel Ibis*). Zie later ook HvJ EU 6 september 2012, C-190/11, *TvC* 2013, afl. 3, p. 145-148, m.nt. R.R.M. de Moor (*Mühlleitner*) en HvJ EU 17 oktober 2013, C-218/12, *TvC* 2015, afl. 1, p. 37-39 en 41-43, m.nt. R.R.M. de Moor (*Emrek/Sabranovic*).

¹³⁹⁴ Dat hoeft echter niet het geval te zijn. Gaat het om schoonheidsfouten of gebrek aan authenticiteit of afkomst dan dient volgens Hijma de non-conformiteit aan de hand van de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 te worden beantwoord, *Asser/Hijma 7-I* 2019/498.

¹³⁹⁵ Klik 2008, p. 189. Rechtstreeks van toepassing zijn volgens Klik normen die daadwerkelijk zijn overeengekomen: ‘*In de concrete casus zijn de normen uiteraard vaak al via standaardvoorwaarden van toepassing verklaard of de vraag lost zich op in het concrete oordeel dat de normen zijn overeengekomen.*’

¹³⁹⁶ Klik 2008, p. 188.

¹³⁹⁷ Klik 2008, p. 188 en eerder p. 186 over de parlementaire geschiedenis en onder verwijzing naar *Asser/Schut* 5. 1981, p. 181, die opmerkt dat hij de oplossing die in het (internationaal) handelsrecht is gekozen, nl. dat kwaliteitseisen van de overheid het oordeel over de conformiteit niet mogen beïnvloeden, teleurstellend is en ‘*vermoedelijk niet in overeenstemming met wat voor de burgerlijke koop wenselijk en billijk wordt geoordeeld.*’

¹³⁹⁸ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338, *NJ* 1995/614, m.nt. Brunner, *AA* 1994/821, m.nt. Hijma (*Schirmeister/Heus, Oldtimer*). Zie voor een ander voorbeeld ook Rb. Arnhem 14 januari 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO2187, *NJF* 2004/267 (*Heuting/Falkom*), r.o. 10 en 11 over conformiteit van een auto met kraan met de Machinerichtlijn en keuring door TÜV. Tegelijkertijd bleek conformiteit aan in Nederland geldende normen als onderdeel van de contractuele conformiteit klaarblijkelijk geen punt van geschil.

van algemeen geformuleerde regels ten aanzien van de vraag of het niet-voldoen aan normen wanprestatie oplevert. (...) Bij normen die niet rechtstreeks van toepassing zijn in de relatie koper-verkoper kan men, zeker bij veiligheidsnormen, van een sterke reflexwerking uitgaan.’

Hijma noemde in de noot bij het *Oldtimer*-arrest de verkeersveiligheid de ‘als zodanig markeerbare benedengrens, waar de gekochte auto (normaliter) niet onder mag komen’.¹³⁹⁹ Zowel producteisen als geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) kunnen informatie geven over de praktische bruikbaarheid dan wel de veiligheid van een product. Het hangt wederom van de inhoud en kwaliteit van de norm af of het al dan niet volgen ervan het normale gebruik mogelijk dan wel onmogelijk maakt. Het BW geeft met ‘normaal gebruik’ een expliciet begrip ter invulling waarvan een productnorm informatie kan bieden, waardoor wat ik noem indirecte contractuele toepassing zou kunnen ontstaan (vgl. nr. 142).

‘Normaal gebruik’ is uitdrukkelijk geen cumulatief vereiste in art. 7:17 lid 2 BW, maar een bijzonder gezichtspunt waarvoor productnormen betekenis kunnen hebben. Bij koop in relatie tot geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen waarnaar in nationale AVV’s wordt verwezen) kan sprake zijn van eerdergenoemde gelaagde toepassing via de gerechtvaardigde verwachting dan wel indirecte toepassing via ‘normaal gebruik’, mits de norm daarover informatie geeft. Indien een gesloten producteis of een geharmoniseerde norm die een essentiële eis invult, concrete veiligheidsvoorschriften bevat, zal schending van zo’n productnorm snel resulteren in non-conformiteit. Gaat het om andere kwaliteitseisen die bij gebreke van naleving ervan niet direct de veiligheid beïnvloeden, dan moet worden gekeken in hoeverre niet-naleving van een productnorm ‘normaal gebruik’ in de weg staat, of zoals Klik het verwoordt het ‘de praktische bruikbaarheid van het verkochte vermindert’.

Dit uitgangspunt lijkt thans te zijn gecodificeerd in de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop. Art. 7 lid 1 aanhef:

‘Naast het voldoen aan subjectieve conformiteitsvereisten moeten de goederen: a) geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor goederen van hetzelfde type gewoonlijk zouden worden gebruikt, *rekening houdend, in voorkomend geval, met bestaand Unie- en nationaal recht, technische normen, of, bij ontstentenis van zulke technische normen, toepasselijke sectorspecifieke gedragscodes [cursivering GV];*’

Deze zinsnede is het resultaat van een resolutie van het Europese Parlement,¹⁴⁰⁰ maar een toelichting op de achtergrond van deze toevoeging

¹³⁹⁹ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338, *NJ* 1995/614, m.nt. Brunner, AA 1994/821, m.nt. Hijma (*Schirmeister/Heus, Oldtimer*), p. 823 van Hijma’s noot.

¹⁴⁰⁰ Amendement 65 van Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 26 maart 2019 over het gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot

ontbreekt.¹⁴⁰¹ Vooralsnog lijkt het een codificatie van een uitgangspunt dat op nationaal niveau in de doctrine reeds was aangenomen, namelijk dat onder het geschikt zijn voor normaal gebruik in de regel de overeenstemming van het product met publiekrechtelijke voorschriften valt. Het lijkt niet de bedoeling van de wetgever technische normen via het kooprecht alsnog verbindend te maken. Zij vormen slechts een gezichtspunt bij de invulling van normaal gebruik. Vooralsnog heeft de nationale regering in het concept-wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn er niet voor gekozen om de overeenstemming met het Unierecht en het nationale recht als gezichtspunten uit art. 7 van de richtlijn over te nemen in het nieuwe art. 7:18 lid 2 sub a BW; alleen technische voorschriften en gedragscodes worden in het voorgestelde artikel expliciet genoemd.¹⁴⁰² Het verdient aanbeveling dat de nationale regering deze gezichtspunten alsnog expliciet opneemt.¹⁴⁰³

In de praktijk zal de gebruiker de schending van de producteis of geharmoniseerde norm veelal niet nodig hebben indien hij op grond van andere omstandigheden kan laten zien dat de zaak ongeschikt is voor normaal gebruik. Lukt dat niet op andere wijze, dan komen vaak pas productnormen in beeld. De gebruiker zal in het kader van de non-conformiteit (art. 7:17 lid 1 BW) moeten stellen en zo nodig bewijzen dat een producteis of geharmoniseerde norm is geschonden. Vervolgens moet er onderzoek worden gedaan naar het doel en de strekking van de producteis of geharmoniseerde norm in relatie tot het normale gebruik. Stel dat de gebruiker niet rechtstreeks van de producent koopt, maar van een distributeur. Anders dan van een producent kan van een distributeur, ook al is het een professionele partij, geen specifieke kennis van het product noch van de strekking van producteisen of geharmoniseerde normen worden verwacht. Desalniettemin lijkt mij redelijk dat in zulke gevallen al snel een vermoeden wordt aangenomen dat een producteis of geharmoniseerde norm die strekking heeft, waarna het aan de distributeur is om tegenbewijs te leveren.

Het ten onrechte ontbreken van een CE-markering of een verklaring van overeenstemming bij een product kan mijns inziens aanleiding zijn voor het aannemen van een bewijzvermoeden dat het product niet geschikt is voor normaal gebruik nu het een belangrijke aanwijzing is dat ook de producteisen niet zijn nageleefd.

Doordat conformiteit met wettelijke normen veelal zal mogen worden verwacht, lijkt de geschiktheid voor normaal gebruik met name een belangrijke

intrekking van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad (COM(2017)0637 – C8-0379/2017 – 2015/0288(COD)).

¹⁴⁰¹ De toelichting bij voornoemde resolutie vermeldt, p. 63: *‘De rapporteur stelt geen wezenlijke wijzigingen voor van de overeenstemmingsvoorschriften.’*

¹⁴⁰² Concept implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud en ontwerp MvT (beschikbaar via [www.https://www.internetconsultatie.nl/1590](https://www.internetconsultatie.nl/1590)).

¹⁴⁰³ Vgl. o.a. HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (*Commissie/Nederland*), r.o. 17 en 21, waaruit volgt dat bij onvolledige implementatie van een consumentenbeschermende richtlijn een lidstaat uit een oogpunt van rechtzekerheid niet mag volstaan met de opmerking dat met richtlijnconforme uitleg van het nationale recht in de rechtspraak hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

route voor de toepassing van normalisatienormen waarnaar niet in overheidsvoorschriften wordt verwezen. Uit de hierna te bespreken feitenrechtspraak blijkt bovendien dat bij conformiteit van onroerende zaken normalisatienormen een grote rol spelen, ook daar waar het geen veiligheidsaspecten betreft. Een voorbeeld hiervan zijn NEN-normen ter bepaling van geluid en stankoverlast of voor bepaalde methoden van werk (vgl. eerdergenoemd arrest *Fabels/Meenderink*, welk arrest overigens wel wettelijke voorschriften betrof).

161 Publiekelijk gedane mededelingen over het product

Ten slotte bevat art. 2 lid 2 sub d) Richtlijn Consumentenkoop (oud) het gezichtspunt dat de kenmerken en prestaties die de consumentkoper redelijkerwijs mag verwachten mede worden ingegeven door de door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan, zoals reclame-uitingen of de etikettering. In de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop komt dit gezichtspunt terug in art. 7 lid 1 onder d.¹⁴⁰⁴ Dit correspondeert grotendeels – zij het in beperktere bewoordingen¹⁴⁰⁵ – met het gezichtspunt ‘de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan’ in art. 7:17 lid 2 BW alsmede met art. 7:18 lid 1 BW. Op grond van dit laatste artikel kunnen mededelingen van eerdere schakels in beginsel worden toegerekend aan de verkoper bij consumentenkoop. Onder mededelingen van eerdere schakels vallen niet alleen publieke mededelingen over toepasselijke CSR-codes die iets zeggen over de eigenschappen van het product,¹⁴⁰⁶ maar ook de CE-markering als mededeling dat het product voldoet aan de Europese producteisen. Ook de verklaring van overeenstemming (*DoC*) waarmee de fabrikant verklaart welke geharmoniseerde normen hij heeft gehanteerd, kan zo een mededeling zijn. Producteisen zijn dan van toepassing en onderdeel van de privaatrechtelijke conformiteit (behoudens de in art. 7:18 lid 1 genoemde uitzonderingen).¹⁴⁰⁷

6.3.3 Nederlandse recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen

162 Conformiteit van onroerende zaken

Bestaat de tekortkoming uit een non-conformiteit onder een koopovereenkomst voor een onroerende zaak op grond van niet-naleving van

¹⁴⁰⁴ Art. 7 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop); ‘Naast het voldoen aan subjectieve conformiteitsvereisten moeten de goederen: (...) d) de hoeveelheid hebben en de kwaliteiten en andere kenmerken bezitten, onder meer met betrekking tot duurzaamheid, functionaliteit, compatibiliteit en beveiliging die voor hetzelfde type goederen normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en rekening houdend met publieke mededelingen die zijn gedaan door of namens de verkoper of andere personen in eerdere schakels van de transactieketen, waaronder de producent, in het bijzonder in reclameboodschappen of op de etikettering.’

¹⁴⁰⁵ Hoewel de Richtlijn meerdere soorten mededelingen noemt in vergelijking met het BW, wordt in de literatuur aangenomen dat beide nauw bij elkaar aansluiten, *Asser/Hijma 7-I** 2013/323.

¹⁴⁰⁶ Castermans 2008, p. 39 e.v., Beckers 2015, p. 64-67 en daargenoemde literatuur, alsmede p. 117 en 121.

¹⁴⁰⁷ Vgl. *Klindt/ProdSG* (2015), § 7, Rn. 25, waarin wordt opgemerkt dat een ten onrechte aangebrachte CE-markering een *Sachmangel* in de zin van § 434 BGB oplevert. Wat de gevolgen zijn van het ontbreken van een CE-markering is minder duidelijk.

het Bouwbesluit, dan ligt een toets aan de daarin genoemde NEN-normen eerder voor de hand, en neemt de rechter in de feitenrechtspraak snel een deskundigenoordeel over schending van die normen als vastgestelde non-conformiteit over,¹⁴⁰⁸ ook als het geen veiligheidsaspect betreft.¹⁴⁰⁹

Uit andere uitspraken wordt lang niet altijd duidelijk of er een koppeling met enige wet (met name het Bouwbesluit) bestaat of dat deze ontbreekt, waardoor het lastig te beoordelen is of een rechter hierbij stilstaat of dat het geen verschil maakt. In sommige gevallen wordt de tekortkoming (bijvoorbeeld bij een niet-NEN-conforme dakconstructie) door de rechter nader gespecificeerd als een 'niet voldoen aan in de bouwwereld algemeen geldende veiligheidseisen'.¹⁴¹⁰

In een enkel geval is het deskundigenoordeel over de NEN-norm niet doorslaggevend voor conformiteit. In een zaak over de koop van een huis uit 1960 wijkt de rechter bijvoorbeeld af van het oordeel van een partijdeskundige dat de vloer non-conform zou zijn omdat daarop geen natuurstenen vloer kon worden gelegd. Dit oordeel was gebaseerd op strijd met een thans geldende NEN-norm. Het aanbrengen van een natuurstenen vloer met vloerverwarming valt, aldus het hof, niet onder normaal gebruik bij een dergelijk oud huis (hetgeen mede ziet op het temporele toepassingsbereik van de NEN-norm).¹⁴¹¹

In een zaak over de aankoop van een woning van vóór 1906 noemt de deskundige bij de inventarisatie van de gebreken dat de balkenconstructie dermate verrot is dat deze niet voldoet aan de NEN-normen. Het hof neemt toch het rapport tot uitgangspunt:

'Hieraan doet niet af dat Adinex in haar rapport een aantal keren verwijst naar de huidige NEN-normen. Uit die verwijzing kan niet meer worden afgeleid dan dat zij daarmee heeft beoogd de ernst van de door haar waargenomen verrottingen te onderstrepen, maar niet dat zij die waarneming in het licht van de NEN-normen heeft beoordeeld. Tegen de achtergrond van al deze bescheiden acht het hof de

¹⁴⁰⁸ Rb. Oost-Brabant (ktr., zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 13 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1145, r.o. 6: *'Uit de feiten, zoals in rechte vastgesteld, volgt dat de drinkwaterinstallatie in de woning op (ten minste) twee tappunten niet voldoet aan de regels die in het Bouwbesluit op die installatie van toepassing zijn verklaard. Ingevolge lid 1 van artikel 6.12 (Drinkwatervoorziening) Bouwbesluit dient een voorziening voor drinkwater te voldoen aan NEN 1006. Volgens deze set normen mag de temperatuur van het drinkwater bij een tappunt niet hoger zijn dan 25° Celsius. Het betreft een veiligheidsnorm, regelgeving die in het leven is geroepen ter bescherming van personen tegen het risico van een legionellabesmetting.'* Dit levert volgens de voorzieningenrechter non-conformiteit op, zie r.o. 7. Zie ook Rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7221, r.o. 4.3, onder verwijzing naar HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, JOR 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh, JOL 2005, 127 (*Fabels/Meenderink*) voornoemd.

¹⁴⁰⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 3 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993, over geluidsoverlast in een na splitsing verkochte woning waarbij de deskundige aansluiting heeft gezocht bij de NEN 1070:1999 ter beoordeling van de geluidsklasse waarin de herrie dient te worden ingedeeld, alsmede Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, RCR 2011/78 (eerder genoemd).

¹⁴¹⁰ Hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2593, r.o. 4.18. Het ging daarbij om NEN 6702 en NEN 6707.

¹⁴¹¹ Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2526. Zie voor een toets van een elektrische installatie van een koopwoning uit 1968 aan de destijds geldende NEN-normen op grond waarvan moet worden geoordeeld dat deze niet geschikt is voor normaal gebruik, Hof 's-Hertogenbosch 15 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3586.

betwisting door [geïntimeerde] van de onderhavige door [appellant] gestelde gebreken onvoldoende gemotiveerd, zodat het bestaan ervan wordt aangenomen.¹⁴¹²

Bij de koop van een oude woning in Amsterdam oordeelt de rechtbank dat het feit dat de elektrische installatie op enkele punten niet aan de NEN 1010 voldoet, niet direct meebrengt dat deze onveilig is en daarmee sprake is van non-conformiteit.¹⁴¹³

Wordt in de koopovereenkomst in een ouderdomsclausule verwezen naar een bouwtechnische keuring waar kopers kennis van hebben genomen, en staat in dat keuringsrapport onder meer opgemerkt dat bepaalde geconstateerde scheurvorming ‘geen constructieve gevolgen’ heeft, dan kan dit – blijkens een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden – de verwachtingen van de koper ten aanzien van de eigenschappen van de onroerende zaak kleuren.¹⁴¹⁴ Uit een latere keuring bleek dat hetzelfde huis qua scheefstand niet voldeed aan de NEN-normen. Het hof gelastte een deskundigenbericht ter beantwoording van de vraag of dit aan normaal gebruik in de weg zou kunnen staan en dus een non-conformiteit zou kunnen opleveren. In een geval als dit, waarin niet in de overeenkomst naar NEN-normen is verwezen, lijkt schending ervan als aanwijzing van non-conformiteit te fungeren. In die gevallen komt het neer op de vraag in hoeverre de schending uiteindelijk aan normaal gebruik in de weg staat.¹⁴¹⁵ Dit omschreef ik eerder als indirecte toepassing (nr. 160).

Een expliciete garantie in een koopovereenkomst van een onroerende zaak dat deze vrij is van asbest en dat er geen ondergrondse olietanks aanwezig zijn, mag volgens de rechtbank Amsterdam worden opgevat als echt ‘asbestvrij’ en niet als een asbestveilige situatie conform de geldende NEN-normen.¹⁴¹⁶

De rechtspraak laat verder zien dat NEN-normen als meet- of testmethoden worden gebruikt ter beoordeling van andere conformiteitsaspecten (denk aan woonoppervlakte,¹⁴¹⁷ asbestinventarisatie en verkennend bodemonderzoek op

¹⁴¹² Hof Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:408, r.o. 3.5.2.

¹⁴¹³ Rb. Amsterdam 24 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8784, r.o. 2.3.

¹⁴¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8374.

¹⁴¹⁵ Helaas is het eindvonnis na deskundigenbericht niet beschikbaar.

¹⁴¹⁶ Rb. Amsterdam 10 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8117, JM 2015/81, r.o. 4.4: ‘Naar oordeel van de rechtbank heeft verkoper onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat partijen, anders dan in de tekst van artikel 9.2 van de koopovereenkomst is vastgelegd, zijn overeengekomen dat het complex wordt geleverd onder de (minder verstrekkende) garantie dat er sprake is van een asbestveilige situatie in de zin van de geldende NEN-normen 2991.’ Geen onderzoeksplicht voor koper (vgl. ook HR 23 november 2007, NJ 2008/552 waarin de Hoge Raad oordeelt dat, ook als de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet in de weg zou staan aan het gebruik, er toch sprake kan zijn van non-conformiteit indien de koper op grond van mededelingen van de verkoper de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet hoefde te verwachten).

¹⁴¹⁷ Rb. Den Haag (vrz.) 11 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK3117, over een geschil over het aantal aangekochte vierkante meters verhuuroppervlak. R.o. 3.6: ‘Uit hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, lijkt het aantal m² aan verhuurbare vloeroppervlakte een grote rol te spelen. Het ligt daarom in de rede dat een (derde) deskundige dient te worden ingeschakeld waarbij de hoofdvraag dient te zijn wat wel en wat niet als verhuurbaar vloeroppervlak mag worden gerekend en in hoeverre volgens de NEN-normen dient te worden

grond van NEN 5740). Het gaat dan niet om de vraag of de NEN-norm als veiligheidsnorm is geschonden; de NEN-norm is slechts een methode c.q. instrument ter vaststelling van schending van een andere (veiligheids)norm.¹⁴¹⁸ Het niet-volgen van een bepaalde methode hoeft niet automatisch een veiligheidsgebrek met zich te brengen.

163 Conformiteit van roerende zaken

Bij koop van roerende zaken kan conformiteit worden ingevuld door conformiteit aan producteisen, geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen. Opvallend is wel dat de rechter in een van de weinige zaken die specifiek de non-conformiteit van producten met geharmoniseerde normen betreft, uitdrukkelijk overweegt dat partijen het erover eens waren dat de producten, in dit geval ziekenhuisbedden, moesten voldoen aan de toepasselijke NEN-EN-normen.¹⁴¹⁹ Of deze consensus reeds bij overeenkomst bestond of voortvloeit uit de stellingen van partijen in rechte blijkt niet uit de uitspraak. Ter beantwoording van de vraag welke norm exact van toepassing is – de oude EN-norm uit 1995 dan wel haar opvolger uit 2000 – wordt aangesloten bij de Richtlijn Medische hulpmiddelen voor het toepassingsbereik, een overgelegde brief als aangehaald in een tussenvonnis (dat helaas niet beschikbaar is), alsmede een *technical report* van een test.¹⁴²⁰

getoetst. Het benoemen van een deskundige valt echter buiten het bestek van dit kort geding. Het gevorderde wordt afgewezen.’ Vb. een geschil over non-conformiteit van een kantorencomplex verkocht door de Staat en evt. schending van diens mededelingsplicht. Uit de rapportages die de externa onderhoudsdienst conform NEN 2767 had opgesteld in de periode voor verkoop, volgt niet dat de Staat een mededelingsplicht heeft geschonden nu uit de gegevens scores voor bouw- en installatieonderdelen geen noodzaak bleek tot vervanging, Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2415, r.o. 4.11.

¹⁴¹⁸ Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11075, *JM* 2013, 158, *JBO* 2013/164, m.nt. H.J. Bos; Rb. Overijssel 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2631, r.o. 11 t/m 12.14.

¹⁴¹⁹ Rb. Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2966 (*Stichting Vivium Zorggroep/Thuasne*), r.o. 2 van het eindvonnis. Het tussenvonnis is helaas niet beschikbaar. *‘Uitgangspunt is dat de partijen het erover eens zijn dat de bedden moesten voldoen aan de toepasselijke Nen-norm, volgens Vivium is dat de norm EN 1970/2000, volgens Thuasne de norm EN 1970/1995.’* Voor het antwoord op de vraag welke Nen-norm geldt is, zoals Thuasne terecht stelt, de richtlijn 93/42/EEG van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen, waarvan de voormelde NEN-normen een uitwerking zijn, van belang.

¹⁴²⁰ R.o. 2: *‘Voor het antwoord op de vraag welke Nen-norm geldt is, zoals Thuasne terecht stelt, de richtlijn 93/42/EEG van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen, waarvan de voormelde Nen-normen een uitwerking zijn, van belang. Uit de artikelen 1 en 2 van de richtlijn volgt dat het gaat om het moment waarop een hulpmiddel (het bed) voor het eerst tegen betaling of kosteloos ter beschikking wordt gesteld met het oog op de distributie en/of het gebruik ervan op de communautaire markt, ongeacht of het gaat om een nieuw of vernieuwd hulpmiddel, dan wel het moment waarop het hulpmiddel voor het eerst gereed is voor gebruik op de communautaire markt overeenkomstig de bestemming ervan. In dit geval gaat het, zoals in het tussenvonnis van 26 juli 2006 is overwogen, om een door Thuasne speciaal aan de wensen van Vivium aangepast bed. Dat kan worden aangemerkt als een vernieuwd hulpmiddel in de zin van de richtlijn. Het aangepaste bed is voor het eerst omstreeks mei 2001, door levering daarvan aan Vivium, in de handel gebracht. De norm EN 1970/2000 gold sedert 1 juli 2000. Dat betekent dat deze norm van toepassing is op de door Thuasne aan Vivium geleverde bedden. Anders dan Thuasne stelt moet zij ook hebben begrepen dat de aan Vivium geleverde bedden aan deze norm moesten voldoen. Dat volgt uit de in laatstgenoemd tussenvonnis onder 11 geciteerde brief van Thuasne aan Vivium van 27 juni 2002, in samenhang met de omstandigheid dat Thuasne een bed door TÜV heeft laten testen op basis van deze norm. Dat laatste blijkt uit een door Thuasne in het geding gebracht “Technical Report No. 70008434” van TÜV d.d. 26 juni 2001.’*

De rechtbank Gelderland neemt in een andere zaak waarin partijen waren overeengekomen dat een sorteermachine zou voldoen aan de vereisten voor een CE-markering, de geharmoniseerde normen – de rechtbank spreekt van NEN-normen – tot uitgangspunt (hetgeen een voorbeeld is van gelaagde toepassing).¹⁴²¹ Toepasselijkheid van een NEN-EN-norm ter invulling van conformiteit bij koop kan ook het indirecte gevolg zijn van een deskundigenbericht (vgl. § 7.3.2.4 voor voorbeelden in de buitencontractuele sfeer).¹⁴²²

6.4 DE GEVOLGEN VAN BETEKENIS BIJ CONTRACTUELE NORMSTELLING

6.4.1 Algemene contractuele normstelling

164 Uitleg van geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen

Indien productnormen betekenis hebben, rijst in het kader van de toets aan de tekortkoming soms de vraag hoe geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen dienen te worden uitgelegd. De uitleg van deze normen kan ook in een eerder stadium al van belang zijn. Voor uitleg van *een verwijzing naar* deze normen c.q. het contractuele beding is uiteraard het *Haviltex*-criterium leidend (reeds nr. 136 e.v.) Bij de uitleg van een verwijzing dienen soms de inhoud, het doel en de strekking van de normalisatienorm te worden betrokken, om vast te kunnen stellen wat partijen met de verwijzing hebben beoogd of wat tussen partijen of op grond van aanvullend recht geldt (zie eveneens nr. 136 e.v. voor voorbeelden).

Wat nu indien tussen partijen discussie bestaat over de inhoud, strekking of praktische betekenis van de normalisatienorm zelf? Zou de normalisatienorm dan objectief of meer subjectief moeten worden uitgelegd? Als technisch document zijn geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen niet opgesteld door partijen, maar binnen de normalisatie-instituten door daar betrokken partijen. Ze zijn bedoeld om eenduidig producteigenschappen, testmethoden of kwaliteitseisen vast te leggen voor herhaaldelijke toepassing op de markt, juist om discussies tussen partijen op die punten te voorkomen. Dat objectieve factoren dus binnen de *Haviltex*-maatstaf meer gewicht toekomen bij uitleg van die normen sec ligt dan ook voor de hand.¹⁴²³ Echter, welke factoren zijn dit dan?

¹⁴²¹ Rb. Gelderland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4112.

¹⁴²² Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:346, r.o. 2.22 t/m 2.24 over non-conforme led tl-buizen waarin de rechtbank het deskundigenbericht volgt dat verwijst naar een isolatietest als genoemd in NEN-EN-IEC 62776:2014 om conformiteit aan te tonen. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2580, r.o. 2.2 en 2.3 over non-conformiteit van een parketvloer (noesten), waarin in de loop van de procedure partijen actief op zoek zijn gegaan naar een toepasselijke norm, op grond waarvan uiteindelijk een deskundigenbericht dat geen melding maakt van normen wordt weerlegd.

¹⁴²³ Vgl. HR 17 en 24 september 1993, NJ 1993/173 en 174 (CAO), HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:AZ4410, NJ 2008/104, m.nt. Du Perron (*NBA/Meerhuysen*), HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.2 al dan niet aan de hand van een voorshands gegeven oordeel, waarna (tegen)bewijs is toegestaan, zoals ook besproken door Valk in Valk & Schelhaas 2016, p. 46 en 47, zij het dat al deze rechtspraak nog steeds uitleg van een overeenkomst of (aanvullende) voorwaarden behelsde en geen

Mijns inziens zijn dat primair de tekst en bijlagen bij de normalisatienorm.¹⁴²⁴ Bij NEN-normen zitten vaak aanvullings- of correctiebladen, kenbaar aan +A of +C in de titel, die relevant zijn. Het hof Den Haag oordeelde over de NEN 6707 die werd gebruikt door een deskundige bij de beantwoording van de vraag of dakdekkerswerkzaamheden deugdelijk waren uitgevoerd, dat de toelichting op de norm door de deskundige mocht worden betrokken in de uitleg en toepassing van die norm.¹⁴²⁵ Voor Europese geharmoniseerde normen als deel uitmakend van het EU-recht ex art. 267 VWEU dienen een coherente uitleg en de grenzen van het mandaat te worden gewaarborgd. In dat verband heeft het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat toelichtingen op geharmoniseerde normen die geen onderdeel van de norm vormen niet mogen worden meegenomen in die uitleg (zie nr. 116).

Anders dan bij bijvoorbeeld veilingvoorwaarden (zoals speelde in het arrest *NBA/Meerhuysen*) waarin werd aangenomen dat voor derden (deelnemers aan de veiling) onder omstandigheden een onderzoeksplicht geldt naar de bedoeling van de oorspronkelijke opstellers van een bepaling zou mijns inziens bij normalisatienormen niet met zo een onderzoeksplicht moeten worden gewerkt (vgl. *London Verzekeringen/Noordhollandsche* en het recente *FNV/Werkgeversorganisaties*).¹⁴²⁶ Uit de rechtspraak blijkt dat medewerkers van het NEN klaarblijkelijk op verzoek toch nadere tekst en uitleg over de inhoud en strekking van normalisatienormen geven, zoals bijvoorbeeld blijkt uit een aanbestedingsgeschil voor de rechtbank Amsterdam over de levering van brandstof aan het wagenpark van de gemeente Amsterdam, waarbij de vraag centraal stond of ook aangelengde paraffinediesel aan de EN 15940 kon voldoen.¹⁴²⁷ De gemeente had deze norm voor ‘schone diesel’ in de

uitleg van een andersoortig document waarnaar in een contract wordt verwezen. Vgl. ook HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, *NJ* 2010/570 (*Euronext/AFS*), r.o. 3.4.4, waaruit volgt dat het algemeen reglement en de *trading rules* van Euronext Amsterdam N.V. aan de hand van objectieve factoren moet worden uitgelegd, en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2835, *NJ* 2017, 11 (*Duisenbergregeling*), r.o. 3.3.4 en 3.3.5. Zie ook de noot van Snijders bij HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, *NJ* 2018/422, die in het licht van dit arrest onderscheid maakt tussen de geobjectiveerde Haviltex-methode, waarbij objectieve factoren zwaarwegend zijn, en de principieel objectieve variant, waarbij objectieve factoren in beginsel doorslaggevend zijn, en de CAO-norm, waarbij niet alleen de bewoordingen doorslaggevend zijn, maar puur subjectieve factoren niet meewegen afgezien van de vraag naar de aannemelijkheid van een bepaalde betekenis. Vgl. over uitleg van normalisatienormen onder *common law* Verbruggen 2017a, p. 313.

¹⁴²⁴ Vgl. de objectieve factoren als genoemd in HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *NJ* 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*), r.o. 3.4.2 (de tekst van de bewoordingen van de bepaling gelezen in het licht van de polis als geheel en de bijbehorende toelichting).

¹⁴²⁵ Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4320 (de zaak is ook in cassatie behandeld, doch daar stond alleen de onpartijdigheid van de deskundige centraal, welke zaak ex art. 81 RO is afgedaan),

¹⁴²⁶ HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:AZ4410, *NJ* 2008/104, m.nt. Du Perron (*NBA/Meerhuysen*), r.o. 3.5.1. Vgl. eerder HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4621, *NJ* (*London Verzekeringen/Noordhollandsche*), r.o. 3.3.2 over de uitleg van het Bindend Besluit Regres 1984 welke lijn naar analogie hier eerder past. Zie recent ook HR 4 mei 2018 ECLI:NL:HR:2018:678 (*FNV/Werkgeversorganisaties*), r.o. 3.4.2 en 3.4.3. Zie uitzonderlijk, namelijk een meer subjectieve uitleg van een sociaal plan, doch voor geharmoniseerde normen en normalisatie normen niet relevant, HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114, m.nt. TTT (*FNV/Condor*). Dat alle opstellers van een normalisatienorm in de procedure zijn betrokken – vgl. de *FNV/Condor*-situatie – zal immers zelden tot nooit voorkomen.

¹⁴²⁷ Rb. Amsterdam (vrz.) 24 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5455.

gunningscriteria opgenomen om duurzaamheid te bevorderen. In deze zaak wordt een nadere toelichting aangehaald van een NEN- medewerker die ingaat op de ‘geest en intentie van de norm’. Hiermee moet mijns inziens terughoudend worden omgegaan, zeker nu dergelijke toelichtingen voor zover ze niet blijken uit de tekst van de norm niet voor derden kenbaar zijn. In deze zaak ging het bovendien om een EN-norm waarbij NEN dus niet als enige deelnemer in de opstelling ervan was betrokken (nr. 24 en hoofdstuk 4).¹⁴²⁸ Voor de uitleg van de EN-norm zijn de door de rechtbank Amsterdam aangehaalde objectieve factoren als het voorwoord, de introductie en de noten in de norm relevanter. Voor de *verwijzing naar* de EN-norm in de aanbestedingsstukken is evenwel de objectief kenbare bedoeling van de gemeente met de verwijzing relevant, zoals die blijkt uit de aanbestedingsstukken (vgl. nr. 136 e.v. over uitleg van de *verwijzing*).¹⁴²⁹

Naast de – wat ik maar noem – aan de norm inherente of interne factoren mogen mijns inziens vanuit het privaatrechtelijk beoordelingskader bezien andere objectieve, externe factoren, zoals de rol en betekenis van een norm in de branche, een rol spelen bij uitleg (voor zover voor derden kenbaar), omdat normalisatie-instituten met hun normen mede de technische consensus ambiëren vast te leggen (zie mede hierna nr. 212).¹⁴³⁰ In dat verband ontstaat een complicatie bij geharmoniseerde normen en normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen, nu deze onder omstandigheden als recht kunnen worden gezien ex art. 79 RO en een afwijkende uitleg aan de hand van dit soort omstandigheden aan een coherente uitleg in de weg kan staan. Tegelijkertijd blijven externe factoren relevant voor wat tussen de partijen in kwestie als gedragsregel uit hoofde van de partijafspraken of ongeschreven (privaat)recht geldt. De sleutel lijkt mij te liggen in de motivering van het oordeel door de civiele rechter, waarin duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de uitleg *van de geharmoniseerde norm* (of andere normalisatienorm) en anderzijds uitleg *van de overeenkomst*, de betekenis van (de verwijzing naar) de geharmoniseerde norm voor de partijen in kwestie ter bepaling van de tussen hen geldende (on)geschreven gedragsnormen.¹⁴³¹ De

¹⁴²⁸ Naast de definitieve normen bestaan vaak allerhande voornormen, ontwerpnormen, technische specificaties en CWA's of IWA's die worden ontwikkeld binnen normalisatie-instituten, maar buiten het reguliere normalisatieproces. Deze stukken kunnen zeer informatief zijn, doch zijn niet gebaseerd op consensus en het totstandkomingsproces is niet met zoveel waarborgen omkleed als bij geharmoniseerde normen, met alle risico's van dien (vgl. hoofdstuk 4).

¹⁴²⁹ Vgl. in algemene zin Valk 2018, p. 1953, die de relevantie van het onderscheid tussen het object van uitleg en de gegevens die in de uitleg moeten worden betrokken benadrukt.

¹⁴³⁰ Vgl. in zekere zin de betekenis ‘ter beurse’ van clauses in beurspolissen zoals aangehaald in HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378 (*Royal e.a./Polygram*), r.o. 4.2.

¹⁴³¹ Vgl. Valk, die terecht opmerkt dat duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen het object van uitleg – in de regel de rechtsverhouding tussen partijen – en de gegevens die in uitleg moeten worden betrokken, Valk 2018, p. 1955. Een normalisatienorm kan een van die gegevens zijn. Het onderscheid is behulpzaam, doch de praktijk is soms weerbarstig. Gegevens vragen soms ook om uitleg, waarbij nog een complicatie kan zijn dat partijen die gegevens in casu volstrekt onjuist kunnen hebben geïnterpreteerd of anders dan ze waren bedoeld. Vgl. de door Ten Oever en mij omschreven twee fasen toets bij doorwerking van EU-recht onder art. 3:40 lid 1 BW, doch het onderzoek naar doel en strekking van wettelijke normen van buiten het BW komt op meerdere

uitleg van *geharmoniseerde normen zelf* is gezien de kwalificatie door het Hof van Justitie (nr. 116) naar Nederlands procesrecht een rechtsoordeel.¹⁴³² De geharmoniseerde norm dient dan ook te worden uitgelegd aan de hand van de inhoud ervan, het doel en de strekking van de norm en het juridische kader waar hij onder hangt. De uitleg van *de overeenkomst* in de zin van de uitleg van het beding dat naar geharmoniseerde normen verwijst, is in de regel een gemengd oordeel;¹⁴³³ de uitleg van de overeenkomst in kwestie is in het algemeen feitelijk, maar de vraag naar de daarbij te hanteren gezichtspunten of de toepasselijke uitlegmethode is een rechtsvraag. Verwijst een contractueel beding naar (rechts)begrip uit een geharmoniseerde norm en is met dat begrip ook een rechtsbegrip bedoeld, dan is de uitleg van dat begrip ook een rechtsoordeel.¹⁴³⁴ De daadwerkelijke toets aan de geharmoniseerde norm aan de hand van de feiten zal veelal eveneens een gemengd oordeel betreffen (zie nr. 165).¹⁴³⁵

Vanuit cassatie-technisch oogpunt kunnen zaken zeer complex worden indien een deskundige rechtsnormen toepast in een deskundigenbericht. In een zaak over bedrijfspand dat na heftige sneeuwval was ingestort, werden NEN-normen onder het Bouwbesluit door de deskundigen gebruikt ter berekening of een constructiefout zou zijn gemaakt. Tussen de deskundigen bestond discussie over de uitleg van de NEN-normen en de op basis daarvan gemaakte berekeningen. Konden verzekeraars een constructiefout bewijzen, dan kwam hen een beroep toe op een dekkingsuitsluiting onder een Beurspolis voor Uitgebreide Gevaren. Het hof wees, net als de rechtbank, het beroep op de dekkingsuitsluiting af op basis van een deskundigenrapport dat als tegenbewijs de juistheid van de overige rapporten ontzenuwde. Verzekeraars richtten diverse cassatieklachten tegen dit afwijzende oordeel van het hof. De eerste klacht hield samengevat in dat het hof de NEN-normen niet als rechtsnormen maar zeer feitelijk zou hebben benaderd.¹⁴³⁶ De andere klachten zagen op motiveringsgebreken, nu zonder motivering volgens verzekeraars onder andere niet viel in te zien waarom het hof niet hoefde te kiezen welke berekening de juiste was, dan wel waarom het de berekening van de derde

plekken terug (o.a. bij aanvulling van overeenkomsten en relativiteit bij onrechtmatige daad), Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 3 en 4 en Ten Oever & Veldt 2016b, p. 335-342.

¹⁴³² Zie over rechtsoordelen: *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/145; Van der Wiel e.a. 2019, p. 68-72, alsmede p. 113-118. Het oordelen dat geharmoniseerde normen deel uitmaken van het Unierecht ex art. 267 VWEU is een vraag van uitleg van EU-recht. Het type oordeel betreft de kwalificatie onder en vertaalslag naar het Nederlandse (cassatie)procesrecht.

¹⁴³³ Zie over gemengde oordelen: *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/ 146 en 147; Van der Wiel e.a. 2019, p. 80-86. Vgl. Ten Oever & Veldt 2016b, p. 335-342, onder verwijzing naar Giesen in relatie tot art. 3:40 lid 1 BW en het WAV-arrest. Zie over rechtsoordelen en gemengde oordelen in relatie tot HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, *NJ* 2010/570 (*Euronext/AFS*), Menting 2016, p. 232.

¹⁴³⁴ Vgl. in algemene zin Van der Wiel e.a. 2019, p. 69. Vgl. in Europese context ook Wissink 2001, p. 303 en 309, die mede productveiligheid als voorbeeld noemt.

¹⁴³⁵ Vgl. Van der Wiel e.a. 2019, p. 82.

¹⁴³⁶ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, *NJ* 2019/21. De zaak is gepubliceerd vanwege de beslissing over de proceskosten in relatie tot incidenteel appel. Het betrof een cassatie op Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3852, *AR* 2017/5076, r.o. 2.27.

deskundige (impliciet) juist achtte. A-G Valk meent dat hoewel NEN-normen onder het Bouwbesluit in zijn ogen als rechtsnormen moeten worden gezien, het oordeel van het hof ziet op de feitelijke draagkracht van de constructie op grond van het ontwerp (en dus niet op de uitleg van de norm). De A-G merkt voorts terecht op dat bij discussie over de precieze inhoud van een rechtsnorm, de rechter – net als het hof – het gelijk in die discussie in het midden mag laten indien het voor de beslissing van de zaak niet op dat gelijk aankomt.¹⁴³⁷ De zaak werd door de Hoge Raad ex art. 81 RO afgedaan.¹⁴³⁸ Hoewel de A-G hierin kan worden gevolgd, zullen dit soort discussies niet altijd in het midden kunnen blijven en zal in de praktijk de grens tussen uitleg en toepassing van normalisatienormen niet altijd scherp worden getrokken. Dergelijke gemengde oordelen moeten met een combinatie van rechts- en motiveringsklachten worden bestreden.

Blijkens rechtspraak van de Hoge Raad staat het Nederlandse procesrecht er overigens niet aan in de weg dat normen die recht zouden kunnen vormen in de zin van art. 79 RO toch door een gerechtsdeskundige worden uitgelegd.¹⁴³⁹ Dat is mijns inziens wenselijk omdat daarmee de praktische bruikbaarheid van de uiteindelijke uitleg van de bepaling kan worden gewaarborgd. De inhoud van de geschreven rechtsnorm zal bovendien moeten worden gerelateerd aan de overige omstandigheden van het concrete geval om te kunnen beoordelen wat de betekenis is van die geschreven norm voor het tussen partijen in concreto geldende recht. Mijns inziens bestaat de ruimte tot het inschakelen van een deskundige bij de uitleg van het recht, ook bij geharmoniseerde normen, maar de civiele rechter blijft een van de hoeders van het Europese recht en dient waar nodig prejudiciële vragen te stellen (nr. 280).

165 Inhoudelijke toets van de schending van normalisatienormen

Is een normalisatienorm van toepassing tussen partijen, dan is de vraag hoe de inhoudelijke toets van de naleving c.q. de tekortkoming plaatsvindt. Voor de beoordeling van een niet-nakoming van een verbintenis c.q. tekortkoming onder een overeenkomst dient de rechter feitelijke omstandigheden als gesteld door partijen mede te toetsen aan een geharmoniseerde norm of andere normalisatienorm. Deze toets is een technische toets aangezien de norm een technisch gehalte heeft. Het ligt dus voor de hand dat hierbij veelal een deskundige worden ingeschakeld.

De rechtspraak bevestigt dat een grote rol is weggelegd voor de deskundige. Dit kan een partijdeskundige of gerechtsdeskundige zijn. De deskundige kan als gezegd ook op eigen initiatief een norm toepassen (o.a. §

¹⁴³⁷ Concl. A-G Valk, overwegingen 2.15 t/m 2.18.

¹⁴³⁸ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, NJ 2019/21.

¹⁴³⁹ HR 2 februari 1990, NJ 1991/1 (*De Staat/Natuur en Milieu c.s.*), r.o. 3 over een deskundigenbericht over het wettelijke begrip indijking: *'Anders dan onderdeel 1 betoogt, legt 's hofs aldus begrepen opdracht aan deskundigen niet zonder meer een vraag van uitleg van de wet voor. Al ware zulks anders dan zou die opdracht trouwens evenmin blijf geven van een onjuiste rechtsopvatting: het staat de rechter vrij zich ook omtrent zuiver juridische vragen door deskundigen te doen voorlichten.'*

6.2.3 en nr. 267 en 280).¹⁴⁴⁰ Diens oordeel over het al dan niet volgen van de norm wordt veelal een-op-een overgenomen voor het wel of niet tekortschieten onder de overeenkomst.¹⁴⁴¹ In één zaak komt de rechtbank zelf tot een oordeel over wanprestatie op grond van schending van de NEN-normen zonder tussenkomst van een deskundige. De rechtbank volgt de bevindingen van de gemeente bij oplevering, omdat de aannemer niet dan wel niet-tijdig zou hebben geprotesteerd.¹⁴⁴² Indien de opdracht aan een deskundige in het kader van een voorlopig deskundigenbericht inhoudt dat een product dient te worden getoetst aan een EN-norm, en de voorlopig deskundige houdt zich niet aan zijn opdracht, dan kan het voorkomen dat diens bevindingen niet als bewijs ter zake non-conformiteit kunnen dienen. In dit geval ging het om geleverde *dry-coolers* die qua koelcapaciteit zouden worden getest aan EN1048. Partijen waren het met deze opdracht eens.¹⁴⁴³

Verder moet de geschonden norm wel iets zeggen over de vermeende tekortkoming. Indien een norm niets zegt over het kernverwijt dat een partij haar wederpartij maakt ter zake de tekortkoming, kan een oordeel over binding en de status van die normalisatienorm uiteraard in het midden blijven.

¹⁴⁴⁴

Overigens komt het ook voor dat na een eerste gerechtelijk (voorlopig)deskundigenbericht ten aanzien van het technische gedeelte

¹⁴⁴⁰ Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8495, r.o. 4.4 waaruit blijkt dat hoewel tussen hoofd- en onderaannemer geen NEN 2747 is overeengekomen, doch wel tussen hoofdaannemer en opdrachtgever, de deskundige toch aansluiting zoekt bij die norm voor wat betreft de herstellmethode.

¹⁴⁴¹ Vb. Rb. Zutphen 26 maart 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF6264 : dakpannen niet in strijd met NEN-norm en dus conform. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5526: Lasnaden volgens deskundige niet conform NEN-EN-ISO-norm en daarom staat *‘vast dat het laswerk van de onderzochte luifelconstructie niet voldeed aan de eisen van goed vakmanschap. De deskundige heeft evenwel geoordeeld dat het falen van de aluminium luifelconstructie niet veroorzaakt is door de afwijkende wanddikte en/of de verdachte laskwaliteit. Het causaal verband tussen de tekortkoming en de directe schade als gevolg van het instorten van de luifelconstructie in [plaats 1] is dus niet gegeven, zodat deze niet voor vergoeding in aanmerking komt.’*, aldus rechtbank r.o. 4.4 en in stand gelaten door het hof r.o. 6.5.5 en 6.6.1. Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4320, r.o. 2.28 t/m 2.32, waarin het gerechtsdeskundigenbericht door het hof bijna geheel wordt gevolgd ook al twisten partijen over de door de deskundige gehanteerde uitleg van de norm. Zie ook Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV0512, r.o. 4.10, waarin de rechtbank o.a. het rapport van de toezichthouder IVW over een pleziervaartuig overneemt op grond waarvan zij oordeelt dat het schip ten onrechte van een CE-markering is voorzien nu niet de vooraf opgegeven specificaties zijn gevolgd.

¹⁴⁴² Rb. Zwolle-Lelystad 14 november 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BD4284, r.o. 8.8.2.

¹⁴⁴³ Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8995.

¹⁴⁴⁴ Zie bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht van Essent aan VSB tot werkzaamheden ter verbetering van de fundering van een elektriciteitsmast, Rb. Maastricht 26 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB4448, r.o. 4.21: *‘Nog afgezien van het feit dat VSB heeft betwist dat de NEN-norm 6722 van toepassing was op de uitvoering van de werkzaamheden, kan uit hetgeen Essent ter zake heeft gesteld niet worden geconcludeerd dat VSB ‘poer voor poer’ had moeten werken. De NEN-norm 6722 geeft normen voor het ontkisten van gestort beton en de uithardingstermijnen die in dat opzicht in acht moeten worden genomen. Blijkens deze norm heeft zij als doel om bij ontkisting verlies van evenwicht en vereiste vorm van het te ontkisten constructiedeel te voorkomen. In dit verband wordt nog een onderscheid gemaakt tussen dragende en niet-dragende bekisting. Uit de NEN-norm volgt dus niet dat zij (mede) als doel heeft om de stabiliteit van de gehele constructie te waarborgen, zodat uit de eventuele toepasselijkheid van deze norm niet kan worden afgeleid dat VSB in verband met het waarborgen van de stabiliteit van de mast als geheel ‘poer voor poer’ had moeten werken.’*

(bijvoorbeeld de mate van geluidsoverlast bij een gesplitste woning en de ongeschiktheid van de isolatie) een tweede gerechtsdeskundige wordt benoemd (bijvoorbeeld een makelaar voor de schade).¹⁴⁴⁵ Het illustreert dat bij technisch complexe zaken, ondanks hulp van een norm, nadere deskundigenberichten nodig zijn voor informatie over verschillende onderdelen van de grondslag van de vordering.

166 Toerekenbaarheid krachtens schuld, wet, rechtshandeling of verkeersopvatting

Toerekenbaarheid is slechts relevant voor schadevergoeding ex art. 6:74 lid 1 BW (vgl. voor art. 6:162 lid 3 BW, §§ 7.3.1.5 en 7.3.2.4). Toerekenbaarheid van een tekortkoming is in beginsel niet hetzelfde als toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad. Zo vormt overmacht in het contractuele aansprakelijkheidsrecht een bevrijdend verweer (overmacht ex art. 6:75 BW), waarbij de stelplicht en bewijslast ervan rust op de aangesproken partij, terwijl toerekenbaarheid bij een onrechtmatige daad een vestigingsvereiste voor aansprakelijkheid is. Toerekenbaarheid ziet in een contractuele context bovendien op ander gedrag dan in buitencontractuele context, namelijk op de tekortkoming in plaats van de onrechtmatige daad. Vindt onder invloed van publiekrecht en alternatieve regulering echter een zekere objectivering van zorgplichten plaats (vgl. nr. 142), dan is aannemelijk dat ook het onderscheid in de invulling van de toerekenbaarheid in beide contexten aan scherpte verliest. Daarom zullen, mede in het licht van de eerdergenoemde ontwikkeling van zorgplichten (nr. 7 en nr. 142), de relevante omstandigheden voor toerekening van een tekortkoming of onrechtmatige daad tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn. Ik verwijs hier dan ook graag naar mijn opmerkingen over toerekenbaarheid krachtens schuld bij onrechtmatige daad (§§ 7.3.1.5 en 7.3.2.4). Uit die opmerkingen volgt dat toerekenbaarheid krachtens schuld van een tekortkoming respectievelijk onrechtmatige daad bestaande uit de niet-naleving van productnormen met name lastig is bij importeurs en leveranciers c.q. distributeurs aangezien van hen beperkte kennis van de daadwerkelijke eigenschappen van het product in relatie tot productnormen kan worden verwacht. Slechts in bijzondere omstandigheden zullen zij bekend kunnen zijn of worden geacht met de (verborgen) schending van productnormen of verdere onveiligheid. In aanvulling daarop adresseer ik hier enkele bijzonderheden van overmacht.

Wat nu indien een overeenkomst dwingend verwijst naar normen die later onjuist blijken te zijn. Is een daaruit voortvloeiende tekortkoming wel toerekenbaar? Een voorbeeld hiervan vormt een aanbestedingszaak waarin onjuiste normalisatienormen centraal stonden voor de berekening van de brandwerendheid van (het gebruik van) kanaalplaten in parkeergarages waarnaar in het Bouwbesluit 2003 werd verwezen. De onjuistheid van deze normen waarnaar in de gunningscriteria werd verwezen, werd ten tijde van de

¹⁴⁴⁵ Rb. Zutpen 3 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993.

aanbesteding onderzocht, doch pas na gunning in de loop van de uitvoering definitief bekend. Ballast Nedam wilde hierop de reeds tot stand gekomen en deels uitgevoerde overeenkomst ontbinden, omdat haar oorspronkelijke ontwerp niet aan de nieuwe herziene normen voldeed. De gemeente vorderde echter nakoming. Hoewel voor nakoming wettelijk gezien geen toerekenbaarheid is vereist (art. 3:296 BW), volgt volgens de voorzieningenrechter uit § 10 lid 4 sub a UAV-CG 2005 dat de gemeente slechts een rechtsvordering kan instellen indien het niet verlenen van een definitieve vergunning wegens het niet-voldoen van de ontwerpwerkzaamheden aan overheidsvoorschriften aan Ballast Nedam kan worden toegerekend.¹⁴⁴⁶ De onjuistheid van de NEN-normen stond volgens de voorzieningenrechter in dit geval aan toerekenbaarheid in de weg.¹⁴⁴⁷ Volgens de voorzieningenrechter was sprake van een tekortkoming door Ballast Nedam doordat het Bouwbesluit 2003 ook een overkoepelende open norm bevatte die nader werd ingevuld door de NEN-norm. Thans kon objectief worden vastgesteld dat het ontwerp van Ballast Nedam niet aan die open norm voldeed. Echter, nu – kort gezegd – die tekortkoming te wijten was aan eisen die voor Ballast Nedam niet kenbaar konden zijn uit de aanbestedingsstukken, kon haar volgens de voorzieningenrechter ter zake geen verwijt worden gemaakt. De gemeente kon derhalve geen nakoming vorderen:¹⁴⁴⁸

‘Dit zou anders kunnen zijn indien aannemelijk is dat Ballast Nedam rond de relevante datum in oktober 2008 ermee bekend was, althans had behoren te zijn – onder meer op grond van bevindingen naar aanleiding van de brand in de garage in de Lloydstraat te Rotterdam – dat zij er niet zonder meer vanuit mocht gaan dat de geldende voorschriften met betrekking tot kanaalplaten nog in overeenstemming waren met de eisen die daaraan ten aanzien van de brandwerendheid op basis van een zich ontwikkelende stand van de wetenschap met betrekking tot dit onderwerp worden gesteld. Dat is niet aannemelijk geworden.’¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴⁶ Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, JOM 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*): ‘Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter staat het hebben van slechts een voorwaardelijke vergunning voor de beoordeling van dit geschil gelijk met het niet verlenen van de vergunningen als bedoeld in § 10 lid 4. Op grond van dit lid schiet Ballast Nedam tekort in de nakoming van haar verplichting uit hoofde van lid 1 van § 10, indien het niet verlenen van de vergunningen op het in de overeenkomst vastgelegde tijdstip het gevolg is van:

(a) het niet voldoen van de ontwerpwerkzaamheden aan de voor het werk relevante bouwtechnische- en milieutechnische overheidsvoorschriften, vooropgesteld dat dit aan Ballast Nedam kan worden toegerekend, dan wel

(b) onvoldoende inspanning van Ballast Nedam tot het verkrijgen van de in het eerste lid bedoelde vergunningen.

Kern van het geschil is de vraag of sprake is van een toerekenbare tekortkoming in het ontwerp van Ballast Nedam.’

¹⁴⁴⁷ Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, JOM 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*).

¹⁴⁴⁸ Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, JOM 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*) (nummering ontbreekt in de uitspraak).

¹⁴⁴⁹ Art. 10 lid 7 UAV-GV 2005 gaf de opdrachtnemer een ontbindingsmogelijkheid indien de opdrachtgever nadat hem een redelijke termijn is gesteld om tot wijziging van de overeenkomst over te gaan niet reageerde. De zaak is ook nog interessant voor de inhoudelijke beoordeling van de gelijkwaardigheid van het ontwerp van

Is het risico kenbaar, dan kan een onjuiste norm Ballast Nedam inderdaad niet baten. Dit doet denken aan een analoge toepassing van het ontwikkelingsrisicoverweer (vgl. nr. 179), dat alleen opgaat bij objectieve onbekendheid op grond van de stand van de wetenschap en de techniek.

Zijn – anders dan in de Ballast Nedam-zaak – geen contractuele beperkingen gesteld aan het recht op nakoming en verwijst een overeenkomst dwingend naar onjuiste productnormen terwijl ten tijde van het sluiten van de overeenkomst sprake was van een risico waarmee de partij voor wie de productnorm gold niet bekend mocht worden geacht, dan kan de wederpartij een vordering tot nakoming mogelijk worden ontzegd wegens gebrek aan belang (art. 3:303 BW) of kan een beroep op het beding onaanvaardbaar zijn op grond van de redelijkheid en billijkheid (nr. 171). Daarmee is de overeenkomst echter nog niet aangepast of ontbonden. In dat geval kan art. 6:258 BW nog soelaas bieden.

Of kan worden toegerekend krachtens rechtshandeling in de zin dat een garantie is gegeven met betrekking tot productnormen is een kwestie van uitleg (nr. 136 e.v.).¹⁴⁵⁰ De verhouding tussen garanties en exoneraties in relatie tot productnormen komt mede in nr. 171 aan de orde.

Art. 6:77 BW bepaalt dat indien bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat in beginsel aan de schuldenaar wordt toegerekend, tenzij dit gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval onredelijk zou zijn. Het artikel is niet van toepassing indien de verbintenis de (af)levering van de zaak behelst (zoals bij koop).¹⁴⁵¹ Heeft een productnorm betekenis voor de tekortkoming dan werkt dit door in de categorie van toerekening krachtens de wet ex art. 6:77 BW. De geschiktheid van de zaak dient mede te worden bepaald in het licht van de overeenkomst; het gaat erom of de zaak geschikt is voor het beoogde doel, de uitvoering van de verbintenis.¹⁴⁵² Wanneer productnormen onderdeel zijn van de verbintenis, dan wel indirect worden gebruikt als feitelijk referentiekader ter bepaling of tekort is geschoten (vgl. nr. 160), ligt voor de hand dat zij ook relevant zijn ter bepaling van de ongeschiktheid in voornoemde zin. Het artikel is met name relevant in gevallen waarin schuld niet kan worden vastgesteld. Het artikel neemt bovendien aan praktische

Ballast Nedam aan de NEN-normen en de vraag of strengere eisen uit de van toepassing verklaarde “Praktijkrichtlijn mechanisch geventileerde garages” zouden zijn overeengekomen, zie de laatste overwegingen van de uitspraak.

¹⁴⁵⁰ Een garantie is naar Nederlands recht geen vast omlijnd begrip, Tjittes 2018, p. 471 onder verwijzing naar o.a. HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (*Mol/Meijer*), r.o. 3.3.

¹⁴⁵¹ B.J. Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 2.4, onder verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016/330.

¹⁴⁵² *MvA II, Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 270. Ongeschiktheid is daardoor niet hetzelfde als gebrekkigheid ex art. 6:185 BW. Zie ook Hiemstra 2018, p. 96-105, hoewel de gezichtspunten onder gebrekkigheid onder omstandigheden relevant kunnen zijn bij de invulling van ongeschiktheid.

relevantie toe vanwege de toenemende dienstverlening in de maatschappij en is van belang in relatie tot productnormen mede door de ruime definities van 'distributeur' onder de RAPV en het sectorspecifieke productveiligheidsrecht, waar ook dienstverleners toe behoren (nr. 64), en het 'op de markt brengen' (nr. 34). Zo kan een hotel dat een elektrisch verstelbaar bed aan zijn gasten ter beschikking stelt, mogelijk een distributeur zijn onder de RAPV en onder de Laagspanningsrichtlijn.

De laatste jaren speelt de discussie of en hoe art. 6:77 BW moet worden toegepast bij inspanningsverbintenissen, zoals bij geneeskundige behandeling waarbij gebrekkige medische hulpmiddelen zijn gebruikt. In die context is de vraag gesteld of de tenzij-clausule van art. 6:77 BW (de onredelijkheid) vanwege de aard van de hoofdverbintenis anders moet worden ingevuld. Deze vraag was ten tijde van de afronding van het onderzoek nog niet beantwoord door de Hoge Raad.¹⁴⁵³ Het proefschrift van Hiemstra is vooralsnog het meest uitvoerige werk dat deze vraag behandelt en haar antwoord luidt mijns inziens terecht dat de invulling van de onredelijkheid van art. 6:77 BW in beginsel niet principieel anders is bij geneeskundige behandeling.¹⁴⁵⁴ Hoewel in de rechtspraak bij een beroep op de tenzij-formule een enkele keer relevant is bevonden dat een zaak een CE-markering bevat in de zin dat het bevrijdend zou werken, merkt Hiemstra terecht op dat de CE-markering binnen de risico-afweging in de context van de tenzij-formule bij medische hulpmiddelen doch ook in het algemeen slechts een zeer beperkte rol kan spelen. Het *ontbreken* van een CE-markering kan onder omstandigheden de zaak ongeschikt maken (nr. 49), in welk geval er zelfs sprake kan zijn van schuld, maar de betekenis van de *aanwezigheid* van een CE-markering is binnen de context van art. 6:77 BW beperkt aangezien de CE-markering of betrokkenheid van een *Notified Body (NB)* geen garantie is voor veiligheid van het product (nr. 47) en de ongeschiktheid in de zin van individuele ondeugdelijkheid van de zaak of ongeschiktheid voor de uitvoering van deze specifieke verbintenis ook uit andere omstandigheden kan worden afgeleid.¹⁴⁵⁵

¹⁴⁵³ Er zijn wel prejudiciële vragen gesteld. Zie Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166, Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1458 (tussenuitspraak) en Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3188 (prejudiciële vragen). Later is de conclusie verschenen: Concl. P-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176.

¹⁴⁵⁴ Hiemstra 2018, p. 336. Zie ook Wijne 2019, p. 19 e.v. onder verwijzing naar Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10336, JA 2019/4.

¹⁴⁵⁵ Hiemstra 2018, p. 129 en 130. Een aantal zaken waarin de CE-markering in de medische context ten onrechte relevant werd geacht bij de beoordeling van onredelijkheid in voornoemde zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, JA 2014/50, NJF 2014/377, Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179, JA 2015/148, m.nt. M.S.E. van Beurden, *GZR-Updates.nl* 2015-0389 m.nt. R.P. Wijne, *GJ* 2015/143 (doch meer in de context van schuld), Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212, JA 2016/37, *GZR-Updates.nl* 2016-0035 m. nt. R.P. Wijne, NJF 2016/119, *GJ* 2016/21, Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491, RAV 2017/90, Rb. Limburg 31 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4981, RAV 2017/91. Voor zaken buiten de medische context waarin de omstandigheid van een keuring niet bevrijdend werkt: Rb. Midden-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5643, S&S 2015/59 (*ProRail/ERS Railways*), Rb. Utrecht 25 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3544, NJF 2012/412, Rb. Limburg 31 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4981, RAV 2017/91.

Toerekenbaarheid krachtens verkeersopvatting bij koop en het arrest *Oerlemans/Driessen* worden hierna behandeld (nr. 169).¹⁴⁵⁶ Overigens is denkbaar dat de regel uit dat arrest in sommige gevallen naar analogie kan worden toegepast bij dienstverlening, doch in veel gevallen zal art. 6:77 BW, dat mede als codificatie van verkeersopvattingen kan worden gezien, dan veelal soelaas bieden voor de gelaedeerde.¹⁴⁵⁷

167 Contractuele afdwingbaarheid van de naleving van productnormen

Directe contractuele betekenis c.q. toepassing resulteert in binding. Dat betekent dat de productnorm onderdeel is van de contractuele verbintenis. Is de productnorm onderdeel van de verbintenis, dan kan nakoming van die verbintenis worden gevorderd (ex art. 6:248 lid 1 BW jo. 3:296 BW) en resulteert een tekortkoming in de bekende contractuele remedies, mits aan de verdere vereisten van de desbetreffende remedies is voldaan (denk aan ontbinding, opschorting, schadevergoeding et cetera).

Zoals geïllustreerd kan echter ook sprake zijn van indirecte contractuele toepassing, waardoor er geen binding aan een productnorm wordt bewerkstelligd, maar bijvoorbeeld een geharmoniseerde norm wel relevante informatie geeft voor andere privaatrechtelijke gedragsnormen (of andere rechtsvragen, zie nr. 142 en nr. 160). Er is dan wel sprake van betekenis, doch naleving van de geharmoniseerde norm en andere remedies voortvloeiend uit de schending ervan kunnen niet rechtstreeks worden afgedwongen.

168 Betekenis voor causaal verband

Bij schadevergoeding op grond van wanprestatie ex art. 6:74 (evt. jo. 7:24 lid 1 e.v. BW) moet causaal verband tussen de tekortkoming en de schade aanwezig zijn. Productnormen kunnen ook van invloed zijn op het bewijs van het vereiste causaal verband. Hoewel causaal verband tussen een tekortkoming en schade iets anders is dan causaal verband tussen een onrechtmatige daad en schade, volsta ik hier met een verwijzing naar paragraaf 7.5 omdat in een contractuele context vergelijkbare vermoedens kunnen worden toegepast.

6.4.2 Bijzondere contractuele normstelling: koop

169 Toerekenbaarheid bij koop krachtens verkeersopvatting

In aanvulling op hetgeen bij toerekenbaarheid onder nr. 166 is opgemerkt geldt bij koop het volgende. De conformiteits eis moet niet als een garantieverbintenis worden gezien; een beroep op overmacht blijft mogelijk.¹⁴⁵⁸ De Hoge Raad heeft in het arrest *Oerlemans/Driessen* evenwel geoordeeld dat de verkeersopvattingen meebrengen dat een tekortkoming bestaande in een gebrek in een industrieel vervaardigde zaak in beginsel voor

Slechts wanneer een keurmerk bijvoorbeeld de keuzevrijheid van een schuldenaar beïnvloedt (denk aan aanbesteding) zou dit volgens Hiemstra anders kunnen zijn, zie mede p. 334 en 335.

¹⁴⁵⁶ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*).

¹⁴⁵⁷ Vgl. Memelink 2009, p. 323, zoals ook aangehaald door Hiemstra 2018, p. 100.

¹⁴⁵⁸ HR 9 januari 1998, NJ 1998/272 (*Brok/Huberts, heupdysplasie*).

rekening van de verkoper daarvan komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen en hij de zaak niet zelf heeft vervaardigd. Dit zal volgens de Hoge Raad slechts anders kunnen zijn in geval van – door de verkoper zo nodig te bewijzen – bijzondere omstandigheden. Het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden mag niet snel worden aangenomen.¹⁴⁵⁹ Wat bijzondere omstandigheden in voornoemde zin kunnen zijn, is onduidelijk.¹⁴⁶⁰ De koper in kwestie had geen bijzondere omstandigheden aangevoerd.

De vraag is wat de Hoge Raad onder ‘gebrek’ in voornoemde zin verstaat. De regel uit het arrest lijkt algemeen geformuleerd, doch in casu ging het om een veiligheidsgebrek in combinatie met schade aan andere zaken. Het product in casu betrof een meststof genaamd BioFer die werd gekocht door een koper die een rozenkwekerij exploiteerde. Na gebruik van het product ontstond schade aan de rozen, doordat BioFer een herbicide zou bevatten. Een ‘gebrek’ in voornoemde zin doet denken aan de term ‘gebrek’ in de zin van de Richtlijn Productaansprakelijkheid, zij het dat het hier gaat om bedrijfsmatige zaakschade die buiten het harmonisatiebereik van de richtlijn valt. Gebrekkigheid in dit arrest mag niet met gebrekkigheid bij productaansprakelijkheid op één lijn worden gesteld. Het gaat hier om een *conformiteitsgebrek*. Zoals Hijma het verwoordt:

‘Bedacht zij dat wanneer eenmaal een conformiteitsgebrek in de zin van art. 7:17 BW is geconstateerd, er een genuanceerd afwegingsproces is doorlopen, waarin talloze feiten en omstandigheden reeds de revue zijn gepasseerd (nr. 335 e.v.). Weliswaar was het kader vooralsnog alleen dat van art. 7:17 BW (tekortkoming) en niet dat van art. 6:75 BW (toerekenbaarheid), maar toch: het feit dat die eerste complexe afweging in het nadeel van de verkoper is uitgevallen, levert impliciet een – niet decisieve – indicatie op dat ook de toerekeningsvraag in voor de verkoper ongunstige zin is te beantwoorden.’¹⁴⁶¹

Doordat conformiteit onder een koopovereenkomst op andere wijze wordt vastgesteld (namelijk in het licht van de overeenkomst) dan gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid, staat de maximumharmonisatie onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid niet aan toepassing van *Oerlemans/Driessen*-regel bij consumentenkoop in de weg.¹⁴⁶² Ik zeg daarmee overigens niet dat een non-conforme zaak niet tevens een gebrekkig product

¹⁴⁵⁹ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, *NJ* 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*), r.o. 3.6 onder verwijzing naar overweging 9 van de conclusie van A-G Hartkamp en aldaar genoemde bronnen, die aansluit bij *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 160, 184–186, 190–192, 195 e.v.

¹⁴⁶⁰ Zie voor enkele suggesties t.a.v. mogelijk relevante omstandigheden, Hartlief 2001, p. 987. Hijma noemt als voorbeelden die in bijzondere gevallen wellicht grond kunnen zijn voor deze uitzondering: een ‘kleine’ verkoper tegenover een ‘grote’ koper; verzekering aan de zijde van de koper, het ontbreken van verzekering bij de verkoper, beknelling van de verkoper doordat geen regres mogelijk is, aanwijzing van de(ze) voorschakel door de koper of het anderszins ontbreken van keuzemogelijkheden voor de verkoper, een grote (bedrijfs)schade tegenover een lage koop prijs, gering profijt voor de verkoper en een atypische aard van het gebrek.

¹⁴⁶¹ *Asser/Hijma 7-I* 2019/598.

¹⁴⁶² Anders en ten onrechte Hiemstra 2018, p. 325 onder verwijzing naar o.a. HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*).

kan zijn, maar de maatstaf is fundamenteel anders. Bovendien wordt schade in de zin van productaansprakelijkheid in beginsel gekanaliseerd naar de producent (nr. 170). Daardoor wordt mijns inziens bij toepassing van *Oerlemans/Driessen*-regel bij consumentenkoop de leverancier niet op een door het Hof van Justitie ontoelaatbaar geachte wijze met de producent gelijkgesteld (vgl. nader nr. 176, nr. 233 en nr. 238).

Door deze regel tikt de betekenis van productnormen bij conformiteit als het ware direct door in de toerekenbaarheid, omdat bij het vaststaan van non-conformiteit toerekenbaarheid in gevallen als voornoemd veelal is gegeven.

In een zaak over koop van een onroerende zaak oordeelde het hof Leeuwarden dat onbekendheid van de in het Bouwbesluit genoemde NEN-normen voor de verkoper niet zonder meer voldoende is voor een geslaagd beroep op overmacht, nu ingevolge de verkeersopvattingen een zodanige onbekendheid voor risico van de verkoper dient te komen (vgl. rechtsdwaling in buitencontractuele context, nr. 209).¹⁴⁶³

Een voorbeeld waarbij de regel uit *Oerlemans/Driessen* is toegepast in relatie tot een overtreden nationale productnorm is de *Eurogrit*-uitspraak van de rechtbank Rotterdam.¹⁴⁶⁴ Eurogrit is een producent van straalgrit; Hurks is een van de afnemers van het grit, dat zij gebruikt voor het stralen van betonelementen. Op enig moment is asbest aangetroffen in het grit, waarna Hurks een asbestinventarisatie heeft laten uitvoeren bij twee vestigingen. Een van de terreinen bleek gecontamineerd en moest worden gesaneerd. Voor onbedoeld asbesthoudende producten met een zekere hoeveelheid aanwezige stof geldt een nationaal verbod tot onder andere het verhandelen en voorhanden hebben ervan.¹⁴⁶⁵ Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een tekortkoming en dat de vermoedelijke oorzaak is gelegen in de smeltslakken die Eurogrit importeert uit de Oekraïne en die de basis vormen voor het grit. In lijn met *Oerlemans/Driessen* acht de rechtbank irrelevant dat Eurogrit de verontreiniging niet kende of behoorde te kennen. Dat Eurogrit geen regres kan nemen op leveranciers is volgens de rechtbank niet relevant, omdat dit factoren zijn die tot de risicosfeer van Eurogrit behoren.¹⁴⁶⁶ De door haar gestelde wanverhouding tussen koopprijs en de schadevergoeding kan Eurogrit evenmin baten, nu volgens de rechtbank professionele partijen ter bescherming tegen te vergaande aansprakelijkheid aansprakelijkheidsbeperkingen kunnen opnemen.¹⁴⁶⁷ Dat is in dit geval ook gebeurd, doch doordat de rechtbank het begrip 'directe schade' in de

¹⁴⁶³ Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, *RCR* 2011/78.

¹⁴⁶⁴ Rb. Rotterdam 2 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6 (*Byldis Prefab/Eurogrit c.s.*). Zie in hetzelfde schandaal het eerdere kort geding over bereddingskosten, Rb. Rotterdam (vrz.) 27 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6275 (*Gelders staal- en schildersbedrijf/Eurogrit c.s.*). Zie ook, met betrekking tot hetzelfde product, doch een andere afnemer; Rb. Noord-Nederland 12 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1975.

¹⁴⁶⁵ O.a. Productbesluit asbestproducten (*Stb.* 2008, 160).

¹⁴⁶⁶ R.o. 4.5. Dit was een mogelijke bijzondere omstandigheid die Hijma noemde in zijn noot bij *Oerlemans/Driessen* (nr. 169), die een uitzondering op de hoofdregel soms wellicht zou kunnen rechtvaardigen.

¹⁴⁶⁷ R.o. 4.7. Dit was een andere mogelijke omstandigheid die Hijma noemde in zijn noot bij *Oerlemans/Driessen* (nr. 169).

contractuele beperking ruim uitlegt, komt alle schade die in rechtstreeks causaal verband staat met de tekortkoming uiteindelijk voor vergoeding in aanmerking. Dat is – anders dan Eurogrit betoogde – niet alleen de transactieschade.¹⁴⁶⁸

170 Versterkte betekenis door kanalisatie en regres bij koop

Indien een productnorm contractuele betekenis krijgt via de invulling van de conformiteit in het consumentenkooprecht ex art. 7:17 lid 1 BW, dan krijgt de productnorm, indien de consument een van zijn rechten uitoefent, vanwege de bijzondere regresregeling ex art. 7:25 lid 1 en 2 BW jo. art. 6 lid 1 BW ook betekenis bij het regres op voorschakels (behoudens de uitzonderingen als genoemd in lid 3 en 4). De Richtlijn Consumentenkoop laat de inhoud en invulling van het regresrecht in beginsel aan de lidstaten.¹⁴⁶⁹ De omvang van ons nationale regresrecht is vooralsnog onduidelijk. Voorts is het regresrecht reactief in de zin dat het pas werking krijgt nadat de koper zijn rechten heeft uitgeoefend.¹⁴⁷⁰ Gaat een distributeur preventief over tot het terughalen of terugroepen van een product en maakt hij daarvoor extra kosten (denk aan advertentie-, vervoer-, opslag- en vernietigingskosten), dan lijkt hij dus niet van het bijzondere regresrecht te kunnen profiteren.

Bij schade als gevolg van wanprestatie bij koop is de verkoper in beginsel alleen aansprakelijk voor de transactieschade en niet voor de schade in de zin van de Richtlijn Productaansprakelijkheid ingevolge de kanalisatieregeling van art. 7:24 lid 2 BW, behoudens de uitzonderingen als genoemd sub a (kortweg: schuld verkoper), b (kortweg: garantie) of c (schade onder de franchise). De kanalisatieregelingen zijn sinds jaar en dag sterk bekritiseerd.¹⁴⁷¹ In relatie tot productnormen is van belang dat met name distributeurs in de dienstverlening, die geen product leveren, geen beroep op de kanalisatie bij koop toekomt, terwijl die in sommige gevallen eveneens als doorgeefluik van producten kunnen worden gezien en als zodanig beklemd kunnen raken tussen de gelaedeerde en degene van wie zij het product hebben afgenomen.¹⁴⁷² Voorstelbaar is dat de gelaedeerde jegens zijn voorschakel soms wel de weg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan bewandelen om aan een exoneration de werking te ontnemen (zie nader nr. 171).

¹⁴⁶⁸ R.O. 4.16.

¹⁴⁶⁹ Zie ook art. 4 Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)) en art. 18 Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

¹⁴⁷⁰ Zie voor kritiek in deze zin op de regresregeling o.a. Van Santen 2018. Vgl. ook Krans 1997.

¹⁴⁷¹ Zie o.a. *Asser/Hijma 7-I* 2019/608 voor kanalisatie bij koop.

¹⁴⁷² Overigens komt het mogelijk wel een beroep toe op art. 6:244 BW voor zover zij een exoneration van een voorschakel niet hebben kunnen doorbedingen aan de eindafnemer van het product op grond van de regeling algemene voorwaarden c.q. oneerlijke bedingen, vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/508.

6.5 BEPERKINGEN AAN CONTRACTUELE NORMSTELLING UIT HOOFDE VAN PRODUCTNORMEN

171 Grenzen aan de partijautonomie: beperkende werking redelijkheid en billijkheid en de onredelijk bezwarende bedingen

In het contractenrecht is het zo dat slechts in zeer bijzondere omstandigheden het publiekrecht toch voorgaat op de partijautonomie en de contractvrijheid. Een schending van productnormen kan maken dat een beroep op een contractueel beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is ex art. 6:248 lid 2 BW. Voorts kunnen bedingen in strijd met productnormen mogelijk als oneerlijk worden gekwalificeerd ex art. 6:233 sub a BW. In de rechtspraak zijn geen voorbeelden gevonden waarin de gevolgen van contractuele binding aan een normalisatienorm op een van voornoemde gronden worden ingeperkt.

In contracten worden veelal exonerationbedingen opgenomen. Marktdeelnemers in de keten, waaronder de fabrikant, exoneren zich meestal, veelal voor gevolgschade.¹⁴⁷³ Doorwerking van exonerationen van de fabrikant jegens een derde wordt over het algemeen niet geaccepteerd.¹⁴⁷⁴ Een beroep op een exonerationbeding kan in bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar respectievelijk onredelijk bezwarend zijn.¹⁴⁷⁵ Van onaanvaardbaarheid is sprake indien de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van de met de leiding van zijn bedrijf belaste personen.¹⁴⁷⁶ (NB: het exoneren van eigen opzet of bewuste roekeloosheid kan overigens mede in strijd zijn met de openbare orde en/of goede zeden ex art. 3:40 lid 1 BW, nr. 172).¹⁴⁷⁷ De enkele schending van een producteis is op zichzelf niet voldoende voor onaanvaardbaarheid, het behoren te weten van zo'n schending evenmin: het moet gaan om een zodanig ernstig verwijt dat een beroep op het beding

¹⁴⁷³ Vgl. voor België Lierman 2004, p. 384.

¹⁴⁷⁴ Duyvensz 2010, p. 665 onder verwijzing naar HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, NJ 1966/279 (*Moffenkit*), Barendrecht & Duyvensz 2000a, p. 142 en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 527 (zonder jaartal).

¹⁴⁷⁵ In het algemeen betreft het oordeel met betrekking tot de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een belangenafweging, zie HR 19 mei 1967, ECLI:NL:PHR:1967:AC4745, NJ 1967/261, m.nt. Scholten (*Saladin/HBU*), waarin als bekende gezichtspunten worden genoemd: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedragen betrokken belangen, de aard en verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest. HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695, NJ 1976/486 (*Van der Laan/Top, Pseudo vogelpest*) noemt verder: de aard en de ernst van de voorzienbare schade, de strekking van het beding (in hoeverre een beding tot beperking van aansprakelijkheid in verhouding staat tot de omvang van de voorzienbare schade) en de gedragingen van de koper met betrekking tot de gebreken of de daardoor veroorzaakte schade.

¹⁴⁷⁶ In de woorden van het hof '*grove veronachtzaamheid*' in HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, NJ 1998/208 (*Gemeente Stein/Driessen*), r.o. 3.6.1 waarbij het ging om een kraan die was omgevallen waarbij het hof had vastgesteld dat de leidinggevende personen, ondanks concrete aanwijzingen dat de veiligheidsvoorzieningen van de kraan waren uitgeschakeld, hadden nagelaten maatregelen te treffen om deze voorzieningen te herstellen. Zie later ook HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*), r.o. 3.6 en HR 17 februari 2006, NJ 2006/158 (*Spector/Fotoshop*), r.o. 3.11.

¹⁴⁷⁷ Van den Brink 2002, p. 49 e.v. als eerder aangehaald in Ten Oever & Veldt 2016b, p. 327.

onaanvaardbaar is (vgl. *Fabels/Meenderink*).¹⁴⁷⁸ Een van de routes om tot bewuste roekeloosheid van rechtspersonen te komen, is het aannemen van organisatiewetenschap van de rechtspersoon, waarbij wijze van organisatie en kennisuitwisseling dient te worden beoordeeld aan de hand van de verkeersopvattingen.¹⁴⁷⁹ Met name geharmoniseerde normen die kwaliteitsmanagementsystemen voorschrijven en de documentatie die daarbinnen wordt gewisseld (nr. 25) kunnen belangrijke informatie geven over het aannemen van organisatiewetenschap en als niet-bindend, doch gezaghebbend referentiekader mijns inziens de verkeersopvattingen nader concretiseren.¹⁴⁸⁰

Bewuste roekeloosheid omvat blijkens *BT/Scaramea* ook mogelijkhedenbewustzijn,¹⁴⁸¹ waardoor de objectieve wetenschap dat schending van een productnorm kan leiden tot schade en het bewust aanvaarden van die kans een beroep op een exoneration onaanvaardbaar kan maken. De rechtbank Rotterdam achtte een beroep op een exonerationbeding in een distributiecontract onaanvaardbaar wegens bewuste roekeloosheid in een geval waarin vaststond dat een product door de Zwitserse toezichthouder zowel in Zwitserland als in de EVA en de EU was verboden. De formule van het product zou vervolgens zijn aangepast, maar de Zwitserse voorschakel had de distributeur in Griekenland niet op de hoogte gesteld van de recall, waarna de handel van het product werd gecontinueerd. Het product moest uiteindelijk ook in Griekenland van de markt worden gehaald, mede naar aanleiding van twee incidenten waarbij kinderen na vermeend gebruik van het product in het ziekenhuis waren beland. Niet alleen de productaansprakelijkheidsvordering op de distributeur, tevens zijnde importeur in de EER, maar ook de

¹⁴⁷⁸ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, *JOR* 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh, *JOL* 2005, 127 (*Fabels/Meenderink*), r.o. 3.7.4: *‘In aanmerking genomen dat het hof heeft geoordeeld dat Fabels behoorde te weten dat de verbouwingen aan de bedoelde voorschriften dienden te voldoen, doch niet heeft vastgesteld dat Fabels daadwerkelijk wist dat de verbouwingen met die voorschriften in strijd waren, heeft het hof met zijn oordeel dat het beroep van Fabels op het exonerationbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetzij blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd. Het hof heeft blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, indien het heeft geoordeeld dat Fabels enkel omdat hij behoorde te weten dat de verbouwingen van de woning aan de bedoelde voorschriften dienden te voldoen, een zodanig ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij niet heeft gemeld dat de verbouwingen in strijd met de voorschriften zijn geschied, dat zijn beroep op het exonerationbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Indien het hof heeft geoordeeld dat in het licht van andere omstandigheden van het geval Fabels een ernstig verwijt kan worden gemaakt, heeft het hof zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd door niet te vermelden welke omstandigheden het daarbij op het oog had en welk gewicht het aan de omstandigheden heeft toegekend.’* Zie ook Tjittes 2018, p. 548.

¹⁴⁷⁹ Overeenkomstig het Babbel-criterium, Tjittes 2018, p. 549 en p. 165. Zie ook Katan 2018, p. 264 e.v. en voor nuances p. 287.

¹⁴⁸⁰ Vgl. Katan 2018, p. 265 onder verwijzing naar de ISO 9001 maar wel onder de vermelding; *‘bedrijven schermen er niet voor niets mee dat ze gecertificeerd zijn volgens de norm ISO 9001’*. Mijns inziens mogen deze normen, die de basis vormen voor geharmoniseerde normen, ook los van zulke mededelingen worden gebruikt als *benchmark* indien een productveiligheidsmodule ze gebruikt (indirecte werking, nr. 142).

¹⁴⁸¹ Vgl. HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984, *NJ* 2008/480 (*BT/Scaramea*), r.o. 3.5. Zie ook Tjittes 2018, p. 549.

recallkosten konden in dat geval op de Zwitserse voorschakel worden verhaald.¹⁴⁸²

Is het naleven van productnormen een kernprestatie in de zin van een garantie dan wordt over het algemeen aangenomen dan het volledig uitsluiten van aansprakelijkheid voor de niet-nakoming ervan snel onaanvaardbaar zal zijn op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁸³ Voor consumentenovereenkomsten geldt dat exonerationbedingen worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn ex art. 6:237 aanhef en onder f BW.¹⁴⁸⁴ Deze regeling geldt in beginsel niet voor B2B-verhoudingen waarbij ondernemingen zijn betrokken als bedoeld in art. 6:235 lid 1 onder a en b BW.¹⁴⁸⁵

Het hangt van de omstandigheden van het geval af of in een B2C en/of B2B-verhouding bijvoorbeeld een distributeur in concreto een beroep op een exoneration toekomt. Diens verbintenis onder een overeenkomst wordt via uitleg en aanvulling via de redelijkheid en billijkheid gekleurd door zijn algemene zorgplicht. In de regel mag van de distributeur minder kennis van het product in relatie tot productnormen worden verwacht (nr. 67 en 238). Diens zorgplicht kleurt mede de mate van verwijtbaarheid, alsmede eventuele onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Voor gespecialiseerde distributeur-verkopers zullen bijzondere, strengere zorgplichten gelden. Voor distributeurs in dienstverlenende takken en andere hoedanigheden zal de zorgplicht lichter zijn. Daardoor zal een beroep op onaanvaardbaarheid van eventuele exonerationen bij schending van productnormen nog minder snel worden aangenomen.

Uiteraard hangt een beoordeling van de onaanvaardbaarheid mede van het doel en de strekking van de verwijzing af en van de overige omstandigheden van het geval. Belangrijke aanwijzingen voor onaanvaardbaarheid kunnen mogelijk zijn gelegen in de slechte toegankelijkheid van normen in relatie tot sommige partijen, het onjuist of achterhaald zijn van concrete normen of de onzorgvuldige totstandkoming ervan (vgl. hoofdstuk 4). Nederlandse rechtspraak hierover ontbreekt echter. Overigens zijn ook spiegelbeeldige gevallen denkbaar, zijnde gevallen waarin een beroep op een garantie tot het naleven van productnormen onaanvaardbaar is (vgl. nr. 166).

¹⁴⁸² Rb. Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6080, *JGR* 2014/39, r.o. 4.14. Auteur is bij deze procedure betrokken geweest.

¹⁴⁸³ Vgl. *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018/13 over bewaarneming onder verwijzing naar o.m. een overweging van het Hof Arnhem 25 juli 2000 als aangehaald in HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, *NJ* 2003, 112 (*Bramer/Hofmanbeheer & Colpro*), r.o. 4.15. Tjittes 2018, p. 552 onder verwijzing naar *Gerards/Vijverberg en Maassluis* (in die zin eerder ook Brunner en Van Rossum). Zie *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/98 over opdracht, die meent dat bepaalde essentiële aspecten van de overeenkomst van opdracht niet expliciet en doelbewust mogen worden weggecontracteerd. Anders: De Graaf 2012, p. 38.

¹⁴⁸⁴ Zie ook Verbruggen 2019b, p. 50-51 over beheerders van indoor speelhallen. Op grond van het niet-geharmoniseerde Besluit Attractie en Speeltoestellen gelden voor distributeurs eigen bijzondere verplichtingen die de zorgplicht kleuren.

¹⁴⁸⁵ Behoudens eventuele reflexwerking, hetgeen hier niet zal worden uitgewerkt. Het beperken van aansprakelijkheid in een B2B-verhouding door middel van een beding dat aansluit bij de verzekerde som resp. de verzekeraarbaarheid is veelal wel toegestaan, vgl. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1280, *JIN* 2016/156 (*X/Veka*).

172 Grenzen aan de partijautonomie: nietigheid

In de hoofdstukken 2 en 3 en onder nr. 139 is reeds aan de orde gekomen dat de verplichtingen voor marktdeelnemers niet per definitie de strekking hebben om contractuele rechtsgevolgen in het leven te roepen of contracten aan te vullen.¹⁴⁸⁶ Dat deze verplichtingen uit eigen hoofde zouden leiden tot nietigheid van rechtshandelingen, zou nog een stap verder zijn en ligt niet voor de hand (vgl. nr. 92 waar ik reeds heb betoogd dat vooralsnog geen aanleiding bestaat de Europese rechtspraak over ambtshalve toepassing naar analogie toe te passen bij schending van productnormen).

Desalniettemin kan receptie via het nationale privaatrecht maken dat aan productnormen toch betekenis toekomt (*bottom up*) en in nietigheid zou kunnen resulteren, met name via het nationale openbare orde begrip (art. 3:40 lid 1 BW).

Schendingen van productveiligheidsrecht brengen naar Duits recht in beginsel geen nietigheid van de overeenkomst met zich ex § 134 BGB nu bepalingen zoals in het *Produktsicherheitsgesetz* (*ProdSG*) geen *Verbotsgesetz* zijn in de zin dat ze de inhoud en strekking hebben om overeenkomsten aan te tasten. Dit is slechts anders indien partijen zich bijvoorbeeld van de inbreuk bewust zijn geweest.¹⁴⁸⁷ Naar Engels recht zijn contractuele bepalingen die strijdig zijn met productveiligheidsregelgeving niet nietig (*void*) of van rechtswege niet-afdwingbaar (*unenforceable*) (s. 41(3) CPA), doch de wettelijke aansprakelijkheid voor schending van productveiligheidsrecht (zie nader nr. 194) kan niet contractueel worden uitgesloten of beperkt (s.41(4) CPA).¹⁴⁸⁸

Naar Nederlands recht dient de betekenis van productnormen binnen het kader van art. 3:40 lid 1 BW te worden beoordeeld. Om dit toch al complexe kader te concretiseren gebruik ik een voorbeeld: een Chinese producent spreekt in een distributieovereenkomst met een Nederlandse handelaar af dat deze laatste exclusief gerechtigd wordt om producten in Europa te verkopen en dat de handelaar jaarlijks minimaal 50.000 stuks van het product zal afnemen. Het is de handelaar niet toegestaan het product anders dan via zijn eigen Europese winkels aan te bieden. Het contract vermeldt tevens dat niet

¹⁴⁸⁶ Vgl. de opvatting in Duitsland dat contractuele afwijkingen van productveiligheidsrecht geen nietigheid ex § 134 BGB met zich brengen, *Klindt/ProdSG* (2015), § 4, Rn. 58.

¹⁴⁸⁷ *Klindt/ProdSG* (2015), § 4, Rn. 58 onder verwijzing naar BGH NJW 1981, 2640 over de voorloper van het *ProdSG* waarin dit overigens open werd gelaten. Vgl. recent ook Armbrüster 2018, p. 3481 e.v. over het Volkswagen-schandaal en het '*Verbotsgesetzcharakter*' van art. 21 Verordening (EG) nr. 443/2009 (Verordening Emissienormen personenauto's) dat volgens hem zou ontbreken, waarin hij ook ingaat op tal van uitspraken over technische veiligheidsvoorschriften in relatie tot nietigheid. Hij concludeert daarover: '*Die Judikatur lässt sich mithin dahingehend zusammenfassen, dass Verstöße gegen technische Sicherheitsvorschriften grundsätzlich jedenfalls dann nicht als Verbotsgesetz einzuordnen sind, wenn sich die Sicherheitsvorschrift nur an eine Vertragsseite richtet und der Verstoß dem Käufer nicht bekannt war. Die Literatur hat sich dieser Sichtweise angeschlossen.*⁶² Sie erscheint zutreffend,⁶³ da in solchen Fällen der Käufer schutzwürdig ist und zudem für den Verstoß regelmäßig anderweitige Sanktionen vorgesehen sind.' Vgl. mijn opmerkingen over art. 3:40 lid 1 BW, waarbij de aanwezigheid van andere (privaatrechtelijke) sancties en het ontbreken van bewustzijn van de schending pleiten tegen strijd met de openbare orde.

¹⁴⁸⁸ Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-90. '*Supply of dangerous goods in the course of a business*' in het algemeen (lees: het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV) is ex regs. 5 en 8 GPSR weliswaar strafbaar doch vormt geen grond voor '*an action for breach of a statutory duty*', zie Clerk & Lindsell (2014), 11-90.

kan worden gegarandeerd dat de producten zullen voldoen aan de Europese eisen. Daarnaast behoudt de producent zich, uit hoofde van zijn marketingstrategie, het recht voor exclusief de reclame te verzorgen op het Europese vasteland. Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat een producent buiten de EU toch een product in Europa *in de handel kan brengen* en daarmee onderworpen kan zijn aan het productveiligheidsrecht. *In de handel brengen* is een EU-autonoom begrip en niet civielrechtelijk gekleurd. Het secundaire EU-recht lijkt het verrichten van de rechtshandeling niet te verbieden, bijvoorbeeld de *verkoop* van inbreukmakende producten aan marktdeelnemers in de EU (slechts het aanbieden is verboden nr. 34 en 45).¹⁴⁸⁹ Wordt een inbreukmakend product feitelijk in de handel gebracht als gevolg van een contract tussen een producent buiten de EU en een EU-importeur zoals in het voorbeeld, dan is het *verrichten* van de rechtshandeling, namelijk het sluiten van die overeenkomst, op zichzelf niet verboden en derhalve niet nietig ex art. 3:40 lid 2 BW. Het contract zou onder omstandigheden wel een verboden *inhoud* of *strekking* kunnen hebben, indien het verplicht tot een bij wet verboden prestatie,¹⁴⁹⁰ en nietig kunnen zijn op grond van art. 3:40 lid 1 BW wegens strijd met de openbare orde. De Hoge Raad omschrijft 'strijd met de openbare orde' als 'strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard'.¹⁴⁹¹

Zoals ik eerder met Ten Oever heb betoogd, pleit ik bij art. 3:40 lid 1 BW voor een beoordeling in twee fasen, namelijk door eerst te bezien in hoeverre er sprake is van strijd met de wet en vervolgens in hoeverre er strijd is met de openbare orde.¹⁴⁹² Sinds *Esmilo/Mediq* is immers duidelijk dat niet iedere overeenkomst met een bij wet verboden inhoud of strekking direct in strijd is met de openbare orde (of goede zeden).¹⁴⁹³ Het contract heeft een verboden *inhoud* indien bijvoorbeeld de Chinese producent zich contractueel zou verplichten tot het in de handel brengen van inbreukmakende producten in de EU. Indien de definitie van *in de handel brengen* uit art. 6 van de nieuwe Markttoezichtverordening en andere richtsnoeren wordt gevolgd, zou hier sprake van kunnen zijn indien de producent contractueel daadwerkelijk verplicht is reclame te maken in de EU voor inbreukmakende producten (nr. 34).¹⁴⁹⁴ Is het in de handel brengen in de EU en het maken van inbreuk geen onderdeel van de verbintenis, maar wel het feitelijke gevolg van de

¹⁴⁸⁹ Vgl. art. R1 lid 1 jo. 2 Modelbesluit. Het productveiligheidsrecht is uitdrukkelijk anders dan bijvoorbeeld handelsverboden die worden vastgesteld met het oog op economische sancties en die in dat kader o.a. verkoop verbieden. Zie voor verdere voorbeelden Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 4, i.h.b. de rechtspraak genoemd in noot 64.

¹⁴⁹⁰ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4.

¹⁴⁹¹ HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. Hijma (*Boetebeding WAV, Wijnenbouw/Muller*), r.o. 3.5.1 en 3.5.9.

¹⁴⁹² Ten Oever & Veldt 2016b, p. 333 e.v. en Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 3.5. Wij hebben – in navolging van eerdere auteurs als Hijma – gepleit voor een tweefasentoets.

¹⁴⁹³ Sinds *Esmilo/Mediq* is duidelijk dat niet iedere overeenkomst met een verboden inhoud of strekking direct in strijd is met de openbare orde (of goede zeden), HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*).

¹⁴⁹⁴ Vb. art. 3 lid 1 jo. lid 2 Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

overeenkomst, dan zou sprake kunnen zijn van een verboden *strekking*. Dat lijkt in voornoemd voorbeeld het geval indien ter uitvoering van de verbintenis inbreukmakende producten worden geleverd, want de distributeur mag het inbreukmakende product in dat geval niet in een ander land met lagere eisen verkopen en zal het product dus op de Europese markt brengen dan wel moeten vernietigen.

Van een verboden strekking kan overigens ook sprake zijn indien het doel en de strekking van een wettelijke regeling met een contractueel beding onaanvaardbaar worden doorkruist (zie *Wijnenbouw/Muller*, WAV-arrest).¹⁴⁹⁵ Hijma onderscheidt deze situatie van strijd met de strekking van de wet van de situatie waarin de *tekst van de wet* met het beding wordt geschonden.¹⁴⁹⁶ Het is naar verwachting met name dit gevaltype dat in de praktijk voor overeenkomsten in de handelsketen in relatie tot Europese productnormen van belang zal zijn.

Zoals ik eerder heb betoogd in het licht van het WAV-arrest vindt in de eerste fase in het beoordelingsproces, daar waar in potentie EU-recht in het gedrang komt dat geen contractuele rechtsgevolgen dicteert, een onderzoek naar het doel en de strekking van de EU-rechtelijke verplichting plaats. In het productveiligheidsrecht vraagt dit onderzoek al snel een samenspel tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie, aangezien doel en strekking van de EU-norm – onder meer welke fundamentele EU-beginselen en algemene belangen met de norm worden beschermd – een vraag van EU-recht is, doch de sanctionering van die norm – die in de casus van het WAV-arrest een belangrijk gezichtspunt vormt in die fase – aan de lidstaten wordt gelaten (nr. 72).¹⁴⁹⁷ Voor productveiligheidsrecht is van belang dat het, naast marktordening en soms eerlijke mededinging, de veiligheid van personen en zaken tot doel heeft (§ 3.4). De verplichtingen strekken daardoor tot bescherming van belangen van meer fundamentele aard dan bepalingen over werkvergunningen.¹⁴⁹⁸ Hoe groter het risico, de kans op schade en de aard en ernst van de gevolgen ter voorkoming waarvan de plicht strekt, hoe fundamenteeler deze mijns inziens zal zijn. Bij de uitleg van de strekking van EU-recht legt de doeltreffendheid extra gewicht in de schaal (hoofdstuk 3). Voor wat betreft de sancties dient te worden gewezen op onder meer de Nederlandse omzetafhankelijke boete (nr. 75), een teken dat het de nationale wetgever ernst is. Dat deze primair bestuursrechtelijk is en de strafrechtelijke sanctionering daarop achterblijft, wijst wellicht op een geringere normatieve

¹⁴⁹⁵ In mijn eerdere publicaties met Ten Oever over het arrest HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. Hijma (*Boetebeding WAV, Wijnenbouw/Muller*), m.n. Ten Oever & Veldt 2016b, p. hebben wij het WAV-arrest ten opzichte van *Esmilo/Mediq* getracht te positioneren en diverse opties de revue laten passeren. Een daarvan was dat in *WAV* de HR wellicht niet aan de stap van strijd met de wet naar strijd met de openbare orde toekwam, p. 336 onder verwijzing naar r.o. 3.4.

¹⁴⁹⁶ Zie Hijma's noot bij *WAV* onder nr. 7.

¹⁴⁹⁷ Vgl. Ten Oever & Veldt 2016b, p. 335 en 338-341.

¹⁴⁹⁸ Vgl. ook art. 6 Handvest (dat aansluit bij art. 5 EVRM) zijnde het recht op vrijheid en veiligheid en in art. 17 Handvest (dat aansluit bij art. 1 van het eerste protocol EVRM), zijnde het recht op eigendom.

lading, doch daaruit kan ook een grotere wens tot afschrikking worden afgeleid.¹⁴⁹⁹

De uitleg van het contractuele beding in de eerste fase en het oordeel over strijd met de openbare orde en het al dan niet toekennen van de remedie nietigheid in de tweede fase¹⁵⁰⁰ is in beginsel aan de lidstaat (nr. 93). Zeker nu nietigheid een zware remedie is, die tornt aan de privaatrechtelijke beginselen van partijautonomie en contractsvrijheid, is relevant dat het doel van preventie wellicht ook via andere routes kan worden bereikt, zoals via publiekrechtelijke handhaving, uitleg, het niet-honoreren van een beroep op een beding wegens onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW (nr. 171) en buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁵⁰¹ De grens van *Rewe/Comet* komt bij afwijzing van nietigheid daardoor niet snel in beeld (nr. 79). In voornoemde door mij uiteengezette weging herkent men de *Van Schijndel*-toets (zie ook nr. 93). Zo zal een beroep door een producent op een beding dat het product niet voldoet aan de Europese eisen al snel onaanvaardbaar zijn indien de producent daadwerkelijk reclame maakt in Europa voor een inbreukmakend product, waardoor hij het product hier in de handel brengt en de schending van het productveiligheidsrecht door hem reeds is gegeven.

Het WAV-arrest is voor het productveiligheidsrecht nog in het bijzonder van belang omdat sprake is van ketenverantwoordelijkheid gezien het verplichtingenkader als genoemd in hoofdstuk 2. Hierdoor zijn situaties denkbaar waarin meerdere marktdeelnemers voor het op de markt brengen of laten van een product kunnen worden beboet (vgl. de WAV). Vanwege de introductie van de omzetafhankelijke boete (nr. 75) zal het belang bij risicoallocatie in de keten via boetebedingen alleen maar groter zijn. Uiteindelijk komt het ook dan neer op een weging van de exacte bewoordingen van het contractuele beding en diens strekking in relatie tot het doel en de strekking van de concrete productveiligheidsverplichting en daarop gestelde sancties.¹⁵⁰² Het is aan de nationale wetgever of rechter die uiteindelijke weging te maken, waarbij hij mede acht dient te slaan op de eisen van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid. Hij heeft evenwel veel beoordelingsruimte.

De openbare orde omvat meer dan alleen het geschreven recht. Nietigheid zou – los van een bij wet verboden prestatie – nog kunnen volgen als de strekking van de rechtshandeling is dat de ene partij de andere partij moet vrijwaren voor de gevolgen van het opzettelijk of bewust roekeloos niet naleven van wettelijke plichten. Denk ook aan het geval waarin partijen met hun overeenkomst doelbewust het incasseren van boetes willen frustreren. In deze gevallen staat niet zozeer de schending van de publiekrechtelijke norm of

¹⁴⁹⁹ Vgl. r.o. 3.5.2 WAV en de samenvatting van de argumenten onder 8 van Hijma's noot daarbij.

¹⁵⁰⁰ Den Hollander onderscheidt in wat ik noem de tweede fase nog een stap (strijd met de openbare orde) en een sprong (nietigheid).

¹⁵⁰¹ Vgl. eerder Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 4 (slot). Zie ook Concl. A-G Wissink bij *Esmilo/Mediq* onder 3.18.

¹⁵⁰² Vgl. ook Hijma in zijn noot bij WAV onder 14.

onderminning van de publiekrechtelijke handhaving centraal, maar het gedrag van de actor dat in strijd is met meer omvattende ongeschreven normen van openbare orde of goede zeden.¹⁵⁰³

De betekenis van productnormen voor de openbare orde lijkt al met al telkens indirect te zijn in de zin dat de schending van productveiligheidsrecht kan bijdragen aan het oordeel of de openbare orde is geschonden, doch deze vult de openbare orde niet een-op-een in.

Ambtshalve toepassing van productnormen of daarmee samenhangende verplichtingen buiten de grenzen van de rechtsstrijd ex art. 25 Rv lijkt evenmin snel in beeld te komen. Het doeltreffendheidsbeginsel promoveert het productveiligheidsrecht mijns inziens niet tot recht van openbare orde. De rechter mag nationale beginselen, zoals de procedurele partijautonomie die aan art. 24 Rv en de lijdelijkheid ten grondslag ligt, alsmede de rechtszekerheid, wegen tegen Europese beginselen als effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid (vgl. de *Van Schijndel*-toets, hoofdstuk, 3 nrs. 79 en 93). Ambtshalve toepassing lijkt voor de rechtsbescherming binnen de hier centraal staande instrumenten voor consumenten c.q. productgebruikers en concurrenten veelal niet essentieel te zijn.¹⁵⁰⁴

6.6 CONCLUSIE

173 Samenvattend

Europese productnormen – bestaande uit enerzijds producteisen en anderzijds geharmoniseerde normen – kunnen op verschillende manieren betekenis krijgen voor contractuele normstelling. Europese productnormen zijn op een overeenkomst van toepassing indien partijen de toepasselijkheid ervan in het licht van de omstandigheden redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Toepasselijkheid kan volgen uit een expliciete verwijzing of de norm kan impliciet zijn overeengekomen op grond van de overige omstandigheden van het geval. In beide gevallen bestaat in beginsel directe contractuele binding van partijen aan deze normen (§§ 6.2.2 en 6.2.3). Europese productnormen kunnen worden gebruikt bij de invulling van ongeschreven gedragsnormen zoals de norm van ‘redelijk handelend en bekwaam beroepsbeoefenaar’ en goed vakmanschap (§ 6.2.2, nr. 142). De norm is dan behulpzaam ter beantwoording van de vraag waar partijen subjectief op hebben vertrouwd, dan wel waar partijen redelijkerwijs op hebben mogen vertrouwen. Toepasselijkheid van productnormen kan ook voortvloeien uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid of de gewoonte indien die kan

¹⁵⁰³ Zie ook HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. Hijma (*Boetebeding WAV, Wijnenbouw/Muller*), r.o. 3.7 en mijn eerdere opmerkingen over het bewustzijns criterium in relatie tot de goede zeden en de openbare orde in Ten Oever & Veldt 2016b, p. 331 en 336. Vgl. later ook Hijma in zijn noot bij WAV onder 13, met onder ‘a) benadelingsbedoeling’ verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/344 en Van Den Brink 2002, p. 98-102.

¹⁵⁰⁴ Vgl. Ancery 2018 over financieel toezichtrecht in het algemeen en ook Den Hollander 2018 over HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *JAR* 2018/66 m.nt. A.M. Helstone, *JOR* 2018/215 m.nt. E.L.H. van der Vos (*Rabobank/X*) over art. 1:125 lid 2 Wft dat overigens een niet-EU-bepaling betreft. Zie in algemene zin ook Concl. A-G Wissink in zijn conclusie voor het arrest *Esmilo/Mediq*, onder 3.18.

worden vastgesteld. Wettelijke aanvulling is mogelijk, doch ligt gezien de strekking van productnormen en de daarmee samenhangende verplichtingen niet standaard in de rede. Geharmoniseerde normen kunnen ook gelaagd worden toegepast indien een partij bij de overeenkomst erop mocht vertrouwen dat voor haar wederpartij de verplichtingen onder het productveiligheidsrecht golden. Europese productnormen kunnen (net als andere wettelijke normen en normalisatienormen) voorts betekenis krijgen door wat ik indirecte toepassing noem. Zo kan men bij gebreke van directe toepasselijkheid van de norm via uitleg de norm toch gebruiken als ijkpunt of referentiekader, omdat deze bijvoorbeeld iets zegt over een objectief vast te stellen veiligheidsniveau. De CE-markering en – indien deze wordt ingevoerd – de verplichte publicatie van de *DoC* kunnen mijns inziens de contractuele betekenis van productnormen, ook in overeenkomsten tussen opvolgende schakels, versterken.

De feitenrechtspraak laat zien dat normalisatienormen door de rechter, door partijen of soms zelfs door een deskundige uit eigen beweging worden gebruikt en zeer feitelijk worden benaderd. In een incidenteel geval valt de rechter over het gebrek aan binding (nr. 148), doch in het merendeel van de gevallen zijn zij ondanks het gebrek daaraan van grote invloed. Het partijdebat vormt een belangrijke factor. De productnorm dient inhoudelijk te worden beoordeeld en gewaardeerd door de rechter alvorens de exacte betekenis voor bijvoorbeeld de inhoud van de overeenkomst of de tekortkoming kan worden achterhaald. Met name indien het een normalisatienorm betreft, zal voor die beoordeling kennis nodig zijn die de rechter niet zelf in huis zal hebben, waardoor hij veelvuldig moet vertrouwen op een deskundige.

De eerdergenoemde privaatrechtelijke doorwerkingsmechanismen zijn uiteraard ook van toepassing bij koop, doch ‘normaal gebruik’ is een belangrijk geobjectiveerd gezichtspunt waarvoor productnormen van betekenis zijn. Via ‘normaal gebruik’ kunnen productnormen zelfs betekenis krijgen in rechtsverhoudingen waar de primaire normadressaat van productnormen – de fabrikant – geen deel van uitmaakt. Met name in het internationale handelsrecht (CISG) mag er niet zomaar op worden vertrouwd dat producten voldoen aan de eisen die gelden in het land van de koper. Normaal gebruik – dat in die context veelal zal zien op de verhandelbaarheid van het product – is dan lastiger vast te stellen. Uit de gezaghebbende buitenlandse rechtspraak onder de CISG volgt dat de eisen van het land van de verkoper in beginsel leidend zijn. De ratio hierachter is dat de verkoper niet zomaar bekend mag worden geacht met de eisen in het land van de koper. Het is aan de koper om bij gebreke van duidelijke contractuele aanwijzingen, de verkoper over deze eisen voor te lichten. Bijzondere omstandigheden maken echter al snel dat de koper toch op toepasselijkheid van zijn eigen (of andere) voorschriften mag vertrouwen, zoals het van toepassing zijn van de voorschriften in het land van de verkoper, het hebben van vestigingen in het land van bestemming, een bestendige handelsrelatie, eerdere exportervaringen naar het desbetreffende land of het adverteren aldaar voor zijn producten. Deze omstandigheden

kunnen mijns inziens ook bruikbaar zijn bij zuivere internationale koop – een koop tussen twee commerciële partijen uit verschillende landen, waarvan er één niet is gevestigd in de EU – van roerende zaken waarop het Nederlandse recht van toepassing is indien de CISG niet van toepassing is of door partijen uitdrukkelijk is uitgesloten (derhalve onder het Haviltex-criterium). Of een product door de verkoper in de EU ‘in de handel is gebracht’ (nr. 34) vormt mijns inziens ook in die gevallen een belangrijk gezichtspunt voor de contractuele toepasselijkheid van productveiligheidsrecht.

In de feitenrechtspraak over non-conformiteit bij koop van onroerende zaken valt op dat de rol van NEN-normen groot is. NEN-normen krijgen ook betekenis in rechtsverhoudingen waarbij geen bouwprofessionals – de primaire normadressaten van NEN-normen onder het Bouwbesluit – zijn betrokken. De normen worden mede gebruikt ten aanzien van aspecten van woningen die niet de veiligheid ervan betreffen (§ 6.3.3 onder nr. 162). Duidelijk is dat de rechter in grote mate leunt op het oordeel van de deskundige, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid, het doel en strekking van de norm als de toets eraan (§§ 6.2.3, 6.3.3 en 6.4 onder nr. 165).

De diverse wijzen waarop productnormen betekenis kunnen krijgen voor contractuele normstelling kunnen schematisch als volgt worden weergegeven (Annex 2).

Voor wat betreft de gevolgen van contractuele betekenis moet bij uitleg van productnormen in contractuele verhoudingen onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds hetgeen partijen met de verwijzing naar een productnorm hebben beoogd (§ 6.2.2 onder nr. 136) en anderzijds de inhoud, het doel en de strekking van de productnorm zelf (nr. 164). De betekenis van productnormen bij de tekortkoming werkt tot op zekere hoogte door in de toets aan het vereiste van toerekenbaarheid, aangezien bij een tekortkoming toerekenbaarheid ervan veelal is gegeven. Zoals in paragraaf 7.5 aan de orde komt, kan de schending van een productnorm ook doorwerken in de toets aan het causale verband, waardoor de privaatrechtelijke remedie van schadevergoeding open kan staan. Bij consumentenkoop maakt de kanalisatie- en regresregeling dat daar waar productnormen bij consumentenkoop betekenis krijgen, deze betekenis in theorie ook doorwerkt in de rechtsverhoudingen hoger op in de keten. Deze regelingen werken echter wel pas nadat de consument zijn recht heeft ingeroepen en de praktische impact van de regelingen is ongewis.

Contractuele afwijkingen van productnormen en het productveiligheidsrecht zijn echter niet altijd gesanctioneerd met onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW of nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW aangezien de partijautonomie in hoge mate wordt beschermd en Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen voor marktdeelnemers niet de strekking lijken te hebben overeenkomsten aan te tasten (§ 6.5).

7 Buitencontractuele normstelling

7.1 INLEIDING

174 Algemeen

In dit hoofdstuk zal worden bekeken op welke manieren Europese productnormen betekenis krijgen voor buitencontractuele normstelling. Dit buitencontractuele hoofdstuk is op vergelijkbare wijze opgebouwd als het contractuele hoofdstuk, met één belangrijk verschil: dit hoofdstuk begint met productaansprakelijkheid als kwalitatieve aansprakelijkheid (§ 7.2). Deze buitencontractuele grondslag wordt eerst behandeld, mede omdat wordt aangenomen dat van deze regeling enige reflexwerking uitgaat op de aansprakelijkheid voor producten ex art. 6:162 lid 1 BW. Bij de bespreking van productaansprakelijkheid wordt geen onderscheid gemaakt in een buitenlands en Nederlands theoretisch kader aangezien dit een volledig geharmoniseerd Europees kader is, dat is vastgelegd in de Richtlijn Productaansprakelijkheid. De richtlijn moet autonoom worden uitgelegd en het nationale recht richtlijnconform. Omdat de nationale en buitenlandse rechtspraak over Europese producteisen en geharmoniseerde normen (en over andere wettelijke en normalisatienormen) in relatie tot productaansprakelijkheid zeer beperkt is, zullen de uitspraken van lagere rechters over productnormen, andere wettelijke normen en andere normalisatienormen, geïntegreerd worden behandeld. Vervolgens komt de reguliere onrechtmatige daad aan de orde (§ 7.3). Daarna wordt aandacht besteed aan verschillende bijzondere onrechtmatigheidscategorieën, namelijk het Duitse *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), de Nederlandse implementaties van de regelingen over misleidende en vergelijkende reclame en oneerlijke handelspraktijken, en de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordening Medische hulpmiddelen (§ 7.4). Ten slotte wordt de betekenis van productnormen voor het vereiste van causaal verband besproken (§ 7.5). Nu het buitencontractuele deel aanzienlijk groter is dan het contractuele deel zal worden gewerkt met tussenconclusies per paragraaf.

7.2 PRODUCTAANSPRAKELIJKHEID

7.2.1 Introductie en algemene uitgangspunten

175 Introductie

In deze paragraaf zullen eerst de algemene uitgangspunten van de Richtlijn Productaansprakelijkheid (voor het bestek van deze paragraaf hierna ook 'de richtlijn') worden toegelicht.¹⁵⁰⁵ Deze zijn relevant voor het toepassingsbereik van de richtlijn en daarmee voor de resterende ruimte voor de nationale rechter om het nationale verbintenissenrecht naar believen vorm te geven. Ook wordt de achterliggende ratio van de richtlijn behandeld die mede

¹⁵⁰⁵ Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid).

relevant is voor teleologische interpretatie van het gebrekkigheidsvereiste en de invulling ervan in relatie tot productnormen (§ 7.2.1).

De richtlijn kent de producent een aantal bijzondere bevrijdende verweren toe (art. 6:185 lid 1 aanhef en sub a t/m f, art. 7 a t/m f Richtlijn), waarvan alleen het verweer over dwingende overheidsvoorschriften en het ontwikkelingsrisicoverweer als voor de hoofdvraag relevante verweren zullen worden besproken (§ 7.2.2). De producent draagt van deze verweren de bewijslast. Deze verweren worden eerst behandeld, nu dat overeenstemt met de procesrechtelijke praktijk om de meest verstrekkende verweren eerst te beoordelen. Bovendien liggen aan de huidige invulling van deze verweren mede beginselen en uitgangspunten ten grondslag die van belang kunnen zijn voor de invulling van de gebrekkigheid. Vervolgens wordt het gebrekkigheidsvereiste behandeld (§ 7.2.3). Over het materiële vereiste van causaal verband wordt een korte opmerking gemaakt, doch voor de verdere betekenis van productnormen voor de toets aan dat vereiste wordt verwezen naar paragraaf 7.5.

176 Kernvereisten, harmonisatieniveau en toepassingsbereik

Gelijktijdig met de ontwikkeling van het eerste productveiligheidsrecht in de jaren 70 (nr. 2) werd op EU-niveau aan de Richtlijn Productaansprakelijkheid gewerkt. De aanname dat verschillen in aansprakelijkheidsregimes in verschillende lidstaten de mededinging kunnen vervalsen, het vrij verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt kunnen aantasten en tot verschillen kunnen leiden in het niveau van de bescherming van de consument, vormde de aanleiding om een deel van het productaansprakelijkheidsrecht ex art. 100 EEG-Verdrag, thans art. 115 VWEU, op Europees niveau te harmoniseren.¹⁵⁰⁶ Het eerste voorontwerp van de richtlijn dateert uit 1974 en het eerste voorstel uit 1976.¹⁵⁰⁷ De definitieve versie dateert uit 1985 en vormde een van de eerste Europese instrumenten van consumentenrecht. De Nederlandse implementatie van de richtlijn in het oud BW (art. 1407 a-j oud BW) is op 1 november 1990 in werking getreden en de regeling heeft in het nieuw BW plaats gekregen in art. 6:185 lid 1 e.v. BW.¹⁵⁰⁸

Het hart van de richtlijn vormt artikel 1 (art. 6:185 lid 1 BW): ‘de producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product.’¹⁵⁰⁹ De richtlijn harmoniseert het privaatrecht van de lidstaten en schept na implementatie – anders dan het meeste productveiligheidsrecht

¹⁵⁰⁶ Considerans onder 1. Zie voor een overzicht Dommering-Van Rongen 1991, p. 19 e.v. Zie in het bijzonder over Taschner’s rol bij de totstandkoming, Howells 2014b, p. 691. Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 26/27 die de impact van de verschillen in productaansprakelijkheidsregimes op de interne markt en het vrije verkeer van goederen in twijfel trekken. Zie eerder ook Meltzer e.a. 2003, p. 27 t/m 30 op basis van onderzoek onder marktdeelnemers over de effecten van de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Zie voor kritiek vanuit rechtseconomisch perspectief Faure 2004, p. 4 e.v.

¹⁵⁰⁷ Dommering-van Rongen 1991, p. 19; Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken (Door de Commissie bij de Raad ingediend op 9 september 1976) (*PbEG* 1976, C-41/9).

¹⁵⁰⁸ *Stb.* 1990. 487; Dommering-van Rongen 1991, p. 69.

¹⁵⁰⁹ Art. 2 Richtlijn, art. 6:187 lid 1 BW.

(hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3)¹⁵¹⁰ – een Europese privaatrechtelijke remedie voor de gelaedeerde.¹⁵¹¹ De richtlijn heeft een zeer beperkt materieel toepassings- en dus ook harmonisatiebereik, met name doordat slechts beperkte vormen van schade voor vergoeding in aanmerking komen. De richtlijn is namelijk beperkt tot a. schade door dood of lichamelijk letsel of b. schade door het product toegebracht aan een andere zaak die gewoonlijk voor gebruik of verbruik in de privésfeer is bestemd en door de benadeelde ook hoofdzakelijk in de privésfeer is gebruikt of verbruikt met een franchise van € 500,- (art. 9 Richtlijn, art. 6:190 lid 1 BW).¹⁵¹²

De vereisten voor aansprakelijkheid uit de richtlijn bepalen de grens tussen nationaal recht en EU-recht en dus de manoeuvreerruimte van de nationale wetgever en rechter (zie hierna over reflexwerking nr. 233). Het Hof van Justitie EU bevestigde in een aantal zaken dat de richtlijn ‘voor wat betreft de onderwerpen die zij regelt’ gebruikmaakt van volledige (lees: maximum-) harmonisatie, waardoor de richtlijn op die punten het plafond en de vloer van het beschermingsniveau geeft.¹⁵¹³ Het aannemen van maximumharmonisatie is het Hof van Justitie op kritiek komen te staan aangezien het soms aan verdergaande slachtofferbescherming in de weg kan staan.¹⁵¹⁴ Tegelijkertijd is volgens het Hof van Justitie EU de harmonisatie blijkens overweging 18 van de richtlijn niet uitputtend.¹⁵¹⁵ De richtlijn laat andere grondslagen voor schadevergoeding onverlet (art. 6:193 BW, art. 13 Richtlijn), waardoor deze de

¹⁵¹⁰ M.u.v. de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordening Medische hulpmiddelen (nr. 58).

¹⁵¹¹ Mak ziet hierin een duidelijk verschil met ander Europees consumentenrecht zoals de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken die – net als het productveiligheidsrecht (nr. 72) – slechts een doel of resultaat stelt, doch de middelen, remedies of sancties aan de lidstaten laat, Mak 2012, p. 231.

¹⁵¹² De vaststelling van de inhoud van beide schadebegrippen is aan het nationale recht gelaten, doch voor beide categorieën dient ten minste een billijke en volledige vergoeding te worden gewaarborgd. Er is een franchise opgenomen van € 500,-. Deze is dwingend: HvJ EG (Vijfde Kamer) 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (*Commissie/Griekenland*), overweging 30. Over de betekenis van deze franchise (een drempel dan wel een ‘deductable’) bestaat discussie, Wuyts 2014, p. 23. Nederland en het VK beschouwen het als een drempel. Art. 9 bepaalt ten slotte dat het de nationale bepalingen inzake onstoffelijke schade onverlet laat, waardoor dit type schade door het nationale recht van de lidstaten wordt geregeld, HvJ EG (Vijfde kamer) 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veedfald/Arhus Amtskommune*), overweging 27, 28 en 32. Voor de hand ligt dat met onstoffelijke schade in ieder geval immateriële schade wordt bedoeld. Over de vraag of psychisch letsel zonder lichamelijk letsel (dat materiele schade kan betreffen) onder de richtlijn voor vergoeding in aanmerking komt bestaat onduidelijkheid. Van Doorn & Pape 2011, p. 381 menen van wel. Zie anders en mijns inziens ten onrechte, Hof 's-Hertogenbosch 1 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ7299, VR 2010, 80, JA 2010/7, met noot Van der Zalm.

¹⁵¹³ Deze richtlijn bevat geen expliciete bepaling of overweging waaruit blijkt dat maximumharmonisatie was beoogd. Dit werd evenwel door het Hof aangenomen in HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*), HvJ EG (Vijfde Kamer) 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (*Commissie/Griekenland*), overweging 20, HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*), overweging 28-33, en later herhaald in HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*). Zie voor een uitgebreide bespreking van die arresten Keirse 2014, p. 40-50, en p. 58.

¹⁵¹⁴ Zie o.a. Weatherill 2012, p. 197 en 198; Zie kritisch over ander maximumharmoniserend consumentenrecht o.a. Loos 2009 alsmede Mak 2012, p. 224 e.v. Maximumharmonisatie is in die zin een vorm van *federal preemption* zoals ook opgemerkt door Micklitz 2009, p. 32 en 49.

¹⁵¹⁵ HvJ EG 4 juni 2009, C-285/08, ECLI:EU:C:2009:351 (*Moteurs Leroy Somer/Dalkia France en Ace Europe*), overweging 25; HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, NJ 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutruex*), overweging 21 onder verwijzing naar voornoemd arrest.

toepassing van andere stelsels van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid niet uitsluit.¹⁵¹⁶ De lidstaten hebben daarnaast binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn enige (procedurele) autonomie nu niet alle vereisten in de richtlijn zijn gedefinieerd.¹⁵¹⁷ Door de tegenstrijdige boodschap van enerzijds maximumharmonisatie en anderzijds het onverlet laten van andere grondslagen is bij productaansprakelijkheid niet altijd even helder wat lidstaten nu wel en niet mogen in het licht van de doeltreffendheid. Binnen het harmonisatiebereik van de richtlijn hebben lidstaten de positieve verplichting het resultaat van de richtlijn (ex art. 288 lid 3 VWEU) en het nuttig effect ervan te waarborgen. Daar waar de richtlijn terugvalt op nationale (procedure)regels mogen deze niet afdoen aan het nuttig effect van de richtlijn (o.a. *Veedfald*)¹⁵¹⁸ of de effectuering van de richtlijn niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Zie voor productaansprakelijkheid de zaak *Sanofi*, en eerder in het algemeen de zaak *Rewe/Comet*, nr. 79).¹⁵¹⁹

De definitie van producent bakent het personele toepassingsbereik van de richtlijn af.¹⁵²⁰ De definities van de diverse actoren wijken af van die in het productveiligheidsrecht (vgl. hoofdstuk 2). Producent is niet alleen de fabrikant van het eindproduct, doch ook die van een grondstof of onderdeel ervan, alsmede diegene die zich als producent presenteert (ook wel de quasi-producent genoemd).¹⁵²¹ Degene die het product in de EER invoert¹⁵²² om het te verkopen, te verhuren of anderszins te verstekken in het kader van een commerciële activiteit (lees: de importeur, vgl. nr. 60) wordt volgens de richtlijn met de producent gelijk gesteld.¹⁵²³ Indien de producent en/of importeur onbekend is, wordt de leverancier¹⁵²⁴ eveneens met de producent

¹⁵¹⁶ HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*), overweging 31 en HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 39.

¹⁵¹⁷ HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 25 en 26 over bewijswaardering hetgeen onder de richtlijn niet is geharmoniseerd, onder verwijzing naar het negatief geformuleerde doeltreffendheidsbeginsel uit *Rewe/Comet* (zie hoofdstuk 3).

¹⁵¹⁸ HvJ EG (Vijfde kamer) 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veedfald/Arhus Amtskommune*), overweging 27, waarna het Hof aangeeft dat schade in de zin van de richtlijn in ieder geval een redelijke en billijke vergoeding impliceert, ook al definieert de richtlijn schade verder niet. Zoals herhaald in HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, NJ 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutruieux*), overweging 30.

¹⁵¹⁹ HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 26/28.

¹⁵²⁰ Art. 3 Richtlijn; art. 6:187 lid 2 t/m 3 BW.

¹⁵²¹ ‘... door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het produkt aan te brengen’, zoals vermeld in art. 3 lid 1 richtlijn en art. 6:187 lid 2 BW. Dommering-van Rongen 1991, p. 125.

¹⁵²² ‘Invoert’ lijkt tekstueel op een douanerechtelijk begrip, maar onduidelijk is waar het vandaan komt. Het is in ieder geval anders dan ‘in de handel brengen’ in de zin van het productveiligheidsrecht, vgl. nr. 34. Gezien de strekking van de richtlijn – het beschermen van personen tegen letselschade en zaakschade in privé – is voorstelbaar dat ‘invoeren’ ruimer moet worden begrepen dan ‘in het vrije verkeer brengen’ in de zin van het douanewetboek art. 201 van Regulation (EU) No 952/2013 (Union Customs Code), waardoor degene die het product fysiek de EER binnenbrengt onder bijzondere omstandigheden ook ‘importeur’ in voornoemde zou kunnen zijn. Echter, het lijkt niet de bedoeling van de Europese wetgever vervoerders of douaneagenten onder het importeursbegrip te willen scharen, Hodges 1993, p. 60 en 61.

¹⁵²³ Art. 3 lid 2 richtlijn, art. 6:187 lid 3 BW.

¹⁵²⁴ Het begrip leverancier is in de richtlijn niet nader gedefinieerd. Volgens de niet-gepubliceerde *Statements to be entered in the Council Minutes* als aangehaald door Dommering-Van Rongen: ‘Supplier within the

gelijkgesteld, tenzij hij voldoet aan zijn *wegwijsplicht*, dat wil zeggen: binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent of zijn voorschakel doorgeeft.¹⁵²⁵ Het personele toepassingsbereik van de richtlijn is daarmee niet beperkt tot de daadwerkelijke producent en omvat ook andere partijen in de handelingsketen.¹⁵²⁶

De reden om de importeur in de EER gelijk te stellen met de producent is ten eerste om slachtoffers niet met IPR-problemen op te zadelen. Binnen de EU geldt via het geharmoniseerde IPR een relatief goed werkend systeem van civiele bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen, terwijl met landen buiten de EU vaak executieverdragen ontbreken. Ten tweede zou dreigende aansprakelijkheid de importeur dwingen een extra controle uit te voeren op producten die hij de Europees Economische Ruimte binnenbrengt.¹⁵²⁷ Ten derde was de industrie hier een voorstander van om concurrentievervalsing met industrie uit derde landen tegen te gaan.¹⁵²⁸ Doordat het personele toepassingsbereik ook leveranciers omvat, staat het de lidstaten niet vrij om de richtlijnaansprakelijkheid uit te breiden tot leveranciers buiten de in de richtlijn genoemde gevallen (*Commissie/Frankrijk*).¹⁵²⁹ Een nationale regeling waaronder een leverancier die wel heeft voldaan aan zijn wegwijsplicht onder dezelfde voorwaarden als de producent voor schade in de zin van de richtlijn aansprakelijk is, is dus niet toegestaan (*Commissie/Frankrijk, 1^e en 2^e arrest*).¹⁵³⁰ Na het eerste arrest trachtte de Raad nog middels een resolutie zeker te stellen dat lidstaten via het nationale recht de vrijheid zouden behouden de richtlijnaansprakelijkheid uit te breiden tot leveranciers. Dit leidde uiteindelijk niet tot wijziging van de richtlijn¹⁵³¹ of van de koers van het Hof van Justitie EU.¹⁵³² Een parallelle nationale vordering jegens leveranciers op grond van onrechtmatige daad is volgens het Hof van Justitie EU niet in strijd met de richtlijn (arresten *Skov/Bilka en Commisie/Denemarken*).¹⁵³³ De aansprakelijkheid voor gebruik van een product in het kader van dienstverrichting valt geheel buiten het

meaning of Article 3 (3) means the person who operates in the chain of distribution. Zie Dommering-van Rongen 2000, p. 92 onder verwijzing naar Taschner/Frietsch, Richtl. Art. 3 Rn. 27.

¹⁵²⁵ Art. 3 lid 3 richtlijn; art. 6:187 lid 4 BW.

¹⁵²⁶ Zie ook overweging 4 van de richtlijn.

¹⁵²⁷ Toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, Bulletin van de Europese Gemeenschappen, Supplement 11/76, 15, zoals ook aangehaald door Hodges 1993, p. 60 en Dommering-van Rongen 1991, p. 129.

¹⁵²⁸ Dommering-van Rongen 1991, p. 129 onder verwijzing naar Taschner 1986, p. art. 3 onder 20.

¹⁵²⁹ HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*), overweging 36-41.

¹⁵³⁰ HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk 2*), hetgeen een vervolg vormde op HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*).

¹⁵³¹ Resolutie van de Raad van 19 december 2002 over de wijziging van de richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken (2003/C 26/02).

¹⁵³² HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 29 en 30; HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk 2*).

¹⁵³³ HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*); HvJ EG (eerste kamer) 5 juli 2007, C-327/05, ECLI:EU:C:2007:409 (*Commissie/Denemarken*). Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 34 en 35.

bereik van de richtlijn (*Centre Hospitalier/Dutruieux*).¹⁵³⁴ Het staat de lidstaten tot op zekere hoogte vrij een risicoaansprakelijkheid voor de dienstverrichter in te voeren, mits deze geen afbreuk doet aan de uit de richtlijn voortvloeiende aansprakelijkheid van de producent.¹⁵³⁵ Volgens het Hof van Justitie is een dergelijke aansprakelijkheid van de dienstverrichter – in casu betrof het een openbare gezondheidsinstelling – niet van dien aard dat deze de mededinging vervalst.¹⁵³⁶

177 Doelen van de richtlijn, evaluatie en de verhouding tot het productveiligheidsrecht

Om te bepalen wat de betekenis is van Europese productnormen voor de invulling van de privaatrechtelijke norm onder de richtlijn moet worden gekeken naar de achterliggende doelen van de richtlijn productaansprakelijkheid. Deze verschillen op een belangrijk punt van die van productveiligheidsrecht: productaansprakelijkheid heeft immers geldelijke compensatie tot doel. Voor zover de doelen wel gelijk oplopen met die van het productveiligheidsrecht zijn zij qua uitwerking niet gelijk, omdat het onderwerp van harmonisatie verschilt. Mede in het licht van de gedeelde harmonisatiegrondslag beoogt de Richtlijn Productaansprakelijkheid een onvervalste mededinging tussen de marktdeelnemers te waarborgen en het vrij verkeer van goederen te vergemakkelijken (in het kader van de instelling en werking van de interne markt).¹⁵³⁷ Daarnaast heeft de richtlijn tot doel verschillen in het niveau van de consumentenbescherming te vermijden (*Centre hospitalier/Dutruieux* en *Commissie/Frankrijk 1*).¹⁵³⁸ De gebruikers- of consumentenbescherming in de vorm van compensatie is echter bewust begrensd. Eerder overwoog het Hof al dat begrenzing van de richtlijn ‘het resultaat van een gecompliceerd afwegingsproces tussen verschillende belangen’ is.¹⁵³⁹ De ruime aansprakelijkheid van de producent is, zoals het Hof van Justitie EU in eerdere rechtspraak aanhaalde, mede geïntroduceerd om vrijwaringsprocedures te vermijden.¹⁵⁴⁰ Deze kanalisatiegedachte is mede de

¹⁵³⁴ HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, NJ 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutruieux*).

¹⁵³⁵ Overweging 30 en 34 *Centre hospitalier/Dutruieux*.

¹⁵³⁶ Overweging 34 *Centre hospitalier/Dutruieux*.

¹⁵³⁷ Zie de eerder aangehaalde kritiek van Fairgrieve e.a. 2016, p. 26/27, die de impact van de verschillen in productaansprakelijkheidsregimes op de interne markt en het vrije verkeer van goederen in twijfel trekken. Zie ook Meltzer e.a. 2003, p. 27 t/m 30 op basis van onderzoek onder marktdeelnemers over de effecten van de Richtlijn Productaansprakelijkheid.

¹⁵³⁸ De eerste en negende overweging van de considerans van de richtlijn;

HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, NJ 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutruieux*), overweging 30; HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*), overweging 17,

¹⁵³⁹ HvJ EG (Vijfde Kamer) 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (*Commissie/Griekenland*), overweging 29.

¹⁵⁴⁰ HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk 2*), r.o. 53: ‘Verder heeft het Hof, zoals blijkt uit punt 40 van het arrest *Commissie/Frankrijk* van 25 april 2002, reeds overwogen dat de mogelijkheid die door de oude versie van artikel 1386-7 van de code civil aan de leverancier werd gelaten om de producent in vrijwaring op te roepen, een aanzienlijke toename van dit soort vorderingen tot gevolg had, wat de rechtstreekse vordering waarover de gelaedeerde onder de voorwaarden van artikel 3 van richtlijn 85/374 tegen de producent beschikt, juist beoogt te vermijden. Deze redenering geldt ook voor de mogelijkheid dat de

reden dat de richtlijnaansprakelijkheid, behoudens de in artikel 3 genoemde uitzonderingen, niet tot andere partijen (zoals leveranciers, voornoemd) is uitgebreid. De reden dat de wetgever en vervolgens het Hof van Justitie EU de aansprakelijkheid onder de richtlijn niet heeft willen uitbreiden tot andere partijen in de keten is de aanname dat daarvoor

‘een hoge prijs zou moeten worden betaald, omdat alle leveranciers zich tegen een dergelijke aansprakelijkheid zouden moeten verzekeren en hierdoor de producten aanzienlijk duurder zouden worden. Deze vereenvoudiging zou bovendien leiden tot een toename van het aantal beroepen, omdat de leverancier zich op zijn beurt tot zijn eigen leverancier zal wenden, tot aan de producent toe. (...)’¹⁵⁴¹

Desalniettemin plaatst het Hof van Justitie EU gebruikersbescherming in de recentste uitspraken (*Boston* en *Sanofi*) op de voorgrond.¹⁵⁴² Bovendien verwijst het Hof van Justitie EU in die arresten naar de considerans onder 2 van de richtlijn, waaruit blijkt dat aansprakelijkheid buiten schuld volgens de EU-wetgever noodzakelijk is voor een rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico’s.¹⁵⁴³ Hierin wordt door sommige auteurs een meer distributieve functie van productaansprakelijkheid als risicoaansprakelijkheid gelezen.¹⁵⁴⁴ In het licht van deze considerans rekt het Hof van Justitie belangrijke begrippen die het toepassingsbereik van de richtlijn begrenzen, zoals schade en gebrek, nader op (*Boston*) en staat het vergaande bewijsverlichting voor de gebruiker toe (*Sanofi*),¹⁵⁴⁵ wellicht in een

leverancier zijn eigen leverancier in vrijwaring oproept in de bij de nieuwe versie van artikel 1386-7 ingevoerde regeling.’

¹⁵⁴¹ HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 29 en 30.

¹⁵⁴² HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13)*, *Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), overweging 47 zoals ook aangehaald in HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 32. Zoals ook opgemerkt door Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 883-884.

¹⁵⁴³ Considerans onder 2 van de richtlijn, zoals ook aangehaald in HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 32, onder verwijzing naar HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13)*, *Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), overweging 42. Dit beginsel is als onvoldoende nauwkeurig bestempeld door Whittaker 2005, p. 438-439 en Howells & Grubb, *The Law of Product Liability* (2007), § 4.146, zoals ook aangehaald door Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 882.

¹⁵⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Rajneri en Fairgrieve in Rajneri e.a. 2018. Vgl. in algemene zin over de functies van kwalitatieve aansprakelijkheid, waaronder distributieve rechtvaardigheid, Faure & Hartlief 2002, p. 19. Zie over rechtvaardigingen van het aansprakelijkheidsrecht en begrenzing daarvan in het licht van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid ook Loth 2016, p. 3 e.v. onder verwijzing naar diverse filosofische auteurs. Voor onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden bestaan overigens tot op zekere hoogte dezelfde rechtvaardigingen zoals slachtofferbescherming, de verzekerbaarheid, het profijt- en gevaarzettingsbeginsel, zie bijvoorbeeld Oldenhuis, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173 BW, aant. 1.4 onder verwijzing naar Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47) 2015/ 1-4; Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. *Privaatrecht* 4) 2015/ 31 en – ten aanzien van aansprakelijkheid voor personen – Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid personen* (Mon. BW B46) 2014/76 alsmede *GS Onrechtmatige daad*, *BW6 Afdeling 2*, aant. A.

¹⁵⁴⁵ Supra.

poging de rechtspositie van de gebruiker te versterken.¹⁵⁴⁶ Preventie wordt door de Commissie en A-G Bot mede als doel van productaansprakelijkheid genoemd.¹⁵⁴⁷ De Commissie noemt in haar evaluaties daarnaast de verzekeraarbaarheid van risico's als doel.¹⁵⁴⁸

In 2016 startte de Commissie – in het kader van de *Digital Single Market Strategy* die ziet op nieuwe technologieën – de vijfde evaluatie van de Richtlijn, de meest grootschalige tot nu toe.¹⁵⁴⁹ In 2016 en 2017 hield zij een openbare consultatie. Bovendien gaf de Commissie Technopolis en Ernst & Young opdracht onderzoek te doen naar de impact van de richtlijn, waarvan de bevindingen op een conferentie in oktober 2017 werden gepresenteerd.¹⁵⁵⁰ De eindresultaten van de evaluatie werden in 2018 gepubliceerd.¹⁵⁵¹ Voor dit onderzoek is van belang dat uit zowel de consultatie als het onderzoek en de conferentie volgde dat consumenten(organisaties) bij herhaling blijven wijzen op de bestaande drempels voor verhaal van schade, zoals de hoge drempels voor bewijs van gebrek en causaliteit,¹⁵⁵² de hoge kosten voor deskundigenberichten en het ontbreken van een recht op informatie dat kan helpen bij het bewijs van gebrekkigheid.¹⁵⁵³ Deze drempels voor het bieden

¹⁵⁴⁶ Zie voor een gedeeltelijke relativisering van deze verbeterde gebruikersbescherming in het *Boston*-arrest Veldt & van Boom 2015.

¹⁵⁴⁷ COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 10 waar de Commissie opmerkt dat productaansprakelijkheid producenten stimuleert om veilige producten op de markt te brengen en daarmee een aanvulling vormt op de richtlijn algemene productveiligheid. Zie ook Concl. A-G Bot, onder 38 bij HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), onder verwijzing naar Borghetti 2004, p. 613, nr. 645.

¹⁵⁴⁸ Zie COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, i.h.b. p. 23. Zie in vergelijkbare zin overweging 20 van de Rome II-verordening (EG) nr. 864/2007 over de doelen van productaansprakelijkheid in relatie tot het toepasselijke recht.

¹⁵⁴⁹ Evaluation of the directive 85/374/EEC on the liability for defective products consultation strategy. Ares(2016) 5572770. 27 september 2016.

¹⁵⁵⁰ Minutes Product Liability Conference Brussels, Friday 20 October 2017 CCAB, ROOM AB-2A, grow.ddg1.b.1/VS/sv(2017) 6611689 30 November 2017.

¹⁵⁵¹ COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018. SWD(2018) 157 final - Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report. Een aardige samenvatting is te vinden op de website <https://iclg.com/practice-areas/product-liability-laws-and-regulations/1-recent-developments-in-european-product-liability>.

¹⁵⁵² SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report, p. 3.

¹⁵⁵³ O.a. Minutes Product Liability Conference Brussels, Friday 20 October 2017 CCAB, ROOM AB-2A, grow.ddg1.b.1/VS/sv(2017) 6611689 30 November 2017, p. 5 en COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 8. SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report, p. 3; SWD(2018) 157 final - Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the

van compensatie via het aansprakelijkheidsrecht, bekend uit de rechtseconomische literatuur, kunnen zowel aan het bieden van een prikkel tot het voorkomen van schade als aan gebruikersbescherming nadat schade is ingetreden in de weg staan.¹⁵⁵⁴

De Europese Commissie ziet de Richtlijn Productaansprakelijkheid als complementair onderdeel van het productveiligheidsbeleid. De Commissie merkt in het tweede evaluatieverslag van de Richtlijn Productaansprakelijkheid op dat productaansprakelijkheid op meerdere manieren bijdraagt aan een betere bescherming tegen onveilige producten:

‘ten eerste worden producenten gestimuleerd veilige producten te produceren doordat de richtlijn een aanvulling vormt op de regels voor een bepaalde productgroep of op de regels krachtens Richtlijn 92/59 inzake algemene productveiligheid [toevoeging auteur: de preventieve functie] en ten tweede stelt zij gelaedeerden in staat, als deze preventieve maatregelen niet toereikend zijn gebleken en zich ongelukken hebben voorgedaan, van de producenten een schadevergoeding te eisen [toevoeging auteur: de compensatie- en vangnetfunctie].¹⁵⁵⁵

Het complementair zijn van productaansprakelijkheid aan productveiligheidsrecht is volgens de Commissie tevens het primaire argument waarom de toepasselijke regels op het gebied van productaansprakelijkheid

laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

¹⁵⁵⁴ Minutes Product Liability Conference Brussels, Friday 20 October 2017 CCAB, ROOM AB-2A, grow.ddg1.b.1/VS/sv(2017) 6611689 30 November 2017, p. 1 en 2. Vgl. de opmerking van Van Boom en Van Doorne dat aansprakelijkheid van producenten een factor is die in productveiligheidsbeleid van ondernemingen als het ware de schaduw vooruitwerpt, Van Boom & Van Doorn 2006, p. 262. Overigens is wel opvallend dat in zaken die de rechter wel halen (volgens Technopolis 798 claims in de EU in de periode 2000-2016) het slachtoffer in 60% van de gevallen in het gelijk zou zijn gesteld, hetgeen volgens Technopolis geen afwijkend percentage zou zijn.

De mate waarin productaansprakelijkheid in Europa prikkels zou bieden, is vanuit rechtseconomische hoek al eerder bekritiseerd. Zo is door Cavaliere o.a. betoogd dat, naast de hoge kosten voor toegang tot de rechter, de impact van de richtlijn laag zou zijn vanwege de goede sociale zekerheid in Europa, Cavaliere 2004, p. 300, ook aangehaald door Navarro-Michel 2013, p. 180 en Van Boom & Van Doorn 2006, p. 262. Voor Nederland in het bijzonder zou mijns inziens de afwikkeling van letselschadegevallen via de benoeming van letselschade-experts nog een verklaring voor de afwikkeling buiten rechte kunnen zijn.

¹⁵⁵⁵ COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 10, hetgeen is herhaald in het laatste verslag, COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018 8, p. 1. De complementaire rol en de vangnetfunctie blijkt ook de conclusie van A-G Sharpston onder *Boston*, noot 32: ‘Richtlijn 85/374 stelt namelijk voorop dat hoe goed het toezicht en de controle van het productieproces ook is, er nu en dan gebrekkige producten zullen worden vervaardigd en hun weg naar de markt vinden ten koste van gebruikers. Zie in dat verband overweging 7, waarin wordt vermeld dat een rechtvaardige verdeling van de risico’s tussen de gelaedeerde en de producent impliceert dat laatstgenoemde zich moet kunnen bevrijden van de aansprakelijkheid als hij het bestaan van hem „ontlastende feiten” bewijst.’ Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p882-885 noemen op basis van *Boston* eveneens *a fair apportionment of risks, consumer protection* en *the preventive function* als belangrijkste kenmerken c.q. doelen van productaansprakelijkheid.

niet aan die van productveiligheidsrecht gelijk zijn.¹⁵⁵⁶ In het laatste evaluatieverslag van de Richtlijn Productaansprakelijkheid blijft de Europese Commissie erop hameren dat de Richtlijn Productaansprakelijkheid een coherent systeem vormt met het bestaande productveiligheidsrecht, mede gezien het verschil in functie.¹⁵⁵⁷

Van het EU-productveiligheidsrecht wordt aangenomen dat het niet een-op-een het geharmoniseerde productaansprakelijkheidsrecht invult,¹⁵⁵⁸ hetgeen eveneens impliceert dat nu in het secundaire EU-productveiligheidsrecht wordt verwezen naar geharmoniseerde normen als in het publicatieblad gepubliceerd, deze geharmoniseerde normen en het daaraan gekoppelde bewijsvermoeden evenmin een-op-een van betekenis kunnen zijn (vgl. de eerdergenoemde vertaalslag zoals beschreven in hoofdstuk 5).¹⁵⁵⁹

7.2.2 Betekenis voor de verweren

178 Dwingende overheidsvoorschriften (*regulatory compliance defence*)

Het verweer dat ziet op dwingende overheidsvoorschriften komt uit art. 7 aanhef en onder d Richtlijn en is geïmplementeerd in art. 185 lid 1 aanhef en onder d BW. Dit verweer, dat ook wel het '*regulatory compliance defence*' of '*mandatory regulation defence*' wordt genoemd, is nog niet uitgelegd door het Hof van Justitie EU.¹⁵⁶⁰ De doctrine is evenwel eenduidig in de interpretatie ervan en gaat uit van een zeer beperkt verweer: slechts indien een dwingend overheidsvoorschrift het gebrek heeft veroorzaakt en het voorschrift dus zelf

¹⁵⁵⁶ COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 23 en 26, zoals ook aangehaald door Fairgrieve e.a. 2016, p. 102.

¹⁵⁵⁷ SWD(2018) 157 final - Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, p. 68 en COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 7.

¹⁵⁵⁸ Indirecte relevantie is te zien in de conclusie van A-G Bot, overweging 37 bij HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), zoals eerder door mij en Van Boom opgemerkt in Veldt & van Boom 2015, p. 390. Zie ook Verbruggen & Van Leeuwen 2015, paragraaf 4.3.

¹⁵⁵⁹ Cafaggi 2009a, p. 207-242, 217-220, zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 170.

¹⁵⁶⁰ Volgens Taschner is de bepaling ontstaan in het licht van een discussie over de vraag of de producent aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen indien hij produceert volgens de in de branche ontwikkelde normen, Taschner 1986, p. 213, zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 1991, p. 214, die zelf in navolging van Van Wassenae en Punt meent dat de regel is ontleend aan een SER-advies en is geïnspireerd op het Amerikaanse '*Government Contract Defense*'. Dit laatste verweer kreeg bekendheid naar aanleiding van de Agent Orange zaak, waarin de producent van het schadelijke ontbladeringsmiddel dat gebruikt werd in de Vietnamoorlog aansprakelijkheid trachtte te ontkomen door te stellen dat het middel volgens de specificatie van de regering in de VS werd geproduceerd. Uiteindelijk is het verweer niet gehonoreerd nu later in de procedure kwam vast te staan het bedrijfsleven meer wetenschap had over de risico's van het product en het procedé toch niet zou hebben aangepast.

gebrekkig c.q. schadeveroorzakend is, zal het verweer slagen.¹⁵⁶¹ Hoewel in het verleden sterk is gelobbyd voor een uitgebreid *regulatory compliance*-verweer, met name voor producenten van producten die intensief zijn gereguleerd zoals geneesmiddelen,¹⁵⁶² is dit nimmer als zodanig in de richtlijn opgenomen.¹⁵⁶³ Rechtspraak waarin het verweer als zodanig ooit is gehonoreerd, is onbekend. Argumenten voor een grotere bevrijdende werking van het volgen van productnormen komen uit de hoek van de industri lobby en uit de rechtseconomische hoek: de wet- en regelgever zouden beter in staat zijn tot een juiste, dat wil zeggen efficiënte, risicobeoordeling dan een rechter in het individuele geval, mede nu de eerste toegang heeft tot meer middelen en informatie en de laatste op grond van het procesrecht aan het partijdebat is gebonden.¹⁵⁶⁴ Toch wegen de argumenten om geen ruimer *regulatory compliance*-verweer toe te staan zwaarder. Het regelgevingsproces verloopt vaak traag en kan dus achterlopen, normen kunnen leemten bevatten en het EU-productveiligheidsrecht is niet vrij van lobby (*capture*). Kortom: vanwege het eerdergenoemde risico's op *regulatory failure* bestaat behoefte aan een afzonderlijke (her)beoordeling in het aansprakelijkheidsrecht (de *vangnetfunctie*, nr. 129).¹⁵⁶⁵ Mede uit de uitleg van het hierna te bespreken verweer sub e door het Hof van Justitie vloeit voort dat de enkele naleving van wetgeving op zichzelf geen verweer kan vormen tegen aansprakelijkheid, omdat van een producent qua kennis van zijn product meer mag worden verwacht. Hij moet de stand van de wetenschap en techniek in ogenschouw nemen. Op basis hiervan wordt wel gezegd dat productveiligheidsrecht bij productaansprakelijkheid een minimumniveau vertegenwoordigt (vgl. nr. 7).¹⁵⁶⁶

¹⁵⁶¹ Snijders 1987, p. 101 en 218; Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:185 BW, aant. 2.4.1 (actueel t/m 04-05-2019). Vgl. voor Nederland nog onder het oude recht, HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*). Zie voor dergelijke zaken in België, Frankrijk en Spanje ook Wuyts 2014, p. 19. Volgens de Duitse doctrine moeten productveiligheidsvoorschriften die minimumvoorschriften geven niet als dwingend in deze zin worden gezien, Lenz 2014, p. 231 en 232. COM(2006) 496 final - Third report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC of 25 July 1985, amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999), p. 11. Dommering-van Rongen 2000, p. 69-70 pleit terecht voor een verdere nuancering: er kunnen omstandigheden zijn waaronder het niet redelijk is dat de producent zich achter de overheid verschuilt, zoals bij kennis van de gebrekkigheid van het voorschrift.

¹⁵⁶² Het stond ook in het oorspronkelijke voorstel, Meltzer e.a. 2003, p. 51.

¹⁵⁶³ COM(2006) 496 final - Third report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC of 25 July 1985, amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999), p. 11.

¹⁵⁶⁴ Voor het perspectief vanuit de VS waar productaansprakelijkheid een wezenlijk andere rol vervult dan in Europa: Kip Viscusi 1991, p. 118-126 en 212, Schwartz 1997, p. 439 en 440 alsmede 442 en Schwartz 2000, p. 9 e.v. voor het federale, rechtseconomische en institutionele perspectief. Vanuit institutioneel perspectief is het de wet- en regelgever die de regels maken en de rechter die ze toepast, zij het dat de wetgever via privaatrechtelijke open normen de rechter in staat heeft gesteld het ongeschreven recht te 'vinden' dat in concreto verder kan strekken dan de geschreven norm, waardoor dat perspectief geen antwoord biedt op deze vraag.

¹⁵⁶⁵ Lierman 2004, p. 397; Cafaggi 2009a, p. 216-219.

¹⁵⁶⁶ Van Doorn & Pape 2011, p. 345 onder verwijzing naar Van Boom 2007, p. 436.

Wat nu indien een geharmoniseerde norm waarnaar in secundair EU-recht wordt verwezen een fout bevat en het volgen ervan resulteert in een onveiligheid die men niet mag verwachten?¹⁵⁶⁷ In de Duitse literatuur wordt wel aangenomen dat zolang een geharmoniseerde norm niet dwingend is voorgeschreven, dit verweer geen werking heeft, hetgeen is overgenomen in de Nederlandse literatuur.¹⁵⁶⁸ Het volgen van een geharmoniseerde norm vestigt bovendien slechts een vermoeden van overeenstemming met de essentiële eisen, maar het ontslaat de producent niet van verder onderzoek naar de stand van de wetenschap en de techniek.¹⁵⁶⁹ Het verweer lijkt dus irrelevant bij naleving van zowel geharmoniseerde normen als andere normalisatienormen.

179 Het ontwikkelingsrisico (*development risk defence*)

Art. 6:185 lid 1 aanhef en onder e BW implementeert art. 7 aanhef en onder e van de richtlijn: het ontwikkelingsrisicoverweer (*development risk defence*). Een producent is niet aansprakelijk indien het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken. Het verweer is controversieel en werd in de eindversie van de richtlijn voor lidstaten facultatief voorgeschreven.¹⁵⁷⁰ Het bakent een duidelijke ondergrens van productaansprakelijkheid af, en zegt iets over de kennis die van een producent mag worden verwacht.¹⁵⁷¹ Het verweer kent primair een rechtseconomische rechtvaardiging; het zou noodzakelijk zijn voor het stimuleren van innovatie en de verzekeraarbaarheid van risico's.¹⁵⁷²

Sinds de uitspraak van het Hof van Justitie EU in de zaak *VK/Commissie* is duidelijk dat artikel 7 aanhef en onder e objectief en restrictief moet worden uitgelegd:¹⁵⁷³ de producent van een gebrekkig product moet aantonen, dat het op grond van de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis, daaronder begrepen kennis op het meest geavanceerde niveau, op het

¹⁵⁶⁷ Zie voor deze vraag ook Van Gestel & Micklitz 2013, p. 165 onder verwijzing naar Brüggemeier 2006, p. 409 et seq en Spindler 1998, p. 316–336, Schepel 2005, p. 361–363.

¹⁵⁶⁸ § 1 abs. 2 Nr. 4 ProdHafG zijnde de Duitse implementatie van het verweer: Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 828; Vieweg 2011, p. 377; Stuurman 1995, p. 261; Dommering-van Rongen 2000, p. 70 beiden onder verwijzing naar Duitse literatuur. Zie ook Schepel 2005, p. 361, alsmede Lierman 2004, p. 388 en 389.

¹⁵⁶⁹ Zie ook Schepel 2005, p. 361.

¹⁵⁷⁰ Zie voor een heldere uiteenzetting van de totstandkomingsgeschiedenis, Dommering-van Rongen 1991, p. 221–225. Op grond van art. 15 lid 1 sub b van de Richtlijn mochten lidstaten besluiten ervan af te wijken.

¹⁵⁷¹ Het is een bevrijdend verweer dat naar de gebrekkigheid verwijst, maar duidelijk ervan dient te worden onderscheiden, Stolker 1990. Het verweer is in 2002 geëvalueerd voor de Europese Commissie, Alaimo e.a., *Rosselli Report. Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products. Study for the European Commission. Contract No. ETD/2002/B5*, Torino: Fondazione Rosselli 2002.

¹⁵⁷² Bij onbeperkte aansprakelijkheid voor ontwikkelingsrisico's zouden deze niet meer kunnen worden ingeschat en daardoor niet meer kunnen worden verzekerd. Grote risico's hebben premieverhoging tot gevolg, hetgeen kostprijsverhogend kan werken. Onbeperkte aansprakelijkheid van producenten kan voorts leiden tot het zogeheten *chilling effect*; zie in algemene zin Visscher 2005, p. 292–293. Zie voor een recent overzicht ook Faure e.a. 2016, p. 212.

¹⁵⁷³ HvJ EG 29 mei 1997, C-300/95, ECLI:EU:C:1997:255 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

tijdstip waarop hij het betrokken product in het verkeer bracht, onmogelijk was het gebrek te ontdekken.¹⁵⁷⁴ Het Hof overweegt daarbij expliciet dat dit kennisniveau hoger ligt dan de gebruikelijke veiligheidsvoorschriften in de industriesector.¹⁵⁷⁵ Daarbij plaatst het Hof wel de kanttekening dat om de relevante wetenschappelijke en technische kennis met succes aan de producent te kunnen tegenwerpen, deze kennis toegankelijk moet zijn geweest op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht.¹⁵⁷⁶ Wat onder ‘toegankelijk’ moet worden verstaan wordt niet nader toegelicht, maar aannemelijk is dat naar de huidige maatstaven met het bestaan van het internet weinig meer niet-toegankelijk zal worden geacht.¹⁵⁷⁷ Hoeveel kennis nodig is, is evenmin duidelijk. A-G Tesauro meent dat het feit dat slechts enkele wetenschappers op het risico wijzen al aan een beroep op het verweer in de weg kan staan. De stand van de wetenschappelijke kennis is volgens de A-G niet hetzelfde als het oordeel van de meerderheid van de deskundigen, maar veeleer het meest geavanceerde niveau.¹⁵⁷⁸ Een dergelijke uitleg zou volgens de A-G het nauwst aansluiten bij de ratio van de regeling. Producenten moeten instaan voor voorzienbare risico’s waartegen zij zich ofwel kunnen beschermen door meer onderzoek te doen ofwel kunnen verzekeren:

‘Zodra er op het bewuste tijdstip in de wetenschappelijke kringen één persoon is (wiens oordeel, zoals de geschiedenis van de wetenschap leert, op den duur de heersende mening kan worden) die op het gebrek en/of het potentiële gevaar van het product wijst, staat de fabrikant niet meer voor een onvoorzienbaar risico, dat als zodanig buiten de werkingssfeer van de bij de richtlijn ingevoerde regeling valt.’¹⁵⁷⁹

Deze interpretatie is niet zonder kritiek gebleven. Sommige auteurs hebben erop gewezen dat wetenschappelijke onzekerheid juist wordt gekenmerkt door tegenstrijdige resultaten.¹⁵⁸⁰ Ik sluit mij desalniettemin aan bij de opvatting van Tesauro, mits het gaat om een betrouwbare en gezaghebbende publicatie. In een groot aantal sectoren zijn producenten de stuwende kracht achter het genereren van wetenschappelijke kennis. Er wordt grote inspanning geleverd om resultaten te genereren waaruit juist de afwezigheid van bepaalde risico’s moet blijken. Producenten moeten niet aan aansprakelijkheid

¹⁵⁷⁴ R.o. 29.

¹⁵⁷⁵ R.o. 26.

¹⁵⁷⁶ R.o. 28, zoals ook aangehaald door Joerges e.a. 1999, p. 59, en r.o. 29 slot.

¹⁵⁷⁷ Vgl. Van Dam 2013, p. 435. A-G Tesauro gaf het fameuze voorbeeld van een geleerde uit Mantsjoerije die in het Chinees in een lokaal wetenschappelijk tijdschrift publiceert dat niet buiten de grenzen van de regio komt. Zo’n publicatie kan in diens ogen niet tot directe kenbaarheid bij een Europese producent leiden, Concl. A-G onder 23 en 24. Met de huidige technieken kunnen dit soort bronnen evenwel sneller dan voorheen worden ontgonnen.

¹⁵⁷⁸ Concl. A-G onder 21.

¹⁵⁷⁹ Concl. A-G onder 22.

¹⁵⁸⁰ Howells 2009, p. 388 onder verwijzing naar Stapleton 1999.

kunnen ontkomen door zelf een wetenschappelijk rookgordijn op te trekken met eigen onderzoek of door hen zelf gefinancierd onderzoek van derden.

Voor de beoordeling door de rechter van de kwaliteit van wetenschappelijke kennis en deskundigen is door meerdere auteurs al eens gewezen op de criteria uit de bekende *Daubert*-jurisprudentie in de VS, die bij die beoordeling behulpzaam kunnen zijn. De criteria zijn overigens niet onomstreden.¹⁵⁸¹ Voor de zaak *Daubert* gold de meer terughoudende *Frye*-test. Wetenschappelijk bewijs was toegelaten, indien de gebruikte principes, methoden, en technieken algemeen aanvaard waren in het vakgebied van de deskundige.¹⁵⁸² In de hieropvolgende zaak *Daubert* oordeelde het Supreme Court echter dat voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs de rechter dient te onderzoeken of de motivering of methodologie die aan het bewijs ten grondslag ligt wetenschappelijk deugdelijk is en of het kan worden toegepast op het onderhavige geval. Het Supreme Court benoemde verschillende factoren die in dat verband kunnen worden onderzocht. Zo kan de rechter nagaan:

- of de theorie van de expert falsifieerbaar is en of ze al getest is;
- of de theorie is onderworpen geweest aan *peer review* en al gepubliceerd is;
- wat de vaststaande of potentiële foutmarge van de theorie is;
- of de theorie algemeen of vergaand is geaccepteerd door het wetenschappelijk forum;
- of het onderzoek onafhankelijk van de rechtszaak heeft plaatsgevonden.¹⁵⁸³

Uit het latere *General Electric v Joiner* volgt dat de rechter het bewijs mag uitsluiten indien de conclusies van het onderzoek niet volgen uit de gebruikte data.¹⁵⁸⁴ Mijns inziens dient de rechter zich wel actief op te stellen, maar hij mag nooit op de stoel van de wetenschapper gaan zitten.¹⁵⁸⁵

¹⁵⁸¹ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), aangehaald door o.m. Dommering-van Rongen 2000, p. 24-25; later ook – in het kader van voorzorg in het aansprakelijkheidsrecht – Franken 2010, onder ‘aard van de aansprakelijkheid’ en De Jong 2014, p. 123 e.v. mede onder verwijzing naar de daarop volgende uitspraken *General Electric Co. v Joiner*, 522 U.S. 136 (1996), *Kumho Tire Company LTD v. Carmichael*, 526 U.S. 1473 (1999) en *Milward v. Acuity Specialty Products*, 639 F.3d 11 (1st Cir. 2011), p. 24. Zie ook *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014//171 en 172.

¹⁵⁸² *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923): ‘*Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while the courts will go a long way in admitting experimental testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.*’

¹⁵⁸³ De eerste vier sluiten aan bij de vertaling zoals Vranken die heeft gegeven; *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014//172.

¹⁵⁸⁴ *General Electric Co. v Joiner*, 522 U.S. 136 (1996).

¹⁵⁸⁵ Vgl. de eerdere kritiek in Veldt & Wissink 2017, p. 259 en 260 op HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*) waarin het Hof van Justitie te concrete inhoudelijke gezichtspunten geeft ten aanzien van de bewijswaardering. Deze gezichtspunten geven mijns inziens blijk van een onvoldoende terughoudende houding waar het gaat om de waardering van wetenschappelijk bewijs. Zie in deze zin later ook instemmend Lindenbergh in zijn noot (*NJ* 2018/125).

Om de betekenis van productnormen voor het ontwikkelingsrisicoverweer te kunnen bepalen, zal de rechter dus per geval dienen na te gaan in hoeverre de productnorm is gebaseerd op het meest geavanceerde niveau van wetenschappelijke kennis.¹⁵⁸⁶ Het meest geavanceerde niveau van wetenschappelijke kennis ligt om drie redenen veelal niet vast in producteisen en geharmoniseerde normen. Productnormen komen pas tot stand nadat de wetenschappelijke kennis is doorgedrongen tot de wetgever respectievelijk de branche (de risicoanalyse), waarna deze kennis in een norm moet worden vertaald (het risicomanagement, zie nr. 39 en hoofdstuk 4); een proces dat uit kan blijven en waar als het wel plaatsvindt per definitie tijd overheen gaat. Daarnaast blijft de wetenschap zich ontwikkelen, waardoor het meest geavanceerde kennisniveau steeds hoger komt te liggen. Bovendien is de uiteindelijke norm het resultaat van onderhandeling tussen verschillende belanghebbenden waardoor de mate van reflectie van de kennis en informatie in de uiteindelijke norm onduidelijk is of vertroebeld raakt. Het daarmee corresponderende veiligheidsniveau kan worden verlaagd onder invloed van andere belangen. De categorie productnormen die de stand van de wetenschap en de techniek in de praktijk het dichtst zullen benaderen, of daar zelfs op vooruit kunnen lopen, zijn producteisen indien die uit hoofde van voorzorg zijn vastgesteld. Onder invloed van het voorzorgsbeginsel kan de Europese wetgever steeds sneller tot vaststelling van gesloten producteisen overgaan, ook daar waar nog wetenschappelijke onzekerheid bestaat over de aard, ernst of omvang van risico's (nr. 38 en 39). Mijns inziens kan de enkele aanwezigheid en schending van zo een gesloten producteis discussies met de producent over de vraag of hem een beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer toekomt in een klap neutraliseren. Is zo een producteis geschonden dan doet het er meen ik namelijk niet meer toe of het gezien de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau, op het tijdstip waarop hij het betrokken product in het verkeer bracht, onmogelijk was het veiligheidsgebrek te ontdekken: het product was simpelweg al niet meer toegestaan. Dat in zulke omstandigheden geen geslaagd beroep meer op art. 7 onder e van de richtlijn kan worden gedaan, lijkt mij vanuit een oogpunt van slachtofferbescherming redelijk aangezien van de producent ten minste de naleving van producteisen mag worden verwacht. Het Hof van Justitie heeft zich echter nog nooit over een dergelijke vraag uitgelaten.

Daarbij geldt mijns inziens wel een kanttekening: in de praktijk wil het nog wel eens voorkomen dat een gesloten producteis op basis van de stand van de wetenschap, op de stand der techniek vooruitloopt in de zin dat testmethoden soms nog niet voldoende zijn ontwikkeld om bepaalde stoffen te

¹⁵⁸⁶ Joerges e.a. 1999, p. 59: *'The product liability directive gives national courts even more leeway to consider for themselves whether those products meet 'legitimate consumer expectations' or whether the standards concerned correspond to the 'state of scientific and technical knowledge' so that producers can be granted the 'development risk' exemption.'* Schepel 2005, p. 374-375.

detecteren.¹⁵⁸⁷ Naarmate de techniek zich ontwikkelt, kan plots duidelijk worden dat producten zijn verhandeld met een stof die er niet in had mogen zitten (NB: het kan zelfs systeem schade betreffen).¹⁵⁸⁸ Het VK/*Commissie*-arrest zegt niets over de vraag hoe om moet worden gegaan met een gebrek dat op grond van de wetenschap wel bestaat of wordt vermoed, doch op grond van de stand van de techniek niet detecteerbaar is, omdat bijvoorbeeld een testmethode ontbreekt. Mijns inziens zou het verweer in zulke gevallen toch op kunnen gaan, omdat het niet alleen ziet de stand van de *wetenschap*, maar ook ziet op de stand van de *techniek*. Een risico kan wetenschappelijk onderkend doch technisch niet detecteerbaar zijn. Gaat het om praktische onmogelijkheid, omdat een test bijvoorbeeld buitensporig gecompliceerd of kostbaar is, dan gaat het verweer mijns inziens echter niet op.¹⁵⁸⁹ Dit gegeven kan eventueel wel bij de gebrekkigheidstoets worden verdisconteerd, indien *cost/benefit*-overwegingen daaronder relevant worden geacht (§ 7.2.3).¹⁵⁹⁰

In het kader van het ontwikkelingsrisico zijn de onderzoeken die de basis vormen voor eventuele toekomstige normstelling door de Europese Commissie van groot belang, zoals de opinies van het SCCS en SCHEER, waarin mede reeds bestaand onderzoek geëvalueerd en gebundeld wordt (nr. 39). Dergelijke rapportages zijn doorwrocht en grotendeels onafhankelijk. Daarnaast zijn ze op basis van hoor en wederhoor tot stand gekomen en publiekelijk toegankelijk, waardoor er groot gewicht aan toekomt (in tegenstelling tot geharmoniseerde normen, hoofdstuk 4).¹⁵⁹¹ Daarbuiten is het waarden van wetenschappelijke kennis een risicovolle exercitie, waarbij de civiele rechter zich moet realiseren dat de processuele waarheid beperkt is, omdat deze wordt gevormd door het partijdebat. Hij moet wetenschappelijke informatie duiden, doch mag nooit op de stoel van de wetenschapper gaan zitten.¹⁵⁹²

¹⁵⁸⁷ Vgl. voor deze problematiek Rb. Amsterdam 3 februari 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AB8317 (*S./Stichting Sanquin Bloedvoorziening*), r.o. 11. In de literatuur wordt betwijfeld of praktische ondetecteerbaarheid – zoals als in deze zaak speelde – voldoende is om het verweer op te doen gaan (zie hierna). Zie anders de Engelse zaak, *A v The National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289, r.o. 74 en Van Dam 2013, p. 435. In Duitsland wordt het verweer niet geaccepteerd bij fabricagefouten c.q. productiegebreken, BGH 09.05.1995, NJW 1995, 2162, BGHZ 129, 353, 359, JZ 1995, 1060 (*Mineralwässerflasche II*).

¹⁵⁸⁸ Men spreekt van systeem schade als het gaat om gebreken die niet te vermijden zijn, Schut 1974, p. 20, zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 1991, p. 144.

¹⁵⁸⁹ Praktische onmogelijkheid doordat een geschikte testmethode ontbrak, was de reden voor de Amsterdamse rechtbank om aansprakelijkheid voor besmet bloed op grond van het ontwikkelingsrisicoverweer af te wijzen, Rb. Amsterdam 3 februari 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AB8317 (*S./Stichting Sanquin Bloedvoorziening*), r.o. 11. In de literatuur wordt betwijfeld of deze uitspraak verenigbaar is met het criterium zoals uiteengezet in *VK/Commissie*.

¹⁵⁹⁰ Vgl. Whittaker 2005, p. 500-501. Vgl. ook Howells 2009, p. 389.

¹⁵⁹¹ Vgl. ook het grote gewicht dat de rechtbank Den Haag heeft toegekend aan de rapportages van the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) in de Urgenda zaak, Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda, eerste aanleg*), r.o. 4.12 en 4.18, zoals ook aangehaald door Lee 2018, p. 40, zij het dat de rechtbank daarbij werd gefaciliteerd door het partijdebat (zoals eerder opgemerkt door Castermans 2016).

¹⁵⁹² Zie voor handreikingen en gezichtspunten voor de waardering van wetenschappelijke kennis, De Jong 2016, p. 130-144 die daarbij echter weinig oog heeft voor de beperkte informatiepositie waarin de rechter zich bevindt, onder invloed van het partijdebat. Later nuanceert hij dit, De Jong 2018, p. 16 e.v.

Enkele auteurs menen dat het verweer evenmin op zou moeten gaan als een risico in de wetenschap nog niet is ontdekt, maar de producent met eigen wetenschappelijk onderzoek het gebrek gemakkelijk had kunnen ontdekken.¹⁵⁹³ Hier valt op het eerste gezicht wat voor te zeggen. Een vordering tot schadevergoeding op grond van productaansprakelijkheid zal pas worden ingesteld indien enige schade zich heeft geopenbaard, waarschijnlijk wanneer enige tijd is verstreken. Door dit tijdsverloop kan op het moment dat een risico wel volledige bekendheid geniet de ontwikkeling van de wetenschap wellicht worden gereconstrueerd. Aan de hand van die reconstructie kan worden gezien of een ontdekking dichtbij was en of een nader onderzoek naar het risico naar verwachting iets zou hebben opgeleverd. Tegelijk ligt *hindsight bias* in dit soort gevallen natuurlijk op de loer. Of plaats is voor afwijzing van het verweer in zulke gevallen vraagt een nadere doordenking waarvoor geen plaats is in dit proefschrift.¹⁵⁹⁴ Een nadere concretisering van de documentatieplicht uit hoofdstuk 3 (nr. 46) zou een eventuele reconstructie voor de fabrikant wel beduidend makkelijker maken. De vraag of het ontwikkelingsrisicoverweer überhaupt moet blijven voortbestaan, mede gezien de steeds sterker wordende geluiden over voorzorgaansprakelijkheid in het academische debat, valt buiten de onderzoeksvraag en zal hier niet worden behandeld.¹⁵⁹⁵

7.2.3 Betekenis voor gebrekkigheid

180 De Europese *consumer expectation test*

Het hart van de richtlijn vormt het vereiste van gebrekkigheid van het product (art. 6:186 BW, art. 6 richtlijn). Het gebrekkigheidsvereiste ziet, anders dan bijvoorbeeld de onrechtmatigheid onder het nationale privaatrecht, niet op het *gedrag* van de laedens, in dit geval de producent, maar op het *product*. Of de laedens een grote dan wel kleine producent betreft, lijkt voor de invulling ervan derhalve van ondergeschikt belang.¹⁵⁹⁶ Een product is gebrekkig indien

¹⁵⁹³ Zie bijvoorbeeld Stolker 1989, p. 647 en Stolker 1990, p. 787; in vergelijkbare zin ook Howells 2009, p. 389 onder verwijzing naar Stapleton 1999 en Pugh & Pilgerstorfer 2004 met verdere nuanceringsen. Vgl. ook Van Boom 2001, paragraaf 4.2.3. Vgl. Schepel 2005, p. 376.

¹⁵⁹⁴ Zo kan ik me voorstellen dat voor geneesmiddelenfabrikanten die de primaire bron zijn van wetenschappelijk onderzoek hier wat voor valt te zeggen. Binnen andere sectoren, waarin producenten de wetenschap minder domineren, moet hier behoudender mee worden omgegaan.

¹⁵⁹⁵ In Duitsland is ervoor gekozen om wettelijk voor geneesmiddelen en genetisch gemodificeerde organismen geen ontwikkelingsrisicoverweer toe te staan, doch de impact op het gedrag is omstreden, Rosselli Report. Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products. Study for the European Commission. Contract No. ETD/2002/B5, par. 36 zoals ook aangehaald door Weiß 2008, p. 580. Faure e.a. 2016, p. 212 wijzen erop dat vanuit rechtseconomische hoek onduidelijk is of aansprakelijkheid voor volstrekt onbekende risico's een zinvolle bijdrage levert aan de preventie van schade. Zij wijzen er ook op dat juist daar waar de sociale baten van nieuwe technologie groot zijn, behoedzaam met aansprakelijkheid voor onbekende risico's moet worden omgegaan om innovatie niet te belemmeren.

¹⁵⁹⁶ Het is evenwel niet geheel irrelevant, omdat deze omstandigheid de geobjectiveerde verwachting van het grote publiek en de groep potentiële gebruikers in het bijzonder (*Boston*) over de veiligheid van een product wellicht mede kan beïnvloeden. Van een A-merk product van een multinational, waar over het algemeen ook

het niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen (beter bekend als de *consumer expectation test*).¹⁵⁹⁷ Het artikel bevat een niet-limitatieve lijst van drie bijzondere gezichtspunten die met name in aanmerking dienen te worden genomen, namelijk (sub a) de presentatie van het product, (sub b) het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product en (sub c) het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht.¹⁵⁹⁸ Het gezichtspunt sub c hangt samen met het *state of the art*-verweer (art. 6:186 lid 2 BW, art. 6 lid 2 richtlijn); een product mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht.¹⁵⁹⁹

Gebrekkigheid omvat twee elementen, namelijk de veiligheid van het product en de verwachting daaromtrent. Dat een product onveilig is, in de zin dat het een risico vormt voor schade, moet mijns inziens *met de kennis van nu* kunnen worden vastgesteld (de eis van generieke causaliteit, zie ook nr. 222).¹⁶⁰⁰ Wat voor veiligheid men echter redelijkerwijs mag verwachten dient *ex tunc* (gezichtspunt sub c) in het licht van de destijds beschikbare kennis, wetenschappelijke en technische mogelijkheden en maatstaven te worden beoordeeld.

Het vaststellen van voornoemde verwachting laat zonder nadere inkadering ruimte voor diverse interpretaties, opvattingen en zelfs rechtspolitieke keuzes. Het gebrekkigheids criterium suggereert een subjectief criterium voor wat betreft deze verwachting, doch in de literatuur wordt wel aangenomen dat met het criterium een objectief-normatief criterium is beoogd.¹⁶⁰¹ Het criterium is objectief, omdat volgens de zesde overweging van de richtlijn onder ‘men’ het grote publiek moet worden verstaan en dus niet de schade lijdende gebruiker *in concreto*.¹⁶⁰² Het normatieve element is gelegen in het ‘mogen verwachten’, aangezien het niet gaat om de concrete verwachting van een bepaalde gebruiker maar de rechterlijke vaststelling van een norm

meer voor moet worden betaald, mag wellicht een hoger veiligheidsniveau worden verwacht dan van een merkloos product.

¹⁵⁹⁷ De Nederlandse implementatie in art. 6:186 lid 1 BW vermeldt ‘de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten’. Art. 6 is daadwerkelijk geïnspireerd op de Amerikaanse *consumer expectation test*: Dommering-van Rongen 2000, p. 43 en 50; Borghetti 2004, p. 434, nr. 437.

¹⁵⁹⁸ Het gezichtspunt sub a) – de presentatie van het product – wordt veelal als bron van privaatrechtelijke waarschuwings- en informatieplichten ten aanzien van het product gezien, zie o.a. Dommering-van Rongen 2000, p. 54-55.

¹⁵⁹⁹ Dommering-van Rongen 1991, p. 181.

¹⁶⁰⁰ Overigens lijken sommige auteurs sinds het *Sanofi*-arrest deze eis niet zo strikt meer te willen hanteren; zie bijvoorbeeld Rajneri in Rajneri e.a. 2018, p. 68. Mijns inziens vormt dit echter een ondergrens van aansprakelijkheid, ook onder de richtlijn.

¹⁶⁰¹ Zoals eerder besproken in Veldt & van Boom 2015, p. 378. Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 51 onder verwijzing naar o.a. Wuyts 2014, p. 8. Zie eerder ook Hodges e.a. 1996, p. 243 en Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 48, Rn. 11. Het gaat niet om de daadwerkelijke verwachting van de doelgroep, maar om de rechterlijke vaststelling van wat men, lees: het grote publiek, redelijkerwijs mag verwachten.

¹⁶⁰² Overweging 6 van de richtlijn en HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), overweging 37.

namelijk wat het grote publiek (redelijkerwijs) mag verwachten.¹⁶⁰³ Het veiligheidsniveau dat mag worden verwacht is daardoor niet absoluut.¹⁶⁰⁴ De onveiligheid van sommige producten wordt bij het grote publiek bekend verondersteld (zoals tabak en alcohol), hetgeen deze producten daarom niet gebrekkig zou maken.¹⁶⁰⁵

Het gebrekkigheids criterium is door het Hof in de *Boston*-zaak nader uitgelegd. De zaak betrof defibrillatoren en pacemakers uit een serie die een verhoogd risico op uitval vertoonden, waarbij de individuele producten niet meer kon worden beoordeeld. Het Hof noemt daarin als extra gezichtspunten ter beoordeling van de gebrekkigheid: de bestemming, de kenmerken en de objectieve eigenschappen van het product, alsook het specifieke karakter van de groep gebruikers voor wie dit product bestemd is. Voor de defibrillatoren en pacemakers in kwestie betekende dit volgens het Hof 'dat gelet op de functie ervan en de bijzonder kwetsbare situatie van de patiënten die deze hulpmiddelen gebruiken, de veiligheidseisen voor deze hulpmiddelen, die de patiënten gerechtigd zijn te verwachten, bijzonder hoog zijn'. Het Hof geeft – buiten de eerdergenoemde gezichtspunten – geen handvatten *hoe* hoog de gerechtvaardigde verwachting mag zijn en *op welke wijze* deze hoogte door de nationale rechter moet worden vastgesteld.¹⁶⁰⁶ Het potentiële gebrek aan veiligheid is volgens het Hof gelegen in het ongebruikelijke potentieel van de producten tot het veroorzaken van schade aan de persoon.¹⁶⁰⁷ In die omstandigheden kunnen – aldus het Hof – op basis van de vaststelling dat producten binnen dezelfde productgroep of serie gebreken vertonen, alle producten van dezelfde groep of serie als gebrekkig worden aangemerkt. Later in het arrest, bij de uitleg welke kosten als schade in de zin van de richtlijn kunnen worden gekwalificeerd, heeft het Hof het echter over 'het gebrek, bestaande in het abnormale risico van schade dat de betrokken patiënten daardoor lopen'.¹⁶⁰⁸ Handvatten om te bepalen welke risico's normaal of abnormaal zijn ontbreken.

In het *Sanofi*-arrest, waarin prejudiciële vragen over de mate waarin bewijsverlichting onder de richtlijn is toegestaan werden beantwoord en niet zozeer werd ingegaan op de materiële invulling van het gebrekkigheidsbegrip,

¹⁶⁰³ Veldt & van Boom 2015, p. 387. Zie voor een Engelse perspectief ook Burton J in *A v The National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289, die de rechter ziet als '*an informed representative of the public at large*'. Zie ook Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017

¹⁶⁰⁴ O.a. Lenz 2014, p. 200.

¹⁶⁰⁵ Hoewel men over de wenselijkheid van deze benadering van mening kan verschillen, is dit thans de heersende leer op basis van zowel Nederlandse lagere jurisprudentie, Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225 (*Rokersclaim*), als Engelse en Duitse. In de VS geldt een vergelijkbaar uitgangspunt. Zie Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 1.5 (actueel t/m 04-05-2019) voor een overzicht.

¹⁶⁰⁶ Vgl. voor kritiek op deze overwegingen mijn eerder verschenen noot met Van Boom; Veldt & van Boom 2015, p. 188, mede onder verwijzing naar Concl. A-G Bot, nr. 30, die de gebrekkigheid uitlegt als '*het abnormale risico van schade dat de patiënten daardoor* [lees: door een vergroot risico op uitval] *lopen*'.

¹⁶⁰⁷ Overweging 40 (*Boston*) en Conc. A-G Bot, nr. 43-46.

¹⁶⁰⁸ Overweging 54 (*Boston*).

sloot het Hof wederom aan bij het *Boston*-criterium.¹⁶⁰⁹ Zoals ik met Wissink eerder heb opgemerkt, weekt onduidelijkheid over het materiële criterium zich bij de beoordeling door de nationale rechter welk bewijs hij kan en mag verlangen van de gebrekkigheid.¹⁶¹⁰ Door deze onduidelijkheid is het tevens lastig om productnormen aan dit criterium te relateren, waardoor onduidelijk is wat de exacte invloed is van producteisen en geharmoniseerde normen op het gebrekkigheidsoordeel. Dit wordt met name duidelijk bij het beoordelen van het gewicht dat aan *het volgen van* productnormen moet toekomen (nr. 184).

181 Onduidelijkheid over *cost/benefit*-benaderingen en de eis van generieke causaliteit

De Europese *consumer expectation test* is als normatief criterium weinig richtinggevend en daarom in de literatuur sterk bekritiseerd.¹⁶¹¹ Ook uit de laatste evaluatie van de richtlijn door de Europese Commissie blijkt dat onduidelijkheid over dit criterium aan een effectieve toepassing van de richtlijn in de weg staat.¹⁶¹² Op lidstaatsniveau bestaan uiteenlopende invullingen van dit criterium.¹⁶¹³ Bij de invulling van gebrekkigheid wordt echter in het merendeel van de lidstaten in de praktijk aangesloten bij de Amerikaanse indeling in productie-, ontwerp- en instructiegebreken, die ook wordt gebruikt bij de invulling van nationale delictuele productaansprakelijkheid (§ 7.3.2).¹⁶¹⁴ Deze indeling kan behulpzaam zijn, omdat voor de beoordeling van de gebrekkigheid in het licht van ieder type gebrek, andere omstandigheden en gezichtspunten relevant kunnen zijn.

In de VS zijn aan deze indeling andere beoordelingscriteria gekoppeld.¹⁶¹⁵ Zo vertoont in de VS de aansprakelijkheid voor productiegebreken meer

¹⁶⁰⁹ HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 41: '(...) dat dit vaccin dus niet de in artikel 6 van die richtlijn bedoelde veiligheid biedt die – gelet op alle omstandigheden – mag worden verwacht, aangezien het abnormale en bijzonder ernstige schade berokkent aan de patiënt, die van een dergelijk product – gelet op de functie ervan – inderdaad een hoog veiligheidsniveau mag verwachten (zie in die zin arrest van 5 maart 2015, *Boston Scientific Medizintechnik*, C-503/13 en C-504/13, EU:C:2015:148, punt 39).'

¹⁶¹⁰ Veldt & Wissink 2017, paragraaf 4.4.

¹⁶¹¹ O.m. in Nederland door Duintjer Tebbens 1979, p. 148 en in Engeland door Miller & Goldberg 2004, nr. 10.18, onder verwijzing naar Stapleton 1994, p. 234. Zie ook Fairgrieve e.a. 2013, p. 5-9. Zie voor Duitsland Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 48, Rn. 10 en aldaar genoemde literatuur.

¹⁶¹² COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 7 en 8. Zie ook het derde evaluatieverslag uit 2006 op p. 10.

¹⁶¹³ In het Lovells-rapport uit 2003 wordt ook opgemerkt dat in de lidstaten nog diverse controverses bestaan m.b.t. het criterium nl. de vraag of een risk/benefit analysis is toegestaan, of het gedrag van de producent een rol mag spelen, in welke gevallen meer mag worden verwacht van een producent terwijl alle regelgeving is nageleefd en of de consument kan volstaan met het aantonen van onveiligheid of dat de consument ook aannemelijk moet maken waarin de onveiligheid is gelegen, Meltzer e.a. 2003, p. 6. Zie ook Dommering-Van Rongen 2000, p. 50; Borghetti 2004, p. 1 e.v. voor een vergelijking tussen Duitsland en Frankrijk; Wuyts 2014, p. 10; Fairgrieve e.a. 2016, p. 53, mede voor een recent Europees rechtsvergelijkend overzicht, p. 111 e.v.

¹⁶¹⁴ In Nederland is deze indeling geïntroduceerd door Schut 1974, p. 19, nr. 12; Lierman 2004, p. 378; Wuyts 2014, p. 10. Fairgrieve e.a. 2016, p. 53, mede voor een recent Europees rechtsvergelijkend overzicht p. 111 e.v.

¹⁶¹⁵ § 2 a) t/m c) Restatement 3rd Products Liability (the American Law Institute 1998).

kenmerken van een zuivere risicoaansprakelijkheid¹⁶¹⁶ en vertoont aansprakelijkheid voor ontwerp- en instructiegebreken meer kenmerken van schuldaansprakelijkheid.¹⁶¹⁷ Bij ontwerp- en instructiegebreken in de VS spelen de *reasonable test* en de *risk/utility test* een rol. Eerst moet worden onderzocht of het risico voorzienbaar (*foreseeable*) en vermijdbaar (*avoidable*) was. Vervolgens moet worden gekeken of een alternatief ontwerp redelijkerwijs kon en mocht worden verwacht (*reasonable alternative design*).¹⁶¹⁸ Voorts kan – met name wanneer risico's niet *avoidable* zijn of een alternatief ontwerp niet voorhanden is – *risk/utility* nog een andere rol spelen in de zin dat wordt gekeken naar de risico's van het product in relatie tot de baten voor de maatschappij als geheel.¹⁶¹⁹

Op lidstaatsniveau is sprake van een productiegebrek indien een individueel product vergeleken met de rest van de in een serie geproduceerde producten qua veiligheidsniveau afwijkt.¹⁶²⁰ Bij de beoordeling van ontwerp- en instructiegebreken ontbreekt deze mogelijkheid, en wordt daarom vaak gekeken of producten een *abnormaal risico* vormen in vergelijking met producten van hetzelfde type of soort. In dat geval dient te worden beoordeeld of een risico op schade bij het ene product van de soort (vele malen) groter is dan bij het andere product van die soort. De grens tussen wat 'normaal' is en welk type afwijking 'abnormaal' is, is bij dat soort gebreken lastig vast te stellen.¹⁶²¹

¹⁶¹⁶ § 2 aanhef 'A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product: (a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;'

¹⁶¹⁷ § 2 '(...) (b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;'

(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.'

¹⁶¹⁸ Veldt & van Boom 2015, p. 388 en onder noot 15 genoemde bronnen, waaronder Lierman 2004, p. 371 en 376, en Wuyts 2014, p. 10. Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 53 onder verwijzing naar Whittaker 1985 en Van Dam 2013, p. 377.

¹⁶¹⁹ De Amerikaanse *risk/utility*-analyse werd voor productaansprakelijkheid voor het eerst aangenomen in *Barker v. Lull Engineering Co.*, 573 P.2d 443, 20 Cal. 3d 413, 143 Cal. Rptr. 225, 1978 Cal. LEXIS 176, 96 A.L.R.3d 1 (Cal. 1978), zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 2000, p. 53. Vgl. Kip Viscusi 1991, p. 71, waarbij veelal wel vereist is dat voor het risico is gewaarschuwd, vanuit de gedachte dat de gebruiker dan ook kan afzien van het gebruik van het product. Zie ook Rajneri e.a. 2018

¹⁶²⁰ Dommering-van Rongen 1991, p. 144; Lierman 2004, p. 394. Zie ook Borghetti 2004, p. 610, die dat ook een '*risque anormal*' noemt waarbij de toets bestaat uit de zogeheten '*production line norm*'.

¹⁶²¹ Veldt & van Boom 2015, p. 388 en de literatuur genoemd in noot 18 alsmede de literatuur in noot 19. Zie ook Borghetti 2004, p. 606 voor Duitsland en Frankrijk. Vgl. voor Engels recht, Clerk & Lindsell (2014), 11-56, waar in navolging van J Burton in *National Blood Authority* onderscheid werd gemaakt in inherent gevaarlijke producten (messen etc.) en niet-inherent gevaarlijke producten. De laatste categorie werd opgedeeld in *standard products*, namelijk een product wat overeenstemt met hoe de producent het had bedoeld en *non-standard products* die anders zijn en afwijken van *standard products* omdat ze een lager veiligheidsniveau hebben. J Burton kwalificeerde gecontamineerd bloed als een *non-standard* product. Doordat een

Op lidstaatsniveau komen bij ontwerp- en instructiegebreken daarom mede vormen van *risk/benefit*-analyses terug. In de nationale doctrines en rechtspraak worden verschillende soorten *risk/benefit*-analyses onderscheiden, ex ante of ex post,¹⁶²² rekening houdend met de kosten en baten voor de maatschappij als geheel (op macroniveau) of kosten en baten voor private partijen in het bijzonder (op microniveau). Bij een *cost-benefit*-analyse op microniveau (vgl. de *reasonable test* in de VS) worden de kosten van aanpassing van het ontwerp en/of de bezwaarlijkheid van andere voorzorgsmaatregelen afgewogen tegen kans op schade en de ernst van het risico (vgl. onze *Kelderluik*-benadering en de *Learned Hand*-formule, nr. 221).¹⁶²³ Daarbij mag de prijs van het product eveneens een rol spelen. Een goedkoper type auto zonder de nieuwste veiligheidssnufjes is niet per definitie gebrekkig: het nemen van extra risico kan bijvoorbeeld resulteren in een lagere kostprijs.¹⁶²⁴ Tegelijkertijd zal altijd sprake moeten zijn van een vorm van basisveiligheid.¹⁶²⁵ Bij een *risk-benefit*-test in het kader van medicijnen waarvan bijwerkingen niet vermijdbaar zijn, worden de nadelen van een product of de bijwerkingen afgewogen tegen de baten voor de individuele patiënt¹⁶²⁶ en/of voor de maatschappij als geheel (vgl. *risk/utility* in de VS).¹⁶²⁷

In de lidstaten worden deze factoren in de praktijk, afhankelijk van het soort veiligheidsgebrek, gecombineerd. Wordt betekenis toegekend aan *risk/benefit*-benaderingen dan impliceert dat een minder absolute risicoaansprakelijkheid, waarbij indirect, of beter gezegd geobjectiveerd, gedragsnormerende factoren een rol kunnen spelen.¹⁶²⁸ (Vergelijk de ontwikkeling bij onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden. De geobjectiveerde *Kelderluik*-factoren kunnen thans een rol spelen bij de invulling van gebrekkigheid onder opstalaansprakelijkheid, nr. 221).

waarschuwing voor het risico ontbrak, zou sprake zijn van een gebrek. Vermijdbaarheid van het gebrek is volgens Burton niet doorslaggevend. Een belangrijk argument vóór zo'n strikte uitleg van gebrekkigheid, was echter gelegen in de aanwezigheid van het ontwikkelingsrisicoverweer. Zie recent echter, *Wilkes v Depuy International Limited* [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503

¹⁶²² Vgl. het verschil in de test van John W. Wade (kijkend naar het moment van op de markt brengen) v. Keeton (moment waarop de test wordt toegepast) in de VS, zoals ook besproken door Dommering-van Rongen 1991, p. 150.

¹⁶²³ Zoals gehanteerd in het arrest *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947), en besproken door Van Dam 2013, p. 236.

¹⁶²⁴ Veldt & van Boom 2015, p. 388. Zie voor het VK, Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-58, waarin, in navolging van Burton in *Blood Authority*, wordt aangegeven dat ook onder de *consumer expectation test* dit een relevante omstandigheid blijft. Voor Duitsland in gelijke zin, Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., §48, nr. 28 e.v. over de *Kosten/Nutzen-Verhältnis* en *Preis-Leistungsrelation*. Het belangrijkste Duitse arrest in dat verband is nog steeds BGH 16.6.2009 - VI ZR 107/08 (OLG Jena), NJW 2009, 2952 (*Airbag*).

¹⁶²⁵ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 48, nr. 29. Vgl. ook Concl. A-G Bobek bij *Boston*, onder 87.

¹⁶²⁶ Vgl. HR 30 juni 1989, NJ 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), r.o. 4.4.2 dat inzoomt op patiëntniveau. In Duitsland geldt een bijzondere aansprakelijkheid ex § 84 AMG dat aansluit bij de publiekrechtelijke *risk/benefit*-beoordeling bij toelating van het medicijn § 4 no. 28 AMB dat de implementatie is van art. 28 lid 1 Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek), waarbij de patiënt de bewijslast draagt dat de kosten de baten overstijgen.

¹⁶²⁷ Zie in deze zin in het VK; *Wilkes v Depuy International Limited* [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, onder 14.

¹⁶²⁸ Zie ook Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 91.

Vooralsnog bestaat discussie in hoeverre de indeling in soorten gebreken relevant is of blijft onder de richtlijn, alsmede of de daarbij behorende beoordelingscriteria binnen de toets aan de gebrekkigheid zijn toegestaan.¹⁶²⁹ De Europese *consumer expectation test* vereist in beginsel niet dat de gebruiker onder de richtlijn hoeft te stellen en te bewijzen *waardoor* de veiligheid van het product achterblijft en dus of dat door een productiefout of ontwerpfout komt.¹⁶³⁰ Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU blijkt niet dat het Hof *cost/benefit*-overwegingen relevant acht. Het Hof van Justitie lijkt in Sanofi impliciet A-G Bobek te volgen die ingaat op het verweer van *Sanofi* dat onder de gebrekkigheid mede *cost/benefit*-afwegingen moeten worden meegenomen.¹⁶³¹ Volgens de A-G lijkt het criterium te verwijzen naar basisverwachtingen die bij normaal gebruik aan het product worden gesteld.¹⁶³² Het afwegen van kosten/baten als vereiste voor het aantonen van een gebrek zou er volgens hem op neerkomen nieuwe aansprakelijkheidsvoorwaarden te introduceren.¹⁶³³ Nu het Hof in *Boston* en *Sanofi* hierover zwijgt, doch in *Sanofi* wel – zij het op hoofdlijnen – de A-G lijkt te volgen, leidt Fairgrieve hieruit af dat de visie van het Hof lijkt te zijn dat *risk*- of *cost/benefit*-benaderingen geen onderdeel uitmaken van de gebrekkigheidstoets.¹⁶³⁴ Ik wil nog niet zover gaan.¹⁶³⁵ Het Hof zegt er simpelweg niets over. Tegelijkertijd snap ik de vrees van de A-G dat nadere concretisering van het gebrekkigheidscriterium op dit punt de bewijspositie van gelaedeerde nog verder zou kunnen verzwaren, indien daaraan de consequentie zou worden verbonden dat gelaedeerde feiten en omstandigheden zou dienen te stellen, en zo nodig te bewijzen, die zien op de aard en de achterliggende oorzaak van het gebrek. Deze vrees kan in mijn ogen

¹⁶²⁹ Zie eerder Van Boom 2001, p. 12, die ervan uitging dat *risk/benefit*-test in de gebrekkigheid is geïncorporeerd. Zie ook de kritiek in Veldt & Wissink 2017, p. 258 en 259.

¹⁶³⁰ Zie voor de discussie over de mate waarin de consument het gebrek dient te specificeren in de EU, Meltzer e.a. 2003, p. 6 en in het VK, Wilkes v Depuy International Limited [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, onder 73 en aldaar genoemde rechtspraak en literatuur. Vgl. onder de reguliere onrechtmatigde daad ook het arrest HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, NJ 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), r.o. 3.3.2 waaruit volgt dat voor aansprakelijkheid van de producent niet vereist is dat het product in het algemeen of dat de hele soort waarvan dit product deeluitmaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd is schade veroorzaakt.

¹⁶³¹ Concl. A-G M. Bobek van 7 maart 2017, C-621/15 (*Sanofi Pasteur/Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*), onder 85.

¹⁶³² Concl. A-G Bobek, onder 87: 'De richtlijn bepaalt niet uitdrukkelijk dat het begrip „gebrek” inhoudt dat het product, afgezien van de onderhavige specifieke zaak, meer algemeen schadelijk of potentieel schadelijk is, noch dat een bredere analyse moet worden gemaakt van de kosten en baten van het product voor de samenleving. Weliswaar zijn de definitie van „gebrek” in artikel 6 en de daaraan gerelateerde overweging in niet-specifieke termen geformuleerd (de veiligheid die „men” of „het grote publiek” gerechtigd is te verwachten), maar mijns inziens zijn die bewoordingen hooguit ambigu. Volgens mij verwijzen zij in wezen naar basisverwachtingen die bij normaal gebruik aan het product worden gesteld. Er kan niet uit worden opgemaakt dat wanneer het product bij normaal gebruik ernstige schade veroorzaakt in een individueel geval, een afweging van de kosten en baten van het product vereist is om conclusies te kunnen trekken met betrekking tot het bestaan van een eventueel gebrek.'

¹⁶³³ Concl. A-G Bobek, onder 88.

¹⁶³⁴ Fairgrieve in Rajneri e.a. 2018, p. 94 en eerder ook Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 900.

¹⁶³⁵ Eerder ook Veldt & Wissink 2017, p. 258 en 259.

echter geen reden zijn om mogelijke indelingen in soorten gebreken en *risk/benefit*-benaderingen bij ontwerpgebreken dan maar geheel irrelevant te achten. Mijns inziens komt aan *risk/benefit*-overwegingen gewicht toe indien de aangevoerde feiten een ontwerpgebrek impliceren, hetgeen tot uitdrukking moet worden gebracht bij de beoordeling van de betwisting van de producent van de gebrekkigheid. Het irrelevant achten van *risk/benefit*-overwegingen en een te groter focus op 'de rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico's' als vaag gezichtspunt, geeft rechters te veel vrijheid en veroorzaakt te veel rechtsonzekerheid.

Voorstanders van het uitsluiten van *risk/benefit*-benaderingen in zaken als *Sanofi*, zien een rechtvaardiging voor vergaande aansprakelijkheid van producenten van vaccins in andere omstandigheden en rechtspolitieke argumenten, zoals de dominantie van de markt door vier farmaceuten en de aanwezigheid van patenten die het mogelijk maken om de prijzen voor vaccins kunstmatig hoog te houden, waardoor de kosten voor het compenseren van een kleine groep patiënten kunnen worden doorbelast. In die omstandigheden zou het niet redelijk zijn de maatschappelijke kosten voor rekening van de staat te brengen, reden waarom deze dan maar via het aansprakelijkheidsrecht voor rekening van de industrie moeten worden gebracht. Dat veronderstelt echter dat de rechter a) feitelijk is voorgelicht over dit soort omstandigheden en b) als een soort wetgever in staat is allerlei macro-effecten in zijn beoordeling te betrekken en die op waarde te schatten.¹⁶³⁶ Dat getuigt van weinig oog voor de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht en van het debat ten overstaan van een rechter.¹⁶³⁷

Mijns inziens is voor het aannemen van een ontwerpgebrek bovendien nodig dat ex nunc naar de huidige stand van de wetenschap en techniek vaststaat dat een bepaald ontwerp een risico met zich brengt,¹⁶³⁸ beter bekend als de eis van generieke causaliteit.¹⁶³⁹ Pas als er daadwerkelijk enig risico is, kan worden beoordeeld in hoeverre dit risico acceptabel is. Laat men deze materiële eis los, dan wordt productaansprakelijkheid minder goed voorspelbaar. Het geeft de rechter te veel vrijheid en voedt de rechtsonzekerheid. De omvang van de mogelijke aansprakelijkheid valt dan niet meer goed voorshands in de schatten, waardoor de verzekeraarheid onder druk zou kunnen komen te staan (zie verder nader nr. 190). Combineert men een lichtere gebrekkigheidstoets met vermoedens onder het causaliteitsvereiste, dan loopt men bovendien het risico dat de producent schade moet vergoeden die hij wellicht in het geheel niet heeft veroorzaakt.

¹⁶³⁶ Fairgrieve in Rajneri e.a. 2018, p. 94. Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 900. Zie in het algemeen over macro-effecten, Van der Linden & De Jong 2017.

¹⁶³⁷ Eerder wees Hartlief al op deze beperkingen en het gegeven dat aansprakelijkheid geen sociale zekerheid is, Hartlief 2004. Met Van der Linden en De Jong ben ik van mening dat, mocht een hoogste rechter dit soort macro-effecten meewegen in zijn oordeel, hij hierover ten minste expliciet dient te zijn, Van der Linden & De Jong 2017.

¹⁶³⁸ Of dat risico dat aan het gebrek ten grondslag ligt, ook ten tijde van het in het verkeer brengen kenbaar was, moet worden beoordeeld in het licht van het ontwikkelingsrisicoverweer.

¹⁶³⁹ Vgl. Dommering-van Rongen 1991, p. 154-155.

Hoewel het aannemelijk is dat die eis van generieke causaliteit als uiting van het compensatiebeginsel ook in het Europese gebrekkigheidsvereiste ligt besloten, zou men door het *Sanofi*-arrest – dat ging over het *bewijs* van gebrekkigheid – op het verkeerde been kunnen worden gezet. Het Hof heeft in *Sanofi* geoordeeld dat

‘een bewijsregeling waarbij elke toepassing van een op aanwijzingen gebaseerde methode wordt uitgesloten en waarbij de gelaedeerde slechts aan de bewijslast van artikel 4 van richtlijn 85/374 kan voldoen door het op medisch onderzoek gebaseerde onomstotelijke bewijs te leveren dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het aan het vaccin toegeschreven gebrek en het optreden van de ziekte, niet voldoet aan de uit die richtlijn voortvloeiende vereisten.’¹⁶⁴⁰

Zoals ik eerder met Wissink heb betoogd, zou dit oordeel kunnen zijn ingegeven doordat in die zaak eventuele fabricagefouten (nog) niet konden worden uitgesloten.¹⁶⁴¹ In die omstandigheden kan van gelaedeerde sowieso niet worden verwacht dat deze voornoemd onomstotelijke bewijs levert, dat op de risico’s van vaccins in algemene zin ziet. Materieelrechtelijk meen ik echter dat indien men op grond van de tijdens de beoordeling in rechte bestaande wetenschappelijke kennis objectief niet kan vaststellen dat het generieke risico bestaat, er geen sprake kan zijn van een gebrek.

182 Gebrekkigheid en schending van producteisen

Omdat de Richtlijn Productaansprakelijkheid een eigen *consumer expectation test* hanteert, zijn gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid en onveiligheid onder het productveiligheidsrecht geen inwisselbare begrippen.¹⁶⁴² Cafaggi merkt hierover op:

*‘The regulatory standard contributes to define the minimum level of consumer expectation but certainly does not coincide with the expectation itself which is based on several factors, some legal some factual. Objectively defined consumer expectation may be higher than the regulatory standard or simply different. Thus, a safe product can be defective and a dangerous product might not be defective. Product safety and product defectiveness are not mutually exclusive because regulation and liability have complementary functions.’*¹⁶⁴³

Het open gebrekkigheids criterium geeft in theorie ruimte om een product dat het inbreuk maakt op Europese productnormen toch niet gebrekkig te achten, omdat de veiligheidsverwachting van het grote publiek ook door andere omstandigheden kan worden gekleurd en misschien wel veel lager kan liggen dan wat is vastgelegd in productnormen.¹⁶⁴⁴

¹⁶⁴⁰ R.o. 31 en 32 *Sanofi*.

¹⁶⁴¹ Opvallend genoeg zijn in Italië daadwerkelijk zaken bekend waarin vaccins een productiefout bevatten, namelijk een contaminatie met kwik, zie Rajneri e.a. 2018, p. 64 en 94.

¹⁶⁴² A-G Bot voornoemd in noot 7.

¹⁶⁴³ Cafaggi 2009a, p. 224 onder verwijzing naar Cafaggi 2006b, p. 191.

¹⁶⁴⁴ Vgl. Henderson & Twerski 1998, p. 18 voor de VS.

De Europese Commissie is echter stilliger en merkt op dat schending van Europese productnormen resulteert in gebrekkigheid: '(...) *they* [lees: product safety rules] *represent the safety levels for these products that an injured person is entitled to expect under the Directive.*'¹⁶⁴⁵ Zo'n uitgangspunt spreekt aan vanuit de beschermingsgedachte en vanuit de preventiegedachte aannemende dat aansprakelijkheid zou kunnen bijdragen aan de handhaving van zulke normen.¹⁶⁴⁶ Ook in de feitenrechtspraak in Duitsland is te zien dat het schenden van producteisen wel degelijk direct resulteert in het aannemen van gebrekkigheid.¹⁶⁴⁷ Eenzelfde uitgangspunt geldt in de VS onder § 4 (a) van de Third Restatement of Torts, zij het met een belangrijke beperking. Bij instructie- of ontwerpgebreken maakt een schending van een producteis het product gebrekkig met betrekking tot de risico's die met de wettelijke bepaling geacht te worden beperkt. Alleen ten aanzien van het risico waar de wetbepaling op ziet, wordt gebrekkigheid automatisch aangenomen. De strekking van de regel dient in beginsel door de gelaedeerde te worden aangetoond.¹⁶⁴⁸

Met het merendeel van de auteurs ben ik van mening dat schending van producteisen die op directe eigenschappen van het product zien en de veiligheid ervan kunnen beïnvloeden minimaal een vermoeden van gebrekkigheid rechtvaardigen.¹⁶⁴⁹ Overeenstemming met de wettelijke veiligheidsvoorschriften zal toch wel het minste zijn dat 'men' (in de geobjectiveerde zin van de richtlijn)¹⁶⁵⁰ qua veiligheid van het product mag verwachten.

Bij keuze in het toekennen van zo'n vermoeden en de strekking ervan zou onderscheid kunnen worden gemaakt aan de hand van de gekozen reguleringsmethode. Stuurman sloot al aan bij het eerdergenoemde

¹⁶⁴⁵ COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 7. De Verordeningen Medische Hulpmiddelen lijken impliciet hiervan uit te gaan, (vb. art. 10 lid 16 en art. 11 lid 5 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen) waaruit volgt dat de gemachtigde bij niet-naleving van de verplichtingen uit art. 10 door de fabrikant hoofdelijk en gezamenlijk productaansprakelijk is voor 'defecte' hulpmiddelen.

¹⁶⁴⁶ In de VS wordt dit ook wel omschreven als de negligence per se rule, Faure 2014, paragraaf 2.3.2.

¹⁶⁴⁷ LG Düsseldorf 30.11.2005 - 10 O 144/04, NJW-RR 2006, 1033 (*Abschälmaschine*). Zie ook Lenze 2005, p. 109 onder verwijzing naar Van Wassenae van Catwijck 1986, p. 10 e.v. en Taschner 1986, p. 6 e.v.

¹⁶⁴⁸ Restatement 3rd Products Liability (the American Law Institute 1998) § 4 *Noncompliance and Compliance with Product Safety Statutes or Regulations In connection with liability for defective design or inadequate instructions or warnings:*

(a) *a product's noncompliance with an applicable product safety statute or administrative regulation renders the product defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation; and*

(b) *a product's compliance with an applicable product safety statute or administrative regulation is properly considered in determining whether the product is defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation, but such compliance does not preclude as a matter of law a finding of product defect.*

¹⁶⁴⁹ Snijders 1987, p. 80, 214 en 263; Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:188 BW, aant. 2.1 (actueel t/m 04-05-2019); Dommering-van Rongen 2000, p. 63; Lierman 2004, p. 396.

¹⁶⁵⁰ HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), overweging 38.

onderscheid tussen prestatienormen (die een veiligheidsniveau definiëren) en productie- of constructiemethodes (procesnormen), waarbij schending van de eerste categorie volgens hem in een onweerlegbaar vermoeden zou moeten resulteren en de tweede in een weerlegbaar vermoeden.¹⁶⁵¹ Essentiële eisen zijn veelal prestatienormen die de gebrekkigheid nader kunnen concretiseren, doch schending ervan is lastiger vast te stellen dan van gesloten eisen. Aan gesloten prestatie-eisen komt weer meer gewicht toe dan aan proceseisen: een gebrekkig proces maakt het daaruit voortvloeiende product immers niet per definitie onveilig en dus gebrekkig. De vraag is of Stuurman moet worden gevolgd in zijn suggestie een onweerlegbaar vermoeden aan te nemen bij schending van prestatienormen of dat de producent de mogelijkheid moet worden geboden om tegenbewijs te leveren, bijvoorbeeld door aannemelijk te maken dat de producteis ziet op een ander risico dan waar het vermeende veiligheidsgebrek op ziet.¹⁶⁵² Het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het licht van het doel van de Richtlijn Productaansprakelijkheid en de doelen van secundair productveiligheidsrecht, pleiten voor een sterke betekenis en wellicht een onweerlegbaar vermoeden van gebrekkigheid.¹⁶⁵³ Alle instrumenten strekken immers tot gebruikersbescherming en de bewijslevering voor gebrekkigheid wordt in de praktijk vooralsnog als een van de belangrijkste drempels voor een succesvolle vordering onder de richtlijn ervaren.¹⁶⁵⁴ Een onweerlegbaar vermoeden voorkomt dat het slachtoffer in een technisch complexe discussie over de juistheid van normen wordt getrokken, terwijl hij op dit punt al een informatieachterstand heeft. De compensatiegedachte uit het privaatrecht wordt bovendien niet door een onweerlegbaar vermoeden van gebrekkigheid doorkruist; indien een norm niet strekt tot voorkoming van het onderhavige risico kan immers veelal succesvol een causaliteitsverweer worden gevoerd. Toch moet zo'n vermoeden mijns inziens in beginsel weerlegbaar zijn, omdat een producteis suboptimaal of onjuist kan zijn. Zo'n 'escape' is zeker nodig in het licht van het voornemen om collectieve acties bij productaansprakelijkheid toe te staan, nr. 190.¹⁶⁵⁵ Daarbij geldt evenwel dat de civiele rechter zich in een slechtere informatiepositie bevindt ten opzichte van de wetgever, deze laatste het primaat heeft en de rechter is gebonden aan het partijdebat. Aan het tegenbewijs van de producent mogen daardoor extreem hoge eisen worden gesteld. Het verstrekken van (wetenschappelijke) rapporten, zoals deze zijn ingediend door branche- en lobby-organisaties bij de Commissie, lijkt hiervoor zeker niet voldoende: bij invoering van iedere strengere norm pleegt de

¹⁶⁵¹ Stuurman 1995, p. 259 en 260.

¹⁶⁵² Volgens Stuurman dient het vermoeden onweerlegbaar te zijn, Stuurman 1995, p. 259 en 260.

¹⁶⁵³ Vgl. in algemene zin Faure 2014, paragraaf 2.3.2.

¹⁶⁵⁴ SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report, p. 3.

¹⁶⁵⁵ Vgl. ook HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 35 t/m 37, 42 en 45, welk arrest niet zag op productnormen, doch waaruit volgt dat vermoedens ten gunste van de gebruiker niet automatisch en onweerlegbaar mogen zijn. Uit r.o. 29 volgt dat omkering niet is toegestaan.

industrie immers te steigeren. Een concreet voornemen tot herziening van de norm door de Commissie kan een duidelijker aanwijzing vormen.

Zolang een gecodificeerd vermoeden ontbreekt, zou zo'n vermoeden voor Nederland kunnen worden geconstrueerd als een bijzondere rechtsregel van ongeschreven recht (zoals de jurisprudentiële 'omkeringsregel', nr. 253 e.v.), aangezien daar de meeste zeggingskracht vanuit gaat. Als alternatief kan een feitelijk vermoeden worden gebruikt.¹⁶⁵⁶ Zolang met een vermoeden ten gunste van de gebruiker de bewijslast en daarmee het bewijsrisico niet volledig wordt omgekeerd, lijkt het door het Hof van Justitie onder de richtlijn te zijn toegestaan.¹⁶⁵⁷ Van de producent mag dan dus wel tegenbewijs, doch geen tegendeelbewijs worden verlangd.

Zo een vermoeden vindt zijn rechtvaardiging in een informatieachterstand van de gelaedeerde. Indien de gebruiker erin slaagt de schending van een producteis aan te tonen, dan lijkt het mij wenselijk dat het – anders dan onder § 4, sub a, Third restatement voornoemd – aan de producent is om aannemelijk te maken dat de producteis niet van toepassing is, te streng of achterhaald is, nu de producent feitelijk de meeste gegevens over zowel zijn product als de geldende regelgeving zal hebben en behoort te hebben, waarmee hij een vermoeden kan ontzenuwen.¹⁶⁵⁸ Gaat het om een producteis inhoudende een veiligheidseis die met voorzorg is vastgesteld en waarvan nog niet vaststaat tegen welke risico's hij precies beschermt, dan staat dit mijns inziens niet aan een vermoeden van gebrekkigheid in de weg. Wel kan dit van invloed zijn op het causaliteitsoordeel.

Ten overvloede zij opgemerkt dat daar waar geen productnormen uit hoofde van voorzorg bestaan en het generieke causale verband in de wetenschap *op het moment van de behandeling van de vordering in rechte* nog niet vaststaat, de rechter mijns inziens in beginsel verre moet blijven van vermoedens van gebrekkigheid, al helemaal in combinatie met vermoedens van causaliteit (zie nader nr. 181 en nr. 190).

Zoals in hoofdstuk 1 is opgemerkt zijn niet alle producteisen veiligheidseisen. Bij zogeheten '*formal non-compliances*' (nr. 20) is niet direct sprake van een veiligheidsgebrek. Desalniettemin vormt de afwezigheid van een CE-markering, daar waar zij wel aanwezig had moeten zijn, een belangrijke aanwijzing dat ook Europese productnormen zijn geschonden. Het niet-vermelden van het adres van de distributeur op de verpakking rechtvaardigt in beginsel geen vermoeden van gebrekkigheid. Ten overvloede wijs ik graag op

¹⁶⁵⁶ Vgl. in het algemeen over de diverse vermoedens, Snijders 2015, p. 2667 en Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/214. Een afwijkende bewijslastverdeling op grond van de redelijkheid en billijkheid zoals genoemd in art. 150 Rv zou onder omstandigheden mogelijk kunnen zijn, doch deze optie wordt zeer terughoudend toegepast (Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/214).

¹⁶⁵⁷ Art. 4 van de richtlijn, alsmede HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 29 onder verwijzing naar HvJ EU (Vierde kamer) 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385 (*Novo Nordisk Pharma/S*), r.o. 26-28.

¹⁶⁵⁸ Volgens Snijders kan zo'n vermoeden door de producent worden ontzenuwd door aannemelijk te maken dat het product dezelfde veiligheid biedt als een product dat wel in overeenstemming met de eisen is vervaardigd, Snijders 1987, p. 263.

de thans heersende leer dat het geven van waarschuwingen op het product niet kan bevrijden van aansprakelijkheid als het product redelijkerwijs veiliger kon worden gemaakt; een veiliger ontwerp of productiemethode prevaleert dan in beginsel.¹⁶⁵⁹

De vraag is natuurlijk wat geldt indien wetgeving wordt ingevuld mede aan de hand van geharmoniseerde normen (nr. 183).

In de praktijk zal overigens wanneer schade bij normaal gebruik van het product vaststaat (denk aan het afbreken van de colafles), soms al het feitelijke vermoeden van *res ipsa loquitur* gelden, waardoor de gebruiker het argument van de schending van een producteis niet eens nodig zal hebben. Het is dan aan de producent om dat feitelijke vermoeden dat ziet op zowel gebrekkigheid als causaliteit te ontzenuwen.¹⁶⁶⁰

183 Gebrekkigheid en schending van geharmoniseerde normen

Geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) kunnen indirect een rol spelen bij de invulling van het gebrekkigheidsbegrip.¹⁶⁶¹ Over het algemeen wordt aangenomen dat het te verwachten veiligheidsniveau ten minste het niveau van de toepasselijke normalisatienormen is,¹⁶⁶² maar gezien het compromiskarakter van deze normen zal het te verwachten veiligheidsniveau onder het gebrekkigheidsvereiste in de praktijk veelal hoger liggen.¹⁶⁶³

Een andere benadering is te vinden in de Engelse rechtspraak. In de *Tesco v Pollard* zaak resulteerde schending van een *British Standard* (BS) van het *British Standardisation Institute* door een producent voor een kinderveilige sluiting niet direct in gebrekkigheid van een fles vaatwasmiddel.¹⁶⁶⁴ LJ Laws, die wordt gevolgd door de andere twee raadsheren, is zeer uitgesproken over de veiligheid die men mag verwachten in relatie tot productnormen en normalisatienormen:

'Members of the public — purchasers like Mrs Pollard [toevoeging: de moeder van het kind dat het wasmiddel had genuttigd] — are unlikely to have the faintest idea to what safety standard the product they are buying has been designed, if it has been designed to any. In my judgment Mr Briden's arguments in truth demand a radical rewriting of the statute [toevoeging: the Consumer Product Safety Act 1987]. They are an attempt to confer on purchasers and users of everyday products

¹⁶⁵⁹ Pape 2011, p. 361, 365 en 368-371. Zie voor Duitsland ook LG Düsseldorf 30.11.2005 - 10 O 144/04, *NJW-RR* 2006, 1033 (*Abschälmaschine*). Vgl. voor werkgeversaansprakelijkheid HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *JAR* 2005/287 (*Bayar/Wijnen*), r.o. 3.3.2, waarbij de overige *Kelderluik*-factoren moeten worden meegewogen.

¹⁶⁶⁰ Vgl. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1197, *NJ* 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*); Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/ 305; Giesen 2001, p. 196; Dommering-van Rongen 2000, p. 47 en 48). In Duitsland is de regel aangenomen in BGH 26.11.1968- VI ZR 212/66 (Düsseldorf), *NJW* 1969, 269 (*Hühnerpest*).

¹⁶⁶¹ Joerges e.a. 1999, p. 59, Schepel & Falke 2000, p. 199-202 en 235-237 zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 170 en Cafaggi 2009b, p. 21 onder verwijzing naar Fairgrieve 2005, p. 1 e.v.

¹⁶⁶² Howells & Grubb, *The Law of Product Liability* (2007), par. 4.47.

¹⁶⁶³ Vieweg 2011, p. 377; Stuurman 1995, p. 294, die ook nog de economische aspecten noemt die op normalisatie van invloed kunnen zijn.

¹⁶⁶⁴ *Pollard v Tesco Stores Ltd* [2006] EWCA Civ 393.

a right to sue the product's producers as if there were a contractual warranty as to the safety standard to which the product had been designed. It is quite impossible to get such a result out of the terms of the 1987 Act.'

De fles was – hoewel niet zo strak gezeurd als met een sluiting conform de BS – feitelijk wel moeilijker te openen dan een gewone fles, hetgeen aldus LJ Laws overeenstemt met de veiligheid die men mag verwachten. Helaas wordt ook in deze zaak gezwegen over de relatie van de normalisatienorm tot eventuele wettelijke (essentiële) eisen. De zaak moet vanwege het feitenrelaas als bijzonder worden beschouwd nu onduidelijk was hoe het 18 maanden oude kind zich überhaupt de macht over de fles had kunnen verschaffen.¹⁶⁶⁵ De zaak illustreert wel dat de Europese *consumer expectation test* snel te subjectief kan worden benaderd en totaal geen richtinggevend criterium is.¹⁶⁶⁶

Zoals eerder aangegeven moet gebrekkigheid mijns inziens zo worden uitgelegd dat 'men' de naleving van de producteisen zal verwachten. Aan de hand van welke methode het naleven van de producteisen feitelijk is bewerkstelligd door de producent hoeft door het slachtoffer niet te worden onderzocht. Blijkt echter een geharmoniseerde norm te zijn geschonden en kan dit door het slachtoffer worden aangetoond – hetgeen in de praktijk lastig en dus uitzonderlijk zal zijn – dan kan wel degelijk een vermoeden van gebrekkigheid worden aangenomen en is het aan de producent om dit vermoeden van gebrekkigheid te weerleggen. Daartoe zou de producent bijvoorbeeld kunnen aanvoeren dat het geschonden deel van de geharmoniseerde norm niet ziet op een veiligheidsaspect. Om dit te kunnen nagaan zullen de annex bij de geharmoniseerde norm en het mandaat tot op zekere hoogte behulpzaam kunnen zijn (§ 4.3.2) en zal uiteindelijk met name moeten worden vertrouwd op deskundigenbewijs. Hoe meer toegespitst de geharmoniseerde norm of normalisatienorm is, hoe eerder de norm resulteert in gebrekkigheid.¹⁶⁶⁷ Voor aannemen van dit vermoeden acht ik in beginsel irrelevant of de fabrikant de geharmoniseerde norm als methode heeft gekozen, nu uit zo'n norm een vorm van basisveiligheid kan voortvloeien. Is door de producent in de DoC (nr. 48) evenwel aangegeven dat een bepaalde geharmoniseerde norm is gevolgd en maakt het product in kwestie inbreuk op die norm, dan zal een fabricagefout veelal vaststaan.¹⁶⁶⁸

184 Gebrekkigheid en het volgen van producteisen en geharmoniseerde normen

Voor het gebruik van de naleving van zowel producteisen als geharmoniseerde normen als verweer tegen gebrekkigheid geldt een terughoudende

¹⁶⁶⁵ Lee 2011, p. 571.

¹⁶⁶⁶ Zie voor kritiek op deze zaak Howells & Grubb, *The Law of Product Liability* (2007) paragraaf 4.151. Zie ook Goldberg 2013, p. 138, noot 15 en aldaar genoemde bronnen.

¹⁶⁶⁷ Verkade e.a. 1990, p. 26 zoals ook aangehaald door Verhoeven 2017, p. 176.

¹⁶⁶⁸ Vgl. de beoordeling van gebrekkigheid naar Amerikaans productaansprakelijkheidsrecht als het gaan om productiegebreken (*manufacturing defects*). Indien een producent claimt een bepaalde norm te volgen en deze is in de praktijk niet gevolgd, dan staat vast dat sprake is van een productiegebrek, Schepel 2005, p. 351.

benadering.¹⁶⁶⁹ Deze terughoudendheid is niet alleen ingegeven door de stand van de wetenschap en de techniek die voor de bepaling van gebrekkigheid tot uitgangspunt moet worden genomen. Snijders wees in 1987 al uitdrukkelijk op het compromiskarakter van normalisatienormen en het natuurlijke spanningsveld tussen veilig en toch goedkoop produceren.¹⁶⁷⁰ De vrees bestaat dat bij doorwerking van normalisatienormen, bedrijven ‘*masters of their own liability*’ worden, omdat de invloed van de industrie zo groot is op de totstandkoming en inhoud van normalisatienormen.¹⁶⁷¹ Giesen wijst, naast het risico dat met normalisatienormen de markt voor nieuwe toetreders kan worden beperkt, op het risico dat een inefficiënte norm – namelijk een tot te weinig zorgvuldigheid aanzettende norm – in het privaatrecht tot minimumstandaard kan worden verheven.¹⁶⁷² Met een beroep op normalisatienormen dient – ook als verweer tegen gebrekkigheid – dus voorzichtig om te worden gegaan.

Voor het bepalen van de betekenis die moet toekomen aan het volgen van productnormen zijn verschillende mogelijkheden. Schepel wijst erop dat in sommige Amerikaanse staten ‘*a rebuttable presumption of non-defectiveness*’ is opgenomen bij naleving van producteisen.¹⁶⁷³ Ook in de Duitse literatuur is wel eens gesuggereerd dat *het volgen* van een producteis, een geharmoniseerde norm of een andere normalisatienorm, leidt tot een vermoeden dat het product de veiligheid biedt die men ervan mag verwachten.¹⁶⁷⁴ Daarbij wordt verwezen naar de Duitse toelichting op de implementatie van de Richtlijn Productaansprakelijkheid, die een aantal belangrijke gezichtspunten geeft:

‘Neben der Beachtung gesetzlicher Sicherheitsvorschriften ist die Befolgung technischer Normen, wie z. B. DIN-, VDE- oder DVGW-Normen oder sonstiger technischer Standards ebenfalls ein Umstand, der im Rahmen der Sicherheitserwartungen von Bedeutung ist. Wer Normen einhält, strebt ein fehlerfreies Produkt an. Normen dieser Art beruhen meist auf Übereinkünften zur Vereinfachung, Rationalisierung und Organisation der Produktion in einer arbeitsteiligen Gesellschaft. Die Sicherheit ist aber oft nur ein Aspekt des Regelwerkes, der in Wechselbeziehung mit anderen steht und durch diese relativiert werden kann. Auch entspricht eine Norm nicht immer den aktuellen technischen Möglichkeiten. Die Einhaltung solcher Normen kann deswegen nicht zwingend

¹⁶⁶⁹ Vgl. HR 30 juni 1989, NJ 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), waarin de Hoge Raad reeds heeft bepaald dat het hebben van een vergunning niet aan aansprakelijkheid in de weg kan staan. Vgl. ook het *regulatory compliance defence* hiervoor. Cafaggi 2009a, p. 216-218.

¹⁶⁷⁰ Snijders 1987, p. 212.

¹⁶⁷¹ Taschner 1986, p. 79 zoals aangehaald door Joerges e.a. 1999, p. 59 en Stuurman 1995, p. 257 en 258, mede onder verwijzing naar Huth. Zie ook Cafaggi 2009a, p. 228. Vgl. Schepel 2005, p. 353 onder verwijzing naar de Amerikaanse zaak Lewis, waarin in de concurring opinion deze zelfde vrees weerklinkt, doch waarin in de desenting opinion wordt aangegeven dat het maar de vraag is in hoeverre rechters zelf in staat zijn om zelfstandig een deugdelijk oordeel te vormen over veiligheid van producten.

¹⁶⁷² Giesen 2007, p. 116. Zie ook Lierman 2004, p. 397.

¹⁶⁷³ Schepel 2005, p. 350.

¹⁶⁷⁴ Zie eerder Gambelli 1997, p. 122 en Stuurman 1995, p. 257.

*bedeuten und beweisen, daß das konkrete Produkt tatsächlich fehlerfrei ist. Hat der Produzent aber so hergestellt, wie dies nach solchen Normen im Hinblick auf das konkrete Produkt branchenüblich und anerkannt ist und war diese Produktionsweise von der Allgemeinheit und den staatlichen Stellen akzeptiert worden, so spricht ein Anschein dafür, daß das Produkt den berechtigten Sicherheitserwartungen der Allgemeinheit entspricht. Letztlich muß dies aber eine Entscheidung des Einzelfalls bleiben.'*¹⁶⁷⁵

Het is derhalve aan de producent om aan te tonen dat de gevolgde norm een industriestandaard is, erkend is voor dit specifieke product (vgl. nr. 212) en dat deze wijze van produceren door de publiekrechtelijke instanties wordt geaccepteerd, in welk geval zou kunnen worden aangenomen dat het product niet gebrekkig is.¹⁶⁷⁶ Uiteindelijk moet dit echter een beslissing in het individuele geval blijven. In een zaak bij het Oberlandesgericht Köln claimde een vrouw hartritmestoornissen te hebben gekregen na het eten van 400 gram drop per dag met de zoetstof Glycyrrizinezuur. Ook hier zag de rechter het volgen van de gesloten eis met een maximumgehalte voor de stof niet automatisch als verweer, maar wel als een duidelijke aanwijzing dat het product niet gebrekkig was, zeker indien de regelgeving uitputtend en up-to-date is.¹⁶⁷⁷ De Amerikaanse hoofdregel onder § 4 (b) Restatement Third is dat het volgen van wettelijke normen een relevante en niet te negeren omstandigheid is, doch dat het niet per definitie bevrijdend werkt.¹⁶⁷⁸ In het Engelse recht geldt hetzelfde uitgangspunt met name in het geval van ontwerpgebreken bij producten die intensief zijn gereguleerd, mits deze regelgeving gedetailleerd en up-to-date is. Zoals J Hickingbottom opmerkt in de zaak Wilkes v Depuy uit 2016:

'(...) Certainly, where every aspect of the product's design, manufacture and marketing has been the subject of the substantial scrutiny, by a regulatory body comprised of individuals selected for their experience and expertise in the product, including its safety, on the basis of full information, and that the body has assessed that the level of safety is acceptable, then it may be challenging for a claimant to prove that the level of safety that persons generally are entitled to expect is at a higher level.(...) The challenge is compounded where, as here, the standards for the product are set on a European-wide basis, such that the CE marking hallmarks a

¹⁶⁷⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz — ProdHaftG), BT-Drs. 11/2447, 09.06.1988, p. 19: Zie Schepel 2005, p. 349. Vgl. Dommering-van Rongen 2000, p. 68 onder verwijzing naar dezelfde toelichting. Uit een Duitse zaak over een papierversnipperaar blijkt dat wanneer er sprake is van een voor de producent kenbaar gevaar, er voor dit gevaar moet worden gewaarschuwd, onverschillig of een productnorm is gevolgd, BGH 18.05.1999, VI ZR 192/98, NJW 1999, p. 38 (*Instructiegebrek papierversnipperaar*), r.o. 20.

¹⁶⁷⁶ Zie kritisch hierover Schepel 2005, p. 349.

¹⁶⁷⁷ OLG Köln 07.09.2005, Az 27 U 12/04, NJW 2005, 3292, 3294, ZLR 2005, 738 (*Haribo, Lakritzmischung*); Vieweg 2011, p. 374, alsmede Hermes 2009, p. 168 en 169.

¹⁶⁷⁸ § 4 (b) *'a product's compliance with an applicable product safety statute or administrative regulation is properly considered in determining whether the product is defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation, but such compliance does not preclude as a matter of law a finding of product defect.'*

product as one which has satisfied the relevant standards (including safety standards) so that it can be marketed throughout Europe.
*(...) Of course, the simple fact of regulatory approval is not an automatic defence under the Act – nor even a prima facie defence, as in the U.S. However, in my view, such an approval may be evidence (and, in an appropriate case, powerful evidence) that the level of safety of the product was that which persons generally were entitled to expect.*¹⁶⁷⁹

De zaak ging over het afbreken van de kop van een heupimplantaat (destijds een klasse IIB-hulpmiddel) na drie jaar, waarbij een patiënt meende dat er bij dit type implantaat een verhoogd risico op afbreken was.¹⁶⁸⁰ Voor het algemene risico van vermoeidheid van de stam was echter door de producent gewaarschuwd. Deze lijn is vastgehouden in de daaropvolgende uitspraak *Gee v Depuy* uit 2018. Deze zaak ging eveneens over heupimplantaten, maar het betrof een ander vermeend gebrek, namelijk *Advers Reaction to Metal Debris (ARMD)*. In deze zaak werden *risk/benefit*-benaderingen eveneens in sommige gevallen relevant geacht. Het concrete gewicht van het naleven van productnormen was in die zaak echter minder groot nu het een risico betrof dat nog niet in de normen was verdisconteerd.¹⁶⁸¹ Het product in kwestie werd uiteindelijk niet gebrekkig geacht.

Vertalen we een beroep op het volgen van productnormen naar het Nederlandse procesrecht, dan ziet dit op de vraag of men in het volgen van een producteis of geharmoniseerde norm een voldoende gemotiveerde betwisting van de gebrekkigheid kan lezen (in het licht van art. 149 Rv). Gelaedeerde draagt immers van de gebrekkigheid de stelplicht en de bewijslast (art. 4 richtlijn jo. art. 150 Rv). Met het snel aannemen van zo'n voldoende gemotiveerde betwisting dient terughoudend worden omgegaan. Niet alleen het compromiskarakter van productnormen pleit voor deze terughoudendheid.¹⁶⁸² Een te groot gewicht van de naleving van normen kan *de facto* de bewijspositie voorde gebruiker verzwaren ten aanzien van een maximaal geharmoniseerd vereiste, namelijk de gebrekkigheid,¹⁶⁸³ terwijl dit bewijs voor de gebruiker sowieso al lastig te leveren is.¹⁶⁸⁴ Veel feitelijke informatie over het productieproces en de gevolgde normen bevindt zich bij de producent (denk aan de *DoC* en de documenten die in het kwaliteitsmanagementsysteem worden gewisseld). Hoewel bewijsverlichting

¹⁶⁷⁹ J Hickinbottom in *Wilkes v Depuy International Limited* [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, r.o. 100 onder verwijzing naar *Miller & Goldberg* 2004, nr. 10.77.

¹⁶⁸⁰ Zoals blijkt uit r.o. 116 spitste het partijdebat zich richting het eind van de procedure toe op het al dan niet bestaan van een ontwerpgebrek.

¹⁶⁸¹ *Gee v DePuy* [2018] EWHC 1208 (QB), 2018 WL 02321180, r.o. 101-134, waarin mede *Boston* en *Sanofi* worden besproken. Zie ten aanzien van *regulatory compliance* m.n. r.o. 176-178.

¹⁶⁸² Dit argument werd eerder genoemd door Hermes 2009, p. 169, doch door hemzelf niet doorslaggevend geacht.

¹⁶⁸³ O.m. HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*).

¹⁶⁸⁴ Evaluation of the directive 85/374/EEC on the liability for defective products consultation strategy. Ares(2016) 5572770. 27 september 2016.

ten aanzien van de gebruiker onder de richtlijn is toegestaan, lijkt verzwarende van de stelplicht en bewijspositie van de gebruiker in strijd met het doel en de strekking van de Richtlijn Productaansprakelijkheid en aan de effectiviteit ervan in de weg te staan.¹⁶⁸⁵ Bovendien moet worden voorkomen dat de gebruiker onnodig in een juridische en kostbare discussie over complexe producteisen en geharmoniseerde normen wordt getrokken, ten aanzien waarvan hij natuurlijk een kennisachterstand heeft, terwijl gebrekkigheid wellicht ook uit andere, aanvullende omstandigheden worden afgeleid: denk aan aantoonbaar grotere hoeveelheden incidenten ten opzichte van vergelijkbare producten met een vergelijkbare kostprijs – zogeheten abnormale risico's¹⁶⁸⁶ – of aan de concrete toedracht van een ongeval. Conformiteit van het ontwerp aan productnormen baat sowieso niet bij fabricagefouten c.q. productiegebreken: daar vormt het volgen van een producteis of geharmoniseerde norm in algemene zin per definitie een irrelevante omstandigheid (het product in concreto kan immers door een fabricagefout hiervan afwijken). Slechts indien in zo'n geval het vermeende schadeveroorzakende product zelf nog kan worden onderzocht, dat product aantoonbaar geen inbreuk maakt op een producteis of geharmoniseerde norm en de norm in kwestie daadwerkelijk ziet op het vermeende veiligheidsgebrek, vormt dit een aanwijzing dat het niet gebrekkig is.

Het gewicht van het naleven van productnormen hangt dus af van de overige omstandigheden die door gelaedeerde aan de gebrekkigheid ten grondslag zijn gelegd. Indien aanwijzingen voor een fabricagefout c.q. productiegebrek ontbreken, mag wat mij betreft het feitelijke gewicht van het volgen van producteisen groot zijn, zeker indien bij de invulling van gebrekkigheid ruimte wordt gelaten voor het meewegen van *risk/benefit* en *cost/benefit* elementen¹⁶⁸⁷ hetgeen mij wenselijk lijkt. Het grote gewicht van de naleving van normen in *Wilkes v DePuy*-arrest volgt uit een aantal bijzondere omstandigheden in die zaak. Het betrof destijds een klasse IIb-hulpmiddel, het uitgebreide productdossier inclusief testresultaten van conformiteit met de toepasselijke geharmoniseerde normen was door een *NB* bekeken (nr. 47),¹⁶⁸⁸ de producent had inzage gegeven in zijn eigen klachtenafhandeling,¹⁶⁸⁹ de klachten van medische hulpverleners werden in het VK al centraal geregistreerd en die cijfers waren in de procedure overgelegd¹⁶⁹⁰ en er waren – ondanks het uitvoerige deskundigenonderzoek – geen (andere) aanwijzingen waaruit bleek dat dit type of ontwerp een groter

¹⁶⁸⁵ HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 26-28.

¹⁶⁸⁶ Borghetti 2004, p. 610 e.v.

¹⁶⁸⁷ In *Wilkes v Depuy* werd gesuggereerd dat het probleem in kwestie had kunnen worden voorkomen door in het ontwerp gebruik te maken van een andere bevestigingswijze. J Hickinbottom meende echter dat binnen een *risk/benefit*-analyse o.a. ook mag worden meegenomen de gebruiksvriendelijkheid van het implantaat en het verkleinen van de risico's op onjuist gebruik door medici of beschadigingen bij opslag door het ziekenhuis, zijnde '*benefits*' die in kwestie toch pleitten voor het gekozen ontwerp, r.o. 121 en 122.

¹⁶⁸⁸ R.o. 17-22.

¹⁶⁸⁹ R.o. 47-51.

¹⁶⁹⁰ R.o. 23 en 52.

risico op afbreken zou hebben dan andere implantaten.¹⁶⁹¹ Staat echter vast dat een bepaald type implantaat vaker klachten oplevert dan daarmee vergelijkbare implantaten, dan is het feit dat een NB het ontwerp heeft goedgekeurd minder relevant: het kan immers zijn dat een producent bij de productie afwijkt van het oorspronkelijke ontwerp of dat de controle door de NB onjuist of onvolledig was.¹⁶⁹² Over toegenomen klachten heeft de producent natuurlijk iets uit te leggen.

Zoals ik eerder heb opgemerkt, is de informatieachterstand van de gebruiker bij productaansprakelijkheid in grote lijnen te vergelijken met bijvoorbeeld de informatieachterstand van de patiënt bij medische aansprakelijkheid.¹⁶⁹³ Productaansprakelijkheidszaken lenen zich daardoor snel voor het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht van de producent ter betwisting van gebrekkigheid indien er andere negatieve aanwijzingen zijn over de veiligheid van een product,¹⁶⁹⁴ zeker daar waar strenge documentatieplichten gelden uit hoofde van het productveiligheidsrecht en deze informatie niet publiekelijk toegankelijk is (nr. 46).¹⁶⁹⁵ Onderdeel van die verzwaarde motiveringsplicht kan mede zijn dat, daar waar een beroep op productnormen wordt gedaan, de producent nadere informatie dient te geven over de gevolgde normen, alsmede de inhoud en de strekking ervan, zodat gelaedeerde zijn vordering kan onderbouwen.¹⁶⁹⁶ Daarbij zou kunnen worden gewerkt met de ‘voorshands bewezen behoudens tegenbewijs’-constructie.¹⁶⁹⁷

¹⁶⁹¹ Het deskundigenonderzoek had echter wel plaatsgevonden aan de hand van hetzelfde dossier als dat de NB had geëvalueerd, r.o. 109 e.v. Vgl. ook een Nederlandse zaak over de stuurinrichting van een pleziervaartuig die het begeeft voor de kust van Groenland. De rechtbank honoreert de aan de hand van een deskundigenbericht van de producent gemotiveerde betwisting van de gebrekkigheid, inhoudende dat een latere aanpassing in opdracht van de eigenaar aan de stuurinrichting de oorzaak zou kunnen zijn geweest van het euvel. De rechtbank acht het aannemelijk dat de belasting die daardoor werd veroorzaakt feitelijk hoger zou kunnen zijn geweest dan waarop de geldende ISO-normen zijn berekend. Dit zou ook de reden zijn waarom een zogeheten fixatiepen in de inrichting zou zijn verbogen. In die omstandigheden komt, bij gebreke van andere aanwijzingen voor gebrekkigheid, aan het naleven van de geldende normen dus gewicht toe, Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, C/17/149483 / HA ZA 16-161(niet gepubliceerd), r.o. 4.8 t/m 4.11.

¹⁶⁹² Vgl. het PIP-schandaal waarin de producent, anders dan in het dossier was aangegeven, industriële siliconen had gebruikt.

¹⁶⁹³ Zie mijn eerdere opmerkingen in Veldt & Wissink 2017, p. 261 en 262.

¹⁶⁹⁴ De verzwaarde motiveringsplicht is voor medische aansprakelijkheid aangenomen in HR 20 november 1987, NJ 1988/550 (*Timmer/Deutman*); HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3657, NJ 2001/615. Zie uitgebreid over de reikwijdte van de verzwaarde stelplicht en sancties op schending ervan Paijmans 2016, onder meer onder verwijzing naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*) over aansprakelijkheid van een wegbeheerder. Zie eerder overigens Giesen, die dit niet relateert aan het productveiligheidsrecht, Giesen 2001, p. 197. Voor productaansprakelijkheid is hij vooralsnog niet aangenomen. Men leest in HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, NJ 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.5 wel eens een verzwaarde motiveringsplicht t.a.v. schuld bij productaansprakelijkheid onder art 6:162 BW. Dommering-van Rongen 2000, p. 33 en 34 onder verwijzing naar Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 118, zoals ook aangehaald door Keirse 2015a, p. 157 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/258. Zie anders Giesen 2001, p. 232.

¹⁶⁹⁵ Eerder ook in Veldt & Wissink 2017, p. 262.

¹⁶⁹⁶ De ratio achter deze constructie is immers de verlichting van de bewijsnood vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming, Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/307.

¹⁶⁹⁷ Zie over de verzwaarde motiveringsplicht o.a. HR 15 december 2006,, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, NJ 2007/203, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.4. De HR noemt hierin ook de twee andere mogelijke sancties: omkering van

Als gezegd wordt in productaansprakelijkheidszaken vaak gewerkt met het *res ipsa loquitur* vermoeden (nr. 182).¹⁶⁹⁸ Voor het weerleggen van zo'n vermoeden op basis van het volgen van productnormen is het mijns inziens eveneens aan de producent om aannemelijk te maken dat de norm ziet op het vermeende risico en dat hij up-to-date is (vgl. nr. 213).

Schepel wijst – onder verwijzing naar Amerikaanse rechtspraak – op drie tests ter waardering van productnormen ter invulling van de gebrekkigheid:

*'The first is to validate standards as 'objective' expert opinion. (...) The second test effectively analyses whether industry standards keep up with society, and consists of an independent 'consumer expectations' test. (...) The third test consists of a procedural probe to guard against private interests being served by the promulgation of standards.'*¹⁶⁹⁹

Deze gezichtspunten kunnen inspiratie bieden voor de waardering van de betwisting van de producent aan de hand van productnormen in het licht van de omstandigheden van het geval. Het ligt voor de hand dat de producent de feitelijke gegevens verschaft aan de hand waarvan zo'n beoordeling kan plaatsvinden.

In één van de weinige nationale productaansprakelijkheidszaken waarin door de producent een beroep op een EN-norm is gedaan, hecht de rechtbank eveneens grote waarde aan het volgen van deze norm door de producent.¹⁷⁰⁰ Het ging om een extra brede, zogeheten familiegljbaan die in een buitenzwembad was geplaatst. Een jongen had een dwarslaesie opgelopen, omdat hij op zijn knieën van de gljbaan was gegaan en daardoor met zijn hoofd naar beneden de bodem had geraakt. De rechtbank komt uiteindelijk wel tot aansprakelijkheid van de exploitant van de gljbaan wegens onvoldoende toezicht, maar niet tot aansprakelijkheid van de producent. Opvallend genoeg meldt de deskundige dat bij dit type gljbaan met voldoende toezicht niet volledig kan worden voorkomen dat personen onvrijwillig met de bodem in contact komen: 'een reductie van dat risico is alleen mogelijk via een aanpassing van het ontwerp van de watergljbaan, in combinatie met een voldoende diepte van het opvangbassin.' Waarom niet voor een ander ontwerp of voor nadere instructies met betrekking tot de diepte van het plaatsingsbassin is gekozen, vermeldt de zaak niet. Ook niet of daarmee het ongeval had kunnen worden voorkomen. Dat bevreemdt nu deze omstandigheden wellicht indicaties zouden kunnen zijn voor een ontwerp- of

de bewijslast en de stellingen voorshands bewezen achten, behoudens tegenbewijs van de partij met de verzwaarde motiveringsplicht.

¹⁶⁹⁸ In tegenstelling tot het afbreken van een colafles bij normaal gebruik, gold voor voornoemde heupimplantaten klaarblijkelijk dat het een onderkend en niet te vermijden risico betrof, *Wilkes v Depuy International Limited* [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, o.a. r.o. 123, 125 en 128.

¹⁶⁹⁹ Schepel 2005, p. 355-356.

¹⁷⁰⁰ Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055, VR 2018/110, r.o. 5.30.

instructiegebrek.¹⁷⁰¹ Het deskundigenrapport maakt er ook melding van dat het aantal incidenten met dit type glijbaan een factor 5 hoger ligt dan bij normale glijbanen. Deze punten keren niet terug in het vonnis en lijken door partijen niet te zijn opgeworpen. Ook hier lijkt het partijdebat dus van invloed.

Ten overvloede zij opgemerkt dat de goedkeuring door een *NB* (nr. 47, vgl. ook nr. 181) niet inhoudelijk c.q. materieel op de gebrekkigheid van invloed is, doch wel van enige feitelijke waarde kan zijn. Hoe groot die waarde is, is afhankelijk van de toepasselijke en al dan niet gevolgde module van conformiteitsbeoordeling, waarbij met name de certificaten die door *NBs* worden afgegeven onder modules die zien op kwaliteitsborging weinig directe informatie over de eigenschappen van het eindproduct geven. De prototypes, exemplaren van producten en stukken die aan een *NB* worden verstrekt ter controle van het kwaliteitsborgingssysteem en de informatie die binnen een onderneming wordt uitgewisseld in het kader van zo'n systeem bieden meer informatie (denk aan testrapporten, ontwerp- en fabricagetekeningen, de verwerking van klachten over producten). Daarnaast moet rekening worden gehouden met de eerdergenoemde zwakheden en beperkingen in het private toezicht. Uit de betrokkenheid van een *NB* bij conformiteitsbeoordeling volgt geenszins automatisch dat het uiteindelijk op de markt gebrachte product ook aan Europese productnormen voldoet of niet gebrekkig is.

185 Gebrekkigheid: ontwerpgebreken en testmethoden uit normalisatienormen

Hoewel tabaksregelgeving geen onderdeel van dit proefschrift vormt, acht ik mij vrij enige opmerkingen te maken over bijzondere ontwikkelingen over tabaksnormen, omdat die laten zien wat het effect is als een norm met een testmethode onjuist of achterhaald is en/of in het productontwerp gebruik wordt gemaakt van de leemtes in de testmethode om ten onrechte de suggestie te wekken dat het product voldoet aan gesloten producteisen.¹⁷⁰² Zoals eerder opgemerkt wordt de redelijke verwachting van het grote publiek en de potentiële gebruikers in het bijzonder mede gekleurd door het bestaande wettelijke kader van het productveiligheidsrecht dat gesloten normen bevat ten aanzien van de hoeveelheid schadelijke stoffen in producten – waaronder sigaretten – mogen zitten. Indien zou blijken dat sigaretten aldus worden ontworpen dat bij keuring conform de testnorm voor sigaretten, de gemeten waarden qua schadelijke stoffen vele male lager liggen dan bij

¹⁷⁰¹ Het kan uiteraard zijn dat een dieper bassin weer andere risico's met zich brengt, waardoor een ondiep bassin toch de voorkeur verdient en dit alsnog het meest veilige ontwerp is. Het vonnis blijft als gezegd een distillaat van de gewisselde informatie. De deskundige vermeldt wel dat er altijd een restrisico zal zijn door ongeoorloofd glijgedrag, waarvoor alleen toezicht soelaas biedt, maar gezien dit type ongeval – hoofd op de bodem – had een verschil in ontwerp wellicht verschil gemaakt. Overigens behoort de producent blijkens de doctrine ook rekening te houden met voorzienbaar onjuist gebruik, waar dit gedrag mijns inziens zeker onder zou kunnen worden geschaard.

¹⁷⁰² Twijfels over de testmethoden vormden tevens de kern van het volkswagenschandaal. Dat betrof alleen geen veiligheidsrisico voor de productgebruiker, doch schending van het algemene maatschappelijke milieubelang (vanwege een feitelijk hogere CO₂ uitstoot), reden waarom dit schandaal hier verder onbesproken zal blijven.

feitelijk gebruik, waardoor in de praktijk de gesloten producteis uit de art. 3 lid 1 Tabaksrichtlijn¹⁷⁰³ wordt overschreden (NB: denk bijvoorbeeld aan gaatjes in het filter die de emissie bij meting verdunnen doch die worden dichtgedrukt bij gewoon gebruik),¹⁷⁰⁴ dan rijst de vraag of dergelijke sigaretten gebrekkig zijn. Hoewel het een feit van algemene bekendheid is dat sigaretten dodelijk en verslavend zijn, zijn zij in het licht van deze feiten nog dodelijker en verslavender dan men in de gegeven omstandigheden (o.a. gezien de gesloten norm en de informatie op de verpakking) redelijkerwijs kon verwachten, waardoor zij toch gebrekkig zijn in de zin van de richtlijn. De gebrekkige testmethode is nog niet eerder aangevoerd in een productaansprakelijkheidsprocedure tegen de tabaksindustrie.¹⁷⁰⁵ Indien met het productontwerp een testmethode wordt omzeild, dan kunnen gebruikers aan een vergelijking tussen ontwerp en de gevolgde testmethoden in dit geval mijns inziens juist argumenten vóór gebrekkigheid ontleen. Complicatie in het onderhavige geval is echter wel dat, anders dan onder de Nieuwe Aanpak, art. 4 van de Tabaksrichtlijn niet werkt met een vermoeden op basis van geharmoniseerde normen, maar dwingend naar de testmethoden uit ISO-norm 4387 (teer), ISO-norm 10315 (nicotine), ISO-norm 8454 (koolmonoxide) en ISO-norm 8243 verwijst ter vaststelling van de maximum emissienormen voor sigaretten. De tabaksindustrie zal derhalve willen betogen dat deze praktijken wettelijk zijn toegestaan. Aan het beperkte *regulatory complianc*-verweer uit de richtlijn is evenwel niet voldaan omdat het volgen van de gesloten producteisen dan wel de testmethoden niet een onvermijdbaar hogere emissie met zich brengt: de norm dwingt immers niet tot productie conform een ontwerp waarbij het filter is geperforeerd (nr. 178). Het voorgaande laat onverlet dat het bewijs van schade en causaal verband voor de slachtoffers nog steeds een hoge drempel opwerpt om enige compensatie te krijgen.¹⁷⁰⁶

186 Gebrekkigheid en het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV

In nr. 41 is uitgebreid het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV behandeld. Het algemene veiligheidsvereiste staat opgenomen in art. 2 sub b

¹⁷⁰³ Art. 3 lid 1 Richtlijn 2014/40/EU (Tabak, nieuw): De emissieniveaus van in de lidstaten in de handel gebrachte of geproduceerde sigaretten ('maximumemissieniveaus') mogen niet hoger zijn dan:

- a) 10 mg teer per sigaret;
- b) 1 mg nicotine per sigaret;
- c) 10 mg koolmonoxide per sigaret.

¹⁷⁰⁴ Hetgeen thans het verwijt is van de slachtoffers die zich hebben verenigd onder de naam Sick of Smoking, op basis waarvan zij strafrechtelijke aangifte hebben gedaan en onsuccesvol hebben getracht vervolging af te dwingen; <https://sickofsmoking.nl/nieuws/tabaksindustrie-weet-al-35-jaar-sjoemelsigaret/>. Door recent RIVM onderzoek wordt thans bevestigd dat de emissie in de praktijk vele malen hoger is, https://www.rivm.nl/Documenten_en_publicaties/Algemeen_Actueel/Nieuwsberichten/2018/RIVM_meet_ve_el_hogere_waarden_van_teer_nicotine_en_koolmonoxide_in_sigaretten.

¹⁷⁰⁵ Zie voor Nederland bijv. Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225 (*Rokersclaim*), m.n. r.o. 5.54-5.67. Zie voor een overzicht Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 1.5.

¹⁷⁰⁶ Er is geen ruimte om causaliteitsperikelen uitgebreid te behandelen, maar naar verwachting zal een slachtoffer het moeten hebben van proportionele benaderingen.

RAPV¹⁷⁰⁷ en wordt nader geconcretiseerd in art. 3 lid 2 t/m 3 RAPV.

Voorgaande uiteenzetting laat zien dat complete symmetrie tussen de criteria thans lijkt te ontbreken.¹⁷⁰⁸ Zojuist is betoogd dat de Europese *consumer expectation test* als vereiste voor productaansprakelijkheid, qua criterium en perspectief zonder nadere inkadering door de wetgever of het Hof van Justitie EU, te open is en te weinig richting geeft. Een aantal auteurs heeft reeds gesuggereerd dat het algemene veiligheidsvereiste onder art. 2 sub b RAPV, anders dan de Europese *consumer expectation test*, expliciet blijk geeft van een *risk/benefit*-benadering en dat het RAPV-criterium wellicht naar analogie zou kunnen worden toegepast bij de invulling van gebrekkigheid ter concretisering van de *consumer expectation test*.¹⁷⁰⁹ Door Verhoeven wordt zelfs bepleit om de invulling van de criteria onder beide instrumenten gelijk te stellen, omdat anders de – in zijn ogen – onwenselijke situatie zou ontstaan dat een product wel onveilig kan zijn op grond van de RAPV, maar niet

¹⁷⁰⁷ Volledigheidshalve nogmaals de tekst van art. 2 sub b RAPV: *‘een product dat bij normale of redelijkerwijs te verwachten gebruiksomstandigheden, — ook wat gebruiksduur en eventueel indienststelling, installatie en onderhoudseisen betreft —, geen enkel risico oplevert, dan wel slechts beperkte risico's die verenigbaar zijn met het gebruik van het product en vanuit het oogpunt van een hoog beschermingsniveau voor de gezondheid en de veiligheid van personen, aanvaardbaar worden geacht, met name rekening houdende met:*

- i) de kenmerken van het product, met name de samenstelling, de verpakking, de voorschriften voor assemblage, en, in voorkomend geval, voor installatie en onderhoud;*
- ii) het effect ervan op andere producten, ingeval redelijkerwijs kan worden verwacht dat het product in combinatie met die andere producten zal worden gebruikt;*
- iii) de aanbestedingsvorm van het product, de etikettering, eventuele waarschuwingen en aanwijzingen voor het gebruik en de verwijdering ervan, alsmede iedere andere aanwijzing of informatie over het product;*
- iv) de categorieën consumenten die bij het gebruik van het product grote risico's lopen, in het bijzonder kinderen en ouderen.*

De mogelijkheid een hoger veiligheidsniveau te bereiken of andere producten met een kleiner risico aan te schaffen, volstaat niet om een product als „gevaarlijk” te beschouwen.’ Volgens art. 2 sub c is een gevaarlijk product dus een product dat niet beantwoordt aan de definitie van ‘veilig product’ van punt b).

¹⁷⁰⁸ Zie eerder ook Miller & Goldberg 2004, 10.81, alsmede, doch kritisch, Cafaggi 2009b, p. 25 en Cafaggi 2011a, p. 117, die het heeft over een *‘lack of coordination’*: *‘Institutional complementarity can permit divergent conclusions concerning the role of private regulation in safety regulation and product liability only if it is the outcome of a conscious process of different regulatory functions (which it is not the case in the current European framework)(...). The review process of the product safety regime should devote more attention to coordination between (private) regulation and liability.’*

¹⁷⁰⁹ Straetmans & Verhoeven 2016, p. 101 onder verwijzing naar Hodges e.a. 1996, p. 121 en (ten onrechte) Howells 2000, p. 336 die daar slechts ingaat op de verhouding tussen lid 2 en lid 3 van art. 3 RAPV (zie wel Howells 1998, p. 124), Geddes 1992, p. 36 over de oude RAPV: *‘The two directives have marked similarities. The most notable of these is the almost identical concept of defective product contained in the product liability directive and of ‘dangerous product’ contained in the product safety directive. Indeed it is submitted that when deciding whether a product is defective within the meaning of the former directive the court would be entitled to consider those provisions of the latter directive which are clearly intended to lay down the same standard of safety but which sets out in far greater detail the relevant factors to be taken into account.’* Zie voorts p. 40: *‘the standard of safety required by the directive would therefore appear to be the same or as the standard below which a product is considered to be ‘defective’ for the purpose of the product liability directive. The level of safety a person is entitled to expect is, it is submitted, is the same or substantially the same as one which only presents such risk as is ‘acceptable and consistent with a high standard of protection’ for their safety and health.’* Vgl. Hodges 1993, p. 23. Volgens Goldberg is er niet noodzakelijk een symmetrie tussen beide vereisten, ook al verwijst art. 3 lid 3 RAPV mede naar de *‘veiligheid die de consument redelijkerwijs mag verwachten’*, Goldberg 2013, p. 138 onder verwijzing naar Miller & Goldberg 2004, 10.81.

gebrekkig en visa versa. Wat dit concreet betekent voor bijvoorbeeld de tekst van de richtlijn licht hij alleen niet toe.¹⁷¹⁰

Ik pleit niet voor gelijkstelling van de criteria. Er zijn belangrijke argumenten om beide criteria tot op zekere hoogte uit elkaar te laten lopen,¹⁷¹¹ gezien de aard en functie van beide regelingen (o.a. het bieden van compensatie in het productaansprakelijkheidsrecht en het reguleren van markttoegang onder de RAPV met publiekrechtelijke handhaving).¹⁷¹² Van Dam wijst erop dat hoewel een onveilig product veelal gebrekkig zal zijn, een gebrekkig product niet altijd onveilig hoeft te zijn in de zin van de RAPV. De Richtlijn Productaansprakelijkheid heeft een repressief karakter en ziet mede op compensatie en een rechtvaardige verdeling van risico's tussen producent en het slachtoffer, terwijl onder de RAPV preventie meer centraal staat. Het veiligheidsbegrip onder de RAPV behelst het afwegen van het risico van het product ten opzichte van het algemeen belang (*general public*).¹⁷¹³ Het expliciet overnemen van de gezichtspunten onder de RAPV onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid lijkt mij geen goed idee omdat ik veel voel voor de opmerking van Dam: een risicoanalyse in algemene termen is anders dan een beoordeling van de risicoanalyse en het risicomanagement in een individueel geval.¹⁷¹⁴ Een *cost/benefit*-analyse in het algemeen belang is een andere dan een *cost/benefit*-analyse in een individueel geval. De norm die wordt gebruikt bij het beantwoorden van de vraag of een product ex ante moet worden verboden, kan dus afwijken van de norm die wordt gebruikt bij de beslissing of ex post schadevergoeding moet worden betaald.

Het volledig overnemen van de veiligheidsnorm uit de RAPV bij gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid kan voor aanvullende problemen zorgen gezien de nadere concretisering van het algemene criterium in de RAPV. Het algemene veiligheidsvereiste onder art. 2 sub b RAPV wordt ingevuld via art. 3 lid 2 RAPV. Dit artikel bepaalt samengevat dat het nationale recht geldt daar waar EU-recht ontbreekt en dat een bewijsvermoeden geldt bij de naleving van geharmoniseerde normen.¹⁷¹⁵ Mijns

¹⁷¹⁰ Zie stelling 3 van het proefschrift van Verhoeven 2017, p. 581. Vgl. ook Keirse 2015a, p. nr. 138a.

¹⁷¹¹ Zie eerder ook Van Leeuwen 1990, p. 14 en Van Doorn & Pape 2015, p. 344 en 345, die dan met name op het *regulatory compliance defence* wijzen, maar er pleit meer voor het onderscheid.

¹⁷¹² Verhoeven 2017, p. 172 lijkt dit zelf ook te zien. Hij haalt rechtspraak aan van de Belgische Raad van State waaruit volgt dat de lijst uit art. 3 lid 3 RAPV als geïmplementeerd in het Belgische recht als exhaustief moet worden beschouwd.

¹⁷¹³ Van Dam 2013, p. 422, zoals ook aangehaald door Fairgrieve e.a. 2016, p. 101.

¹⁷¹⁴ Vgl. ook Vranken die in het kader van 'interne rechtsvergelijking' erop wijst dat coherentie een eis van behoren is en moet worden nagestreefd, en verschillen alleen te rechtvaardigen zijn indien en voor zover zij steunen op zakelijke argumenten, *Asser/Vranken Algemeen deel*** 1995/191. Hier zijn die zakelijke argumenten aanwezig, zie hierna.

¹⁷¹⁵ 'a) de niet-bindende nationale normen tot omzetting van andere dan de in lid 2 bedoelde relevante Europese normen

b) de normen van de lidstaat waar het product wordt verhandeld,

c) de aanbevelingen van de Commissie met richtsnoeren voor de beoordeling van de productveiligheid

d) de gedragscodes inzake productveiligheid van de betrokken sector

e) de huidige stand van vakkennis en techniek

f) de veiligheid die de consument redelijkerwijs mag verwachten.'

inziens kan het bewijsvermoeden uit art. 3 lid 2 RAPV niet worden overgenomen in het productaansprakelijkheidsrecht. Het bewijsvermoeden bij het volgen van geharmoniseerde normen uit art. 3 lid 2 RAPV is weliswaar weerlegbaar in de zin dat ook indien het product aan de in art. 3 lid 2 genoemde normen voldoet, het mag worden verboden indien het gevaarlijk lijkt te zijn of is ex art. 3 lid 4 jo. 8 lid 1 (i.h.b. sub b, c, d, e en f) RAPV. Bij de naleving van geharmoniseerde normen is het aan de autoriteiten om te motiveren waarom het product alsnog onveilig is, wil het kunnen worden tegengehouden.¹⁷¹⁶ Het overnemen van dit vermoeden bij de gebrekkigheid onder de richtlijn productaansprakelijkheid betekent dat de bewijspositie van de gebruiker vanwege zijn informatieachterstand onevenredig zou worden verzwaaard.

Ontbreken geharmoniseerde normen dan bevat art. 3 lid 3 RAPV een lijst van nadere gezichtspunten. De Europese Commissie gaat uit van enige hiërarchie tussen de in de lijst genoemde factoren (nr. 41), hetgeen vanuit het oogpunt van publiekrechtelijke handhaving en rechtszekerheid te rechtvaardigen is (nr. 75), maar bij productaansprakelijkheid niet altijd passend is. Juist omdat de beoordeling van gebrekkigheid in het privaatrecht afhankelijk is van de stellingen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, is een leidende rol voor geharmoniseerde normen bij de gebrekkigheidsbeoordeling niet altijd gewenst. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt alsmede vanuit Europees rechtelijk perspectief ligt voor de hand dat de veiligheidsbeoordeling door autoriteiten plaatsvindt aan de hand van een voor de burger voorzienbare, hiërarchische lijst van criteria.¹⁷¹⁷ In het bestuursrecht gelden immers het formele rechtszekerheids-, het legaliteits- en het gelijkheidsbeginsel,¹⁷¹⁸ op basis waarvan het voorshands duidelijk moet zijn wat de rechtspositie van de burger is en op grond van welke normen een bestuursorgaan als de NVWA tot handhaving kan overgaan. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief moet het voor lidstaten duidelijk zijn welke ruimte zij nog hebben ten opzichte van het EU-recht om tot het stellen van nationale producteisen over te kunnen gaan in het licht van het voorrangsbeginsel en het voorkomen van kwalitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking in de zin van art. 34 VWEU. Rechtszekerheid is ook in het privaatrecht een groot goed, doch staat niet altijd voorop in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval. Zou men art. 3 lid 3 RAPV, dat tekstueel de nadruk legt op geschreven normen, overnemen onder het gebrekkigheidsvereiste in de richtlijn productaansprakelijkheid, dan loopt men het risico dat de overige concrete omstandigheden van het geval onder die laatste regeling naar de achtergrond verdwijnen, hetgeen onwenselijk is.

¹⁷¹⁶ Dat geldt in ieder geval wanneer het product aan geharmoniseerde normen voldoet. Voor normen anders dan geharmoniseerde normen volgt dit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

¹⁷¹⁷ Vgl. Hodges e.a. 1996, p. 127 en 129 alsmede Howells 2000, p. 337 en 338 die op deze hiërarchie wijzen, zoals ook aangehaald doch weersproken door Verhoeven 2017, p. 172.

¹⁷¹⁸ Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 1 (HSB)* 2017/312 e.v. resp. 328 e.v.

Tegelijkertijd kan ik me niet aan de indruk onttrekken dat in productaansprakelijkheidsprocedures technisch complexe vragen uit een oogpunt van slachtofferbescherming soms worden omzeild, alsmede dat *cost/benefit*- en *risk/benefit*-benaderingen en de rol, inhoud en toepassing van normalisatienormen soms worden genegeerd. In die gevallen loopt de risicobeoordeling in het publiekrecht en privaatrecht zover uiteen dat men het risico loopt dat het civiele eindoordeel wel heel ver komt te staan van de maatschappelijke realiteit (vgl. de *Sanofi*-zaak).¹⁷¹⁹ In dat verband is het niet verkeerd als vaker omstandigheden als genoemd in art. 3 lid 2 en 3 RAPV bij de invulling van de gebrekkigheid worden betrokken, mits hierover door partijen feiten worden aangedragen. In dat geval stellen de feiten de rechter in staat zijn oordeel nader te specificeren en te onderbouwen (nr. 273).

Blijkens de doelstellingen van de richtlijn, die door het Hof in de recente jurisprudentie telkens worden aangehaald, is een rechtvaardige verdeling van risico's mede het doel.¹⁷²⁰ Mijns inziens kan in uitzonderlijke gevallen vanuit een oogpunt van individuele en/of distributieve rechtvaardigheid soms toch tot gebrekkigheid worden geconcludeerd daar waar onder het RAPV-criterium wellicht niet tot onveiligheid kan worden gekomen, doch hier moet terughoudend mee worden omgegaan. Zo moet in mijn ogen generieke causaliteit ten tijde van de behandeling in rechte vast staan en moeten andere publieke voorzieningen (denk aan fondsen) ontbreken.¹⁷²¹ Daarnaast dient de rechter hier transparant over te zijn in de motivering.¹⁷²² Het gaat hier om de fundamentele vraag of de geïmplementeerde Richtlijn Productaansprakelijkheid een grondslag voor schadevergoeding zou kunnen vormen, ook daar waar objectief gezien in het licht van de destijds bestaande kennis en het algemeen belang een gerechtvaardigde keuze is gemaakt om een product in het verkeer te brengen (zowel door de Staat als door de producent). In essentie is het antwoord daarop een normatieve keuze.¹⁷²³ Mijn antwoord luidt: 'ja, maar in hoogst uitzonderlijke gevallen.'

187 Gebrekkigheid en andere invloed van productnormen?

Het Hof maakt in de *Boston*-zaak geen koppeling met het bestaande productveiligheidsrecht voor de beoordeling van gebrekkigheid van medische hulpmiddelen. De A-G schetst deze context wel en beoordeelt de gebrekkigheid op een bijzondere manier in het licht van het

¹⁷¹⁹ De *Sanofi*-procedure over intentingen en MS in Frankrijk vormt het meest illustratieve voorbeeld van hoe aan de hand van *circumstantial evidence* tot bewijs van gebrekkigheid en causaliteit kan worden gekomen.

¹⁷²⁰ Overweging 2 van de richtlijn, zoals ook aangehaald in HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 32, onder verwijzing naar HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), overweging 42.

¹⁷²¹ Vgl. in verband met dit laatste punt Rajneri e.a. 2018, waaruit volgt dat in Italië, het VK, Frankrijk en Duitsland, voor vaccinatieslachtoffers fondsen bestaan of andere vormen van sociale zekerheid. In algemene zin zal de wetgever de meest gereede macht zijn om dit soort voorzieningen te treffen. Blijft deze stilzitten dan kan alsnog de rechter aan zet zijn.

¹⁷²² Vgl. in algemene zin Van der Linden & De Jong 2017.

¹⁷²³ Zie tevens mijn eerdere kritiek n.a.v. het *Sanofi*-arrest, Veldt & Wissink 2017, p.259.

productveiligheidsrecht en de strenge eisen die aan deze producten onder de Richtlijn Medische hulpmiddelen worden gesteld.¹⁷²⁴ Hij wijst daarbij op de essentiële eis uit Bijlage I, deel 1, punt 1, eerste alinea, waaruit samengevat volgt dat de hulpmiddelen zodanig moeten zijn ontworpen en vervaardigd dat het gebruik ervan geen gevaar oplevert voor de klinische toestand of de veiligheid van de patiënt indien ze worden geïmplantéerd op de voorgeschreven wijze en met de doeleinden die daarvoor zijn vastgesteld. Dit lijkt een absolute veiligheid, ware het niet dat hij ten onrechte geen aandacht besteedt aan de rest van deze bepaling waarin staat:

‘met dien verstande dat eventuele risico’s die aan het beoogde gebruik ervan kunnen zijn verbonden, aanvaardbare risico’s vormen ten opzichte van het nut van het hulpmiddel voor de patiënt en verenigbaar zijn met een hoog niveau van bescherming van de gezondheid en de veiligheid’.

De *cost/benefit*-benadering die hieruit spreekt acht ik in het algemeen – bij medische hulpmiddelen in het bijzonder – voor het ontwerp mede relevant. Bij abnormale risico’s als gevolg van een onbedoeld ontwerpgebrek of productiefout is er echter sprake van een verhoogd risico op uitval dat niet is voorzien en ook niet meer wordt gerechtvaardigd door enige baten (lees: een groter risico van dit product ten opzichte van andere producten met dezelfde productiekosten en vergelijkbare benefits). Doordat de A-G geen onderscheid maakt naargelang de aard van het gebrek en ook nog eens selectief citeert, ontstaat onduidelijkheid.¹⁷²⁵ In de verdere overwegingen gaat hij in op de pre-marketingverplichtingen. Aldus is het niet zozeer een schending van een concrete productnorm die hij voor gebrekkigheid van belang acht, als wel de aanwezigheid van uitgebreide regulering, de indeling van de producten in de meest risicovolle klasse en de bijbehorende conformiteitsbeoordelingsprocedures, die de bijzondere aard van het product zouden illustreren. Men moet er alleen voor waken zijn overwegingen te lezen alsof de veiligheidsverwachting moet worden gerelateerd aan wat ik maar noem ‘de reguleringsintensiteit’. Alsof bij het uitblijven van regulering van producten van het veiligheidsniveau opeens minder mag worden verwacht. Dat is onjuist.

188 Het vereiste van causaal verband bij productaansprakelijkheid

De betekenis van de productnorm bij de gebrekkigheid tikt tot op zekere hoogte door in de waardering van het bewijs van causaliteit, omdat bij causaal verband dient te worden beoordeeld of de schade door het gebrek is veroorzaakt. Gaat het om schending van een productnorm die direct de

¹⁷²⁴ Zoals besproken in Veldt & van Boom 2015, p. 390 onder verwijzing naar Concl. A-G Bot bij *Boston* onder 43-46.

¹⁷²⁵ Zoals ik eerder met Van Boom heb opgemerkt, spitst het Hof de gebrekkigheid niet toe en is de aard van het gebrek i.c. niet helemaal duidelijk, Veldt & van Boom 2015, p. 388, onder verwijzing naar Concl. A-G onder 52.

gebrekkigheid invult, dan moet dus worden beoordeeld of schending van de productnorm ook de oorzaak van de schade is.

Hoewel de Richtlijn Productaansprakelijkheid als gezegd maximumharmonisatie beoogt, wordt het causaliteitsvereiste niet nader in de richtlijn gedefinieerd, waardoor onduidelijk is of dit begrip materieelrechtelijk Europees dient te worden geïnterpreteerd.¹⁷²⁶ Mijns inziens is aannemelijk dat de invulling ervan wordt overgelaten aan het nationale recht.¹⁷²⁷ Uit de zaak *Sanofi* blijkt dat het de nationale rechter onder omstandigheden is toegestaan de gebruiker tegemoet te komen en het bewijs van causaal verband voor hem te verlichten.¹⁷²⁸

Uit art. 4 van de richtlijn en de zaken *Novo Nordisk* en *Sanofi* volgt dat een nationale (on)geschreven regel die de bewijslast voor de gebruiker onder de richtlijn omkeert, in strijd zou kunnen komen met doel en strekking van de richtlijn.¹⁷²⁹ Volledige omkering, tevens inhoudende een omkering van bewijsrisico, is onder ons nationale recht echter zeldzaam. Over het algemeen zullen de constructies die onder art. 6:162 lid 1 BW worden gebruikt bij schending van productnormen ook onder de richtlijn zijn toegestaan, omdat geen van deze constructies ook een bewijsrisico-omkering impliceert (zie nader § 7.5).

7.2.4 Tussenconclusie

189 Principiële keuzes ter invulling van het gebrekkigheids criterium en *guidance*

Uit het voorgaande volgt dat zolang de EU-wetgever noch het Hof van Justitie fundamentele uitspraken doet over de invulling van het gebrekkigheidsvereiste, niet met zekerheid valt te zeggen hoe de naleving dan wel schending van productnormen rechtens zal moeten worden gewaardeerd. De keuzes die in de invulling van de Europese *consumer expectation test* worden gemaakt, zullen de wijze waarop producteisen en geharmoniseerde

¹⁷²⁶ Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:188 BW, aant. 2.3 en aldaar genoemde bronnen (actueel t/m 04-05-2019).

¹⁷²⁷ Zie ook Wuyts 2014, p. 5-6. Anders, nl. vóór EU-uitleg, Howells 2008, p. 129. Causaliteit lijkt een typisch nationale aangelegenheid, Van Dam 2013, p. 307-308. In het *Sanofi*-arrest heeft het HvJ EU zich beperkt tot de beantwoording van de vragen over het bewijs van causaliteit en niets gezegd over de materiële invulling ervan onder de richtlijn, Veldt & Wissink 2017, p. 259.

¹⁷²⁸ Zie eerder Dommering-van Rongen 2000, p. 178 die op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn en de implementatie ervan in het BW oordeelt dat art. 4 slechts een hoofdregel geeft waarvan mag worden afgeweken. Keirse 2015a, p. 149 en 153. Van Doorn & Pape 2015, p. 334, die wel ruimte zien, doch terughoudendheid bepleiten gezien de bedoeling van de Europese wetgever.

¹⁷²⁹ HvJ EU (Vierde kamer) 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385 (*Novo Nordisk Pharma/S*), overweging 26 en 28. Zie voorts HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*) en Veldt & Wissink 2017 met aldaar genoemde eerdere opvattingen. O.a. Van Doorn & Pape 2015, p. 334 die wel ruimte zien, doch terughoudendheid bepleiten gezien de bedoeling van de Europese wetgever. Eerder Giesen 2014, paragraaf 4, die wijst op de maximumharmonisatie, waardoor afwijkingen op het punt van causaliteit niet door de beugel zouden kunnen, onder verwijzing naar HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*) en HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*). Hoewel uit deze zaken blijkt dat de richtlijn maximumharmonisatie beoogt, zien deze niet op causaliteit. Causaliteit blijft een lastig punt nu de invulling ervan aan de nationale lidstaten wordt gelaten.

normen daarbinnen betekenis krijgen, beïnvloeden. Aangezien van het gebrekkigheids criterium aangenomen wordt dat het is geïnspireerd op een codificatie van algemene rechtsopvattingen¹⁷³⁰ en het Hof van Justitie EU zich bij uitleg van het EU-recht vaak mede laat inspireren door beginselen die de lidstaten gemeen hebben, zou het niet verkeerd zijn als het Hof wat meer aandacht aan die nationale interpretaties en toepassingen zou besteden.

Mijns inziens is het mogelijk en wenselijk *risk/benefit*-benaderingen toe te passen onder het gebrekkigheids criterium door ze met name relevant te laten zijn bij de beoordeling van het verweer van de producent tegen ontwerpgebreken, met name bij producten met een bijzonder nut. Op die manier blijft productaansprakelijkheid beter hanteerbaar en voorspelbaar, zonder dat de bewijspositie van gelaedeerde onevenredig wordt verzwaard.

Wordt deze opvatting gevolgd dan kan aan het volgen van gesloten producteisen ter betwisting van gebrekkigheid, met name bij vermeende ontwerpgebreken, meer gewicht toekomen. Dat is gerechtvaardigd, omdat Europese wetgever zich ten opzichte van de civiele rechter in een veel betere informatiepositie bevindt. De Europese wetgever beschikt indien gesloten producteisen bestaan, veelal over zeer volledige, gedetailleerde en actuele kennis over de risico's.¹⁷³¹ Mijns inziens is de bevrijdende werking echter niet absoluut. In de risicoanalyse die rechter achteraf onder dit normatief-geobjectiveerde criterium als het ware dient te reconstrueren, kunnen mogelijk andere feiten worden betrokken dan die de wetgever in zijn analyse heeft betrokken, bijvoorbeeld indien er achteraf gezien ten tijde van het opstellen van de norm meer of andere kennis beschikbaar was (*risk assesment*). Ook het antwoord op de vraag hoe naar aanleiding van risico's wordt ingegrepen (*risk management*) kan ex ante anders zijn en van andere omstandigheden afhangen dan ex post. De wetgever zal zich laten moeten laten leiden door een afweging van algemene belangen, waarbij de rechter bij de toets aan de gebrekkigheid die de basis vormt voor het al dan niet toekennen van compensatie mede oog dient te hebben voor andere meer individuele c.q. partijgebonden belangen. Bovendien wordt door de EU-wetgever door tal van factoren niet altijd tot normstelling overgegaan of kunnen normen leemtes bevatten, waardoor het privaatrecht onder omstandigheden verder moet kunnen gaan (zie hoofdstuk 5).

Denkbaar is dat in de toekomst in het licht van overweging 2 van de considerans van de richtlijn – een rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico's – het gebrekkigheids criterium wordt opgerekt om op grond van rechtspolitieke argumenten en uit een oogpunt van distributieve rechtvaardigheid, in bepaalde gevallen toch schadevergoeding toe te kennen. *Risk/benefit*-benaderingen verdwijnen in zo'n geval naar de achtergrond. Het minder

¹⁷³⁰ Dommering-van Rongen 1991, p. 67.

¹⁷³¹ Vgl. Borghetti in Rajneri e.a. 2018, p. 87 en in noot 128 in relatie tot de vaccinatieproblematiek. In zekere zin brengt dat – zoals Borghetti het omschrijft – bij medicijnen een '*pre-emption problem*' met zich dat een vergunning niet-gebrekkigheid lijkt mee te brengen, tenzij bij de vergunningverlening een fout is gemaakt.

relevant achten van *risk/benefit*-benaderingen maakt productaansprakelijkheid echter minder goed voorspelbaar. Het geeft de rechter veel vrijheid en voedt rechtsonzekerheid, zolang er geen voorspelbare alternatieve maatstaf is. Ik pleit er dan ook voor om bij ontwerpgebreken *risk/benefit*-benaderingen in beginsel tot uitgangspunt te nemen.

Hoewel de richtlijn op het punt van de gebrekkigheid sterk is bekritiseerd, ligt herziening van de richtlijn gevoelig. Het precaire evenwicht tussen de belangen van consumenten en die van producenten en de interne markt maakt dat er weinig politieke wil is tot grote herziening.¹⁷³² Gezien de eerdere grote politieke discussies over het gebrekkigheidsvereiste en ontwikkelingsrisicoverweer¹⁷³³ verwacht ik geen herziening van de richtlijn op deze punten.

Thans is door de EC een *expert group on liability and new technologies* benoemd met twee subcommissies¹⁷³⁴ met als doel aanbevelingen te doen om de richtlijn aan te passen, dan wel meer guidance te geven ten aanzien van de onduidelijkheden, waarbij met name aandacht moet worden besteed aan risico's die samenhangen met nieuwe technologie.¹⁷³⁵ Het zou mooi zijn als deze principiële controverse langs voornoemde lijnen in een *guidance document* kan worden opgelost (vgl. nr. 32). Daarbij zou inspiratie kunnen worden geput uit het algemene veiligheids criterium uit art. 2 sub b RAPV. Ook zou kunnen worden geopteerd voor een aanvullende niet-limitatieve lijst van gezichtspunten die weliswaar op art. 3 lid 2 en lid 3 RAPV kan worden geïnspireerd, doch die daar spiegelbeeldig aan is (NB: een lijst van normen die bij schending een aanwijzing voor gebrekkigheid vormen in plaats van die een vermoeden van veiligheid rechtvaardigen) en die uitdrukkelijk niet hiërarchisch is.¹⁷³⁶

Durft de *expert group* hier zijn handen niet aan te branden¹⁷³⁷ en blijft de wetgever zwijgen, dan kan het Hof van Justitie worden geadieerd. Is de Richtlijn Productaansprakelijkheid van toepassing, dan heeft het Hof veel ruimte voor rechtsvorming nu de materiële rechtsvraag hoe Europese productnormen zich verhouden tot de gebrekkigheid volledig door het EU-

¹⁷³² COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 13.

¹⁷³³ Illustratief is het artikel van Stolker 1989 waarin de discussie destijds treffend wordt weergegeven. Mijn indruk is dat hierin niet veel is veranderd.

¹⁷³⁴ Expert Group on liability and new technologies (E03592), <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupId=3592&NewSearch=1&NewSearch=1>.

¹⁷³⁵ COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018 8, p. 10.

¹⁷³⁶ Op dit punt sluit mijn conclusie voor het privaatrecht deels aan bij Verhoeven, doch zijn analyse besteedt geen aandacht aan het nut en de noodzaak voor een strakkere hiërarchische lijst van gezichtspunten onder de RAPV vanuit publiekrechtelijk oogpunt.

¹⁷³⁷ Drie van de vier auteurs van het volgende artikel zitten in deze expert group en tussen hen kan over het materiële gebrekkigheids criterium al geen consensus worden bereikt, Rajneri e.a. 2018. Zie voor de leden: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupId=3592>.

recht wordt beheerst. De nationale rechter vervult evenwel een sleutelfunctie in de voorlichting van de het Hof over de feiten waarop de norm is gebaseerd en die voor de beantwoording van deze rechtsvraag van belang kunnen zijn. De betekenis van productnormen voor de bewijswaardering zal naar verwachting grotendeels aan de nationale procedurele autonomie worden gelaten.

Ten overvloede zij erop gewezen dat de aanwezigheid van de documentatieplicht (nr. 46), de gebruiker *de facto* nog kan helpen in het bewijs van productaansprakelijkheid. Voor zover een gecodificeerd recht op informatie ontbreekt (vgl. nr. 71 en 75) kan onder ons nationale procesrecht gewerkt worden met een verzwaarde motiveringsplicht voor de producent of kan art. 22 Rv of 843a Rv wellicht soelaas bieden.¹⁷³⁸ Een technisch dossier bevat weliswaar bedrijfsgevoelige informatie doch kan – mits er voldoende zwaarwegende belangen zijn aan de zijde van de verzoeker en aan de overige vereisten is voldaan – vatbaar zijn voor een vordering ex art. 843a Rv.¹⁷³⁹

190 De richtlijn als toekomstige grondslag voor ge- en verboden: pas op de plaats

Vanwege het ex post karakter van aansprakelijkheid gaat in de recente literatuur steeds meer belangstelling uit naar de remedies van ge- en verbod (art. 3:296 BW e.v.) die door gebruikers eerder kunnen worden ingezet dan schadevergoeding en daarmee kunnen bijdragen aan preventie.¹⁷⁴⁰

Voor gevallen waarin individuele gebruikers vanwege het kleine belang (denk aan strooischade), de hoge kosten¹⁷⁴¹ of informatieachterstanden niet over zullen gaan tot het instellen van een ge- of verbodsactie, zou de collectieve actie een prikkel tot naleving kunnen bieden (vgl. art. 3:305a e.v. BW).¹⁷⁴²

Recent is een voorstel gedaan om de Richtlijn Collectieve acties te herzien om ook de collectieve schadevergoeding voor consumenten op grond van de schending van tal van EU-recht bepalingen mogelijk te maken.¹⁷⁴³ De annex bij

¹⁷³⁸ Vgl. ook § 84 Abs. 1 AMG dat patiënten het recht geeft op toegang tot informatie over bijwerkingen van geneesmiddelen, dat volgens het Hof van Justitie EU niet in strijd is met de Richtlijn Productaansprakelijkheid, HvJ EU (Vierde kamer) 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385 (*Novo Nordisk Pharma/S*).

¹⁷³⁹ Vgl. voor een toewijzing van een vordering ex art. 843a Rv van een importeur m.b.t. medische hulpmiddelen, Rb. Rotterdam 29 maart 2011, (zaak-/rolnummer 371783/ KG-ZA 11-86, niet gepubliceerd). Voor een afwijzing van een vordering van een distributeur inzake cosmetica/medische hulpmiddelen, Hof Amsterdam 18 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ3728 . Vgl. ook Hof Amsterdam 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3204 m.b.t. interne rapportages over de fyra-treinen, waarin de vordering werd afgewezen. Ten tijde van het afsluiten van het manuscript was slechts Voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht d.d. 31-05-2018 (Concept) bekend.

¹⁷⁴⁰ Ogus & Visscher 2010.

¹⁷⁴¹ Het probleem van rationele apathie.

¹⁷⁴² Voor Nederland uitgebreid Faure & Visser 2015, p. 9 e.v. Zie eerder ook Van den Bergh & Visscher 2007. In internationaal verband o.a. Hodges e.a. 2012, p. 1 e.v.

¹⁷⁴³ COM(2018) 184 - Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, Annex I. Nederland kende al de collectieve actie. Recent is de wet afwikkeling massaschade in collectieve actie in Nederland door het wetgevingsproces geloodst, Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie van 20-03-2019, *Stb.* 2019, 130 (Kamerstukken 34 608).

het voorstel noemt nu ook de Richtlijn Productaansprakelijkheid.¹⁷⁴⁴ Het Europees Parlement heeft aan deze lijst ook de RAPV en de Laagspanningsrichtlijn toegevoegd. Zonder nadere concretisering op het punt van de gebrekkigheid bestaat het risico dat wanneer onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid de gebrekkigheid strenger dan wel anders wordt genormeerd dan onder het productveiligheidsrecht, het *level playing field* dat wordt gecreëerd via het productveiligheidsrecht door de civiele rechter met toepassing van de richtlijn door collectieve verbodsacties weer wordt uitgehold. Dat zou niet erg zijn daar waar naar huidige maatstaven bijvoorbeeld objectief en met zekerheid valt vast te stellen dat een Europese productnorm destijds is vastgesteld op basis van onjuiste informatie en daardoor tekortschiet (ex post), maar een collectieve *verbodsactie* kenmerkt zich juist door het ex ante karakter. Het gebruik van het gebrekkigheids criterium als grondslag voor verbodsacties gaat bovendien uit van de assumptie dat de civiele rechter onder omstandigheden beter zou kunnen zijn geïnformeerd dan de wetgever, hetgeen een positie is die in het licht van het partijdebat zelden kan worden bereikt. De Richtlijn Productaansprakelijkheid staat mede in dienst van de compensatie (en de daarachterliggende doelen), hetgeen de invulling van het gebrekkigheidsvereiste kan beïnvloeden. De Richtlijn Productaansprakelijkheid leent zich zonder duidelijkere invulling van het gebrekkigheidsvereiste op dit punt in mijn ogen dus niet voor een collectieve *verbodsactie*, hooguit als secundaire grondslag daar waar productnormen in het geheel ontbreken. Het productveiligheidsrecht lijkt daarentegen wel uitstekend voor verbodsacties geschikt. Deze staan evenwel onder de voorgestelde richtlijn alleen open voor consumenten, terwijl andere marktdeelnemers naar verwachting in een betere informatiepositie zullen verkeren al het gaat om inbreuken. Zie nr. 285, over het openstellen van privaatrechtelijke remedies voor andere marktdeelnemers.

¹⁷⁴⁴ De voorgestelde Annex noemt ook Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek) en Verordening (EG) Nr. 1272/2008 (CLP).

7.3 ONRECHTMATIGE DAAD

191 Introductie

Naar Nederlands recht is sprake van een onrechtmatige daad in geval van een inbreuk op een recht dan wel een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 1 jo. lid 2 BW). Europese productnormen hebben in potentie invloed op de normstelling bij de laatste twee categorieën, die dan ook hierna aan de orde zullen komen.¹⁷⁴⁵

Onder het theoretische kader van strijd met de wet (§ 7.3.1) komen het Duitse en het Engelse recht aan bod (§ 7.3.1.1 respectievelijk § 7.3.1.2). Vervolgens bespreek ik de betekenis van productnormen voor de Nederlandse onrechtmatigheidscategorie van de wetschending (§ 7.3.1.3). De toerekenbaarheid en de relativiteit zijn als vereisten voor alle onrechtmatigheidscategorieën van belang, doch worden bij strijd met de wet separaat behandeld, omdat het onderscheid met het onrechtmatigheidsvereiste bij deze categorie van onrechtmatigheid het sterkst naar voren komt (§ 7.3.1.4 respectievelijk § 7.3.1.5).

Vervolgens wordt de categorie strijd met het ongeschreven recht behandeld (§ 7.3.2). Hier wordt ingegaan op het Duitse recht (§ 7.3.2.1), op het Engelse recht (§ 7.3.2.2). Vervolgens worden de algemene uitgangspunten uit de Nederlandse doctrine en jurisprudentie over de betekenis van (andere) wettelijke en alternatieve normen voor het ongeschreven recht behandeld (§ 7.3.2.3). Hierna wordt de feitenrechtspraak over normalisatienormen besproken (§ 7.3.2.4). Ten slotte zal de betekenis van Europese productnormen voor de hier onderzochte rechtsverhoudingen aan de orde komen (§ 7.3.2.5).

Paragraaf 7.3.2 is uitgesplitst in een algemeen deel en een bijzonder deel dat ziet op de hier centraalstaande rechtsverhoudingen, omdat tegenwoordig wordt aangenomen dat van het gebrekkigheidsbegrip uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid enige reflexwerking uitgaat. Dat vraagt een nadere inpassing van dit richtlijnbegrip in ons nationale privaatrecht en veroorzaakt – zoals ik zal betogen – coherentieproblemen.

De toerekenbaarheid en relativiteit van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen niet separaat aan de orde laten komen.

Vervolgens worden als bijzondere categorieën van de onrechtmatige daad oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame behandeld (§ 7.4). Het vereiste van causaal verband bij onrechtmatige daad zal in paragraaf 7.5 aan de orde komen.

¹⁷⁴⁵ Een schending van een Europese productnorm kan eveneens worden gekwalificeerd als een inbreuk op een recht, mits het gedrag zelf inbreuk maakt op het subjectieve recht en de inbreuk niet slechts het gevolg is van de daad.

Deze uitleg van rechtsinbreuk is thans de heersende leer, gebaseerd op TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 614 en uitgewerkt door Sieburgh 2000, p. 64, zoals ook aangehaald door Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.5.6 (actueel t/m 15-01-2018); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/47. Europese productnormen zijn op die geschreven privaatrechtelijke norm echter niet van invloed. Dit zou anders zijn als de leer Smits zou gelden, doch dit is niet het geval.

192 Algemene uitgangspunten

De nationale regeling van de onrechtmatige daad (voor Nederland art. 6:162 lid 1 e.v. BW) is naast de Richtlijn Productaansprakelijkheid van groot belang. Niet alleen kan door gelaedeerden op de regeling van de onrechtmatige daad worden teruggevallen indien een productaansprakelijkheidsvordering is vervallen of verjaard¹⁷⁴⁶ of indien na subrogatie de tijdelijke regeling verhaalsrechten aan toepassing in de weg staat (art. 6:197 BW).¹⁷⁴⁷ Het is ook de belangrijkste grondslag voor aansprakelijkheid in gevallen waarin de richtlijn materieel niet van toepassing is, zoals voor aansprakelijkheid voor andere schade dan als bedoeld in de richtlijn, bijvoorbeeld voor schade aan zaken voor professioneel gebruik.¹⁷⁴⁸ Deze grondslag wordt ook gebruikt voor andere rechtsverhoudingen dan die tussen de producent en de gebruiker, bijvoorbeeld voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de leverancier die voldoet aan de wegwijsplicht (nr. 238).¹⁷⁴⁹ Productaansprakelijkheid kan samenlopen met puur nationale grondslagen voor aansprakelijkheid, doch voor het verhaal van schade aan zaken buiten de privésfeer of andere economische schade op de producent is art. 6:162 BW de enige buitencontractuele grondslag.¹⁷⁵⁰

In het buitenland lijken wettelijke eisen en normalisatienormen met name een rol te spelen bij de formulering en invulling van zorgplichten. In met name Duitsland en Engeland bestaat veel rechtspraak over de vraag hoe wettelijke normen en normalisatienormen van invloed kunnen zijn op de invulling van zorgplichten, die hieronder aan de orde zal komen. In de meeste jurisdicties geldt als uitgangspunt dat het *volgen* of naleven van wettelijke normen niet altijd aan aansprakelijkheid in de weg staat, terwijl een *schending* van een wettelijke norm veelal onrechtmatigheid met zich brengt, direct via schending van een wettelijke plicht, dan wel indirect via schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.¹⁷⁵¹ Een vergelijkbare doch minder sterke lijn geldt voor normalisatienormen. Het *schenden* van een normalisatienorm zal veelal een sterke aanwijzing zijn voor onrechtmatigheid. Het *volgen* van een normalisatienorm vormt slechts een lichte aanwijzing voor het in acht nemen

¹⁷⁴⁶ Keirse & Van den Berg 2002, p. 202; Keirse 2015a, p. 155. Zie voor de termijnen art. 10 resp. 11 van de richtlijn als geïmplementeerd in art. 6:191 lid 1 en 2 BW, zijnde 3 jaar na aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden of had moeten worden, resp. 10 jaar na aanvang van de dag, volgend op die waarop de producent het product in het verkeer heeft gebracht.

¹⁷⁴⁷ Zoals besproken en reeds bekritiseerd in Veldt & van Boom 2015, p. 391. De rechter hoeft niet tot *contra legem* toepassing over te gaan (vgl. HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez/CICOA*), r.o. 25), maar kan bijdragen aan een doeltreffende toepassing van de richtlijn door reflexwerking van de gebrekkigheid op de onrechtmatigheid toe te staan en vol toe te rekenen krachtens verkeersopvatting via richtlijnconforme interpretatie.

¹⁷⁴⁸ Giesen 2010, p. 182.

¹⁷⁴⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/272. Zie ook Keirse 2015a, p. 155 en Keirse 2014, p. 59, die wijst op de grote rol van deze route. Zie ook Veldt & van Boom 2015.

¹⁷⁵⁰ Art. 13 Richtlijn zoals geïmplementeerd met art. 6:193 BW; Keirse 2015a, p. 155.

¹⁷⁵¹ Van Boom 2007, p. 430 en 431; Cafaggi 2009b, p. 23. Volgens Cafaggi resulteert schending van wettelijke normen bij risicoaansprakelijkheden eerder in aansprakelijkheid dan bij schuldaansprakelijkheden, Cafaggi 2009a, p. 220.

van de vereiste zorgvuldigheid.¹⁷⁵² Het *schenden* van een normalisatienorm kan resulteren in een bewijsvermoeden dat een zorgplicht is geschonden, maar dat vermoeden kan worden ontkracht indien de laedens bijvoorbeeld de overbodigheid of veroudering van een normalisatienorm (*obsolescence*) kan aantonen.¹⁷⁵³

7.3.1 Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid

7.3.1.1 Duits recht

193 Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid

Strijd met de wet is naar Duits recht geregeld in § 823 Abs. 2 BGB. Dit artikel bevat het relativiteitsvereiste. Naar Duits recht hangt het van de concrete bewoordingen van de verplichting af of deze als *Schutzgesetz* kan worden gekwalificeerd.¹⁷⁵⁴ § 4 Abs. 1 en 2 GPSG (oud) (thans § 3 Abs. 1 en 2 ProdSG) – dat de plicht voor de producent uit de RAPV implementeert om alleen veilige producten op de markt te brengen – zijn in de rechtspraak als *Schutzgesetz* aangemerkt. Van nevenverplichtingen, zoals de klikplicht in § 5 Abs. 2 GPSG (thans § 6 Abs. 4 ProdSG), wordt dit betwijfeld.¹⁷⁵⁵ Producteisen onder het Europees productveiligheidsrecht worden, al dan niet na implementatie, als *Schutzgesetz* aangemerkt in de zin van § 823 Abs. 2 BGB. Deze strekken mede tot bescherming van de individuele belangen of rechten van consumenten, gebruikers en andere derden voor wat betreft de veiligheid. Een schending van dergelijke bepalingen door een marktdeelnemer kan dus resulteren in aansprakelijkheid jegens deze personen.¹⁷⁵⁶ Volgens de literatuur beschermen producteisen met name tegen het ontstaan van personen- en zaakschade, doch niet tegen schade aan andere vermogensbelangen (*reiner Vermögensschaden*).¹⁷⁵⁷

¹⁷⁵² Cafaggi 2009b, p. 23: ‘The general rule, with some differences across MSs, is still that compliance with technical standards does not exclude liability, i.e. is not a defence but has evidentiary value, while violation of the privately defined technical standard is often conclusive because generally the judicially defined standard of care runs higher than that defined by the industry’. Zie ook Cafaggi 2009a, p. 217 en Cafaggi 2011a, p. 116. Zie eerder ook al Stuurman 1995, p. 294 en Snijders 1987, p. 262-263.

¹⁷⁵³ Cafaggi 2009a, p. 219.

¹⁷⁵⁴ MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 529.

¹⁷⁵⁵ Neutraal is Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 60, Rn. 16), negatief is *Klindt/ProdSG* (2015), § 3, Rn. 55, positief is echter Weiß 2008, p. 448. Volgens Wende is § 6 Abs. 5 ProdSG dat de zorgplicht van de distributeur uit de RAPV implementeert geen *Schutzgesetz*, *Klindt/ProdSG* (2015), § 6, Rn. 113. Van art. 18 Verordening (EU) 178/2002 (Levensmiddelen), zijnde de tracabilityvereisten van voedsel, is uitgemaakt dat het geen *Schutzgesetz* betreft, MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 529.

¹⁷⁵⁶ Vieweg 2011, p. 352 en aldaar genoemde bronnen, waaronder Falke 2000, p. 42 en verder. De vraag of normen ten aanzien van privaatrechtelijk toezicht op medische hulpmiddelen ook strekken tot bescherming van individuele patiënten is door het Hof van Justitie positief beantwoord, HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*), r.o. 50. Of individuele patiënten echter ook een recht op schadevergoeding hebben jegens NBs dient naar nationaal recht met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel te worden beantwoord, r.o. 59 en 60 van voornoemd arrest.

¹⁷⁵⁷ Falke 2000, p. 463; Weiß 2008, p. 448; MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 5 en Rn. 870. Eerder betoogde *Klindt* dat zaakschade alleen voor vergoeding in aanmerking zou komen indien het EU-instrument of de implementatiewetgeving expliciet zaken noemde, zoals bijvoorbeeld de machinerichtlijn (vgl. nr. 85), *Klindt GPSG* 2007, § 4 Rn. 8.

Bij schending van een wettelijke plicht geldt in Duitsland bovendien een weerlegbaar bewijsvermoeden met betrekking tot *Verschulden* (lees: toerekenbaarheid) indien een wettelijke norm een bepaalde gedragsnorm voorschrijft.¹⁷⁵⁸ Wordt echter met het voorschrift slechts een resultaat verboden, zoals het in het verkeer brengen van schadelijke levensmiddelen ex § 8 LMBG dat de Levensmiddelenverordening implementeert,¹⁷⁵⁹ dan geldt het vermoeden niet.¹⁷⁶⁰ Volgens Hermes geldt het vermoeden wel bij schending van § 4 Abs. 1 en 2 GPSG (oud), thans § 3 ProdSG dat mede de veiligheidsnorm uit de RAPV implementeert (vgl. art. 18 Warenwet).¹⁷⁶¹ Indien een wetsvoorschrift zou dwingen tot het produceren van gebrekkige producten, dan wordt naar Duits recht aangenomen dat schuld ontbreekt (vgl. nr. 178).¹⁷⁶²

7.3.1.2 Engels recht

194 Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid

Strijd met een wettelijke plicht (*statutory duty*) kan naar Engels recht een grondslag voor aansprakelijkheid vormen. Daarvoor is wel noodzakelijk dat de wettelijke plicht niet slechts algemene belangen beschermt die corresponderen met de belangen van individuen, doch ook dat de wetgever de intentie had een individueel actierecht toe te kennen aan een bijzondere groep personen waar de gelaedeerde toebehoort (*'to confer an individual right of action on a category of persons to whom the claimant belongs'*). De schade moet daarnaast *'within the ambit of the statute'* zijn.¹⁷⁶³ Dat een wetsbepaling ondanks haar algemene strekking in de praktijk mede de bescherming van individuen tot gevolg heeft, is voor een zogeheten *'action for breach of a statutory duty simpliciter'* derhalve onvoldoende.¹⁷⁶⁴ In uitzonderlijke gevallen is de wetgever expliciet over de strekking van een wet. In de meeste gevallen dient te worden teruggevallen op in de jurisprudentie geïdentificeerde *'presumptions'* of *'indicators'* die lang niet altijd in een eenduidig antwoord resulteren (onder meer of de bepaling is geschreven ter bescherming van een *limited class of people*,¹⁷⁶⁵ of adequate andere remedies beschikbaar zijn¹⁷⁶⁶ en of de remedie past bij bestaande privaatrechtelijke remedies). Nu het Engelse recht in beginsel afwijzend staat tegenover vergoeding van *pure economic loss*,

¹⁷⁵⁸ MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 882 en 545 onder verwijzing naar BGH 12.3.1968 - VI ZR 178/66 (Hamm), NJW 1968, 1279 (*Stromausfall wegen Kabelbeschädigung bei Bauarbeiten*), BGH 13.12.1984 III ZR 20/83 (Hamm), NJW 1985, 1774. Zie ook Van Dam 2013, p. 286 en Van Gerven e.a. 2000, p. 306.

¹⁷⁵⁹ Verordening (EU) 178/2002 (Levensmiddelen)

¹⁷⁶⁰ MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 545; Weiß 2008, p. 449 en 450, onder verwijzing naar o.m. BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), NJW 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*).

¹⁷⁶¹ Hermes 2009, p. 213. Zie voor richtlijnconforme interpretatie van § 3 ProdSG in relatie tot de veiligheidsnorm uit de RAPV, Klindt/ProdSG (2015), § 3, Rn. 5 en 6.

¹⁷⁶² Weiß 2008, p. 530.

¹⁷⁶³ Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-50-53.

¹⁷⁶⁴ Clerk & Lindsell (2014), nr. 1-51 en 9-01-9-03.

¹⁷⁶⁵ Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-14 e.v.

¹⁷⁶⁶ Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-18 e.v. Zie voor andere aanwijzingen nr. 9-42 t/m 9-49, zoals ook kort Van Dam 2013, p. 281-283.

wordt een strekking tot vergoeding ervan niet snel in een bepaling gelezen.¹⁷⁶⁷ Gelukkig is de Engelse wetgever, anders dan de Nederlandse wetgever, uitermate helder over de strekking van nationaal en geïmplementeerd productveiligheidsrecht. The Consumer Protection Act 1987 (hierna: 'CPA'), part I, vormt het instrument waarmee onder meer de Richtlijn Productaansprakelijkheid is geïmplementeerd. Part II van dezelfde 'act' regelt in Engeland de productveiligheid. De RAPV is in het VK geïmplementeerd met de General Product Safety Regulations 2005 (hierna: 'GPSR').¹⁷⁶⁸ Op grond van s.11 van de CPA en de GPSR kan de Secretary of State nadere regels stellen met betrekking tot de veiligheid van producten, ter implementatie van richtlijnen dan wel tot vaststelling van niet-geharmoniseerd nationaal productveiligheidsrecht. Op grond van s.12 is het strafbaar '*to supply (or to expose or possess for supply) goods in the course of a business that do not comply with such regulations*'. Op grond van s.41(1) is schending van deze productveiligheidsregelgeving een expliciete grondslag voor schadevergoeding. *Negligence*¹⁷⁶⁹ en/of *fault*¹⁷⁷⁰ is derhalve niet noodzakelijk. Het recht op schadevergoeding is evenwel beperkt tot de typen schade als genoemd in Part I van de CPA (lees: zaak- en letselschade) (s.41(2)). Transactieschade of *pure economic loss* komt onder deze grondslag dus niet voor vergoeding in aanmerking.

7.3.1.3 Nederlands recht – Strijd met de wet

195 Schending van producteisen

Essentiële eisen of gesloten producteisen uit EU-wetgeving vormen in combinatie met de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers algemeen verbindende voorschriften (hoofdstuk 2).¹⁷⁷¹ Bij een verordening gelden zij direct. Bij een richtlijn gelden zij indirect, dat wil zeggen na implementatie in een nationale wet en/of onderliggende regeling (nr. 78).

De fabrikant is de primaire normadressaat van productnormen. Schending van een producteis door de fabrikant vormt een schending van een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Over vage, algemeen luidende wettelijke plichten wordt opgemerkt dat de wetschending in de praktijk nauwelijks te onderscheiden is van schending van de maatschappelijke betamelijkheid.¹⁷⁷² Essentiële eisen zijn open geformuleerd, doch bieden evenwel enige concretisering ten opzichte van het ongeschreven recht. Met name ten opzichte van de gezichtspunten bij gevaarzetting kunnen zij

¹⁷⁶⁷ Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-44, alsmede 9-46-48 waaruit volgt dat Europese rechtspraak wel tot een ruimhartigere vergoeding heeft geleid van *pure economic loss* waar het gaat om schending van mededingingsrecht. Onder het ongeschreven recht is vergoeding van *pure economic loss* slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk, zie o.a. *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* (1964).

¹⁷⁶⁸ General Product Safety Regulations 2005 (SI 2005/1803).

¹⁷⁶⁹ Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-90.

¹⁷⁷⁰ Zie over de vraag waarom '*violation of a statutory duty*' vaak als '*strict liability*' wordt gezien, Van Dam 2013, p. 284.

¹⁷⁷¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/44 1.

¹⁷⁷² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/45; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.2.5.

concretisering bieden, waardoor een direct beroep erop nuttig kan zijn (zie §§ 7.3.2.3 en 7.3.2.4). Het voordeel van een beroep op schending van een wettelijke plicht is bovendien dat ‘niet afzonderlijk hoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde’,¹⁷⁷³ mits diens belangen ook daadwerkelijk door de norm worden beschermd (relativiteit).

Voor andere actoren als de importeur en de distributeur gelden onder sectorspecifieke instrumenten bijzondere geschreven zorgplichten (hoofdstuk 2). De enkele schending door hen van een producteis maakt nog niet dat zij een algemeen verbindend voorschrift hebben geschonden, maar dat kan eventueel wel een eerste aanwijzing zijn.

196 Buiten toepassing laten van verouderde of onjuiste producteisen

Naar Nederlands recht mag de rechter in zeer uitzonderlijke omstandigheden een verouderde of onjuiste, doch nog niet ingetrokken wettelijke plicht buiten toepassing laten uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 BW.¹⁷⁷⁴

¹⁷⁷³ HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, NJ 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*), r.o. 4.3.2, zoals ook besproken door Van Maanen & Lindenberg 2015, p. 34.

¹⁷⁷⁴ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376, m.nt. K.F. Haak r.o. 3.8.1 over een Nederlandse wet in formele zin: ‘*In verband met het grondwettelijk toetsingsverbod van art. 120 Grondwet kan de rechter een dergelijke bepaling enkel toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht zoals bedoeld in de art. 93 en 94 Grondwet. Toetsing van een dergelijke bepaling aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht is op grond van dat verbod uitgesloten. Dit laatste geldt ook indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW). Slechts indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, kan aanleiding bestaan om tot een andere uitkomst te komen dan waartoe toepassing van de wettelijke bepaling leidt. Dat is het geval indien die niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden de toepassing van de wettelijke bepaling zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (Harmonisatiewet), rov. 3.1-3.6 en 3.9, en HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 (Bosentan), rov. 3.6.1 en 3.6.2).*’ Zie over besluiten, r.o. 3.9.1: ‘*De Besluiten (...) behelzen geen wetgeving in formele zin. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet is daarop niet van toepassing. Dergelijke wetgeving kan de rechter dan ook wel toetsen aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. Bij die toetsing heeft de rechter echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Voorts brengen zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel mee dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten (HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251 (Landbouwwlieders), rov. 6.1; zie voorts o.m. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, NJ 2010/53, rov. 3.6). De rechter kan onder meer toetsen of de wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen (art. 3:4 Awb, dat op grond van art. 3:1 lid 1, aanhef en onder a, Awb ook van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften).*’ R.o. 3.9.2: ‘*Een regel of regeling die geen wet in formele zin is, kan buiten toepassing worden gelaten op de grond dat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is zowel in het geval (a) dat de uitkomst van de hiervoor in 3.9.1 genoemde toetsing is dat de wetgever niet tot die regeling of regel heeft kunnen komen, als (b) in het hiervoor in 3.8.1 bedoelde geval dat sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever (in dit geval dus de lagere wetgever).*’ Vgl. HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, NJ 1972/339, m.nt. L.J. Hymans v.d. Berg (*Maring, Assuradeuren/Maring, La Confiance-Maring*), waaruit volgt dat een achterhaald wetsvoorschrift kan worden ingehaald door de gewoonte. Vgl. echter ook HR 16 februari 1973, NJ 1973/463, m.nt. L.J. Hymans van den Bergh (*Maas/Willems*): de enkele omstandigheid dat marktdeelnemers zich aan het desbetreffende voorschrift niet plachten te houden, rechtvaardigt nog niet de conclusie dat een voorschrift zijn rechtskracht heeft verloren, ook niet indien de met de vervolging van dergelijke overtredingen

Mijns inziens zou dat ook mogen bij plichten op basis van productnormen van Europese origine, zij het dat daarbij een extra grote terughoudendheid moet worden betracht in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel (hoofdstuk 3). Het ligt voor de hand dat het Hof van Justitie dan wordt geconsulteerd (slotbeschouwing, nr. 280).

197 Volgen van geharmoniseerde normen en het wettelijke bewijsvermoeden

Naleving van wettelijke voorschriften vormt op nationaal niveau zelden tot nooit een rechtvaardigingsgrond, aangezien de normadressaat ook is gebonden aan ander geschreven en ongeschreven recht op grond waarvan handelen in overeenstemming met wettelijke voorschriften toch onrechtmatig kan zijn jegens een ander.¹⁷⁷⁵ Een voorbeeld in het kader van producten vormt het arrest *Cijsouw/De Schelde II* waarin werd overwogen dat het feit dat asbest voorheen van overheidswege was voorgeschreven niet in de weg staat aan aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer als gevolg van de blootstelling aan asbest.¹⁷⁷⁶ In zoverre draagt de laedens een grote eigen verantwoordelijkheid. (Vgl. het beperkte *regulatory compliance*-verweer onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid, nr. 178.)

Het Europese recht koppelt aan *het volgen* van een geharmoniseerde norm het bewijsrechtelijke vermoeden dat het product voldoet aan de essentiële eis die door deze norm wordt ingevuld of nader wordt vormgegeven. Rechtspraak over het bewijsvermoeden op grond van productveiligheidsrecht in horizontale verhoudingen – los van de *James Elliott*-zaak die zag op een contractuele verhouding (hoofdstukken 3 en 4) – ontbreekt. Desalniettemin zijn er twee belangrijke argumenten waarom dit wettelijke bewijsvermoeden in beginsel ook betekenis zou moeten hebben voor de beantwoording van de vraag of sprake is van strijd met een wettelijke plicht. Het eerste argument houdt verband met de in hoofdstuk 3 beschreven positie van Europees recht dat geen onderscheid maakt tussen publiek- of privaatrecht en dat slechts rechten en verplichtingen voor marktdeelnemers vastlegt. Het productveiligheidsrecht kan, behalve als bron van plichten, ook als bron van ‘rechten’ worden gezien, niet alleen voor de consument, maar ook voor andere marktdeelnemers gezien de in hoofdstuk 3 genoemde doelen van productveiligheidsrecht. De beginselen van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming kunnen vereisen dat een marktdeelnemer ook in horizontale verhoudingen in beginsel een beroep zou mogen doen op een bewijsvermoeden dat tot op zekere hoogte zijn rechtspositie waarborgt.

belaste autoriteiten daartegen niet zouden zijn opgetreden. De overtreding van het wetsvoorschrift is niet zonder meer onrechtmatig jegens andere marktdeelnemers indien zij zich eveneens schuldigmaken aan overtreding ervan, in welk geval zij zich daarmee zouden onttrekken aan de privaatrechtelijke bescherming die die bepaling biedt (lees: het *in pari delicto*-verweer dat aan relativiteit in de weg staat).

¹⁷⁷⁵ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 7.2.3.3 (actueel t/m 15 januari 2018) onder verwijzing naar *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/92*.

¹⁷⁷⁶ HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, *NJ 1999/638 (Cijsouw II)*, r.o. 3.3.2.

Het tweede argument houdt verband met de nationale wetssystematiek en de strekking van deze categorie van onrechtmatigheid; het is de bedoeling van de nationale wetgever aan te sluiten bij bepalingen van buiten het BW, en deze voor wat betreft de beoordeling van de onrechtmatigheid direct – dat wil zeggen een-op-een – van betekenis te laten zijn.¹⁷⁷⁷ Los van de relativiteitsvraag – die bij negatieve beantwoording niet de onrechtmatigheid wegneemt, maar slechts tot gevolg heeft dat geen recht op schadevergoeding bestaat –¹⁷⁷⁸ brengt deze systematiek met zich dat indien in het kader van de vaststelling van de schending van een wetsvoorschrift een marktdeelnemer in verticale verhoudingen een bewijsvermoeden kan genieten, dit bewijsvermoeden ook horizontaal bij de onrechtmatigheid betekenis zou moeten krijgen. Dit argument volgt uit een coherente toepassing van ons nationale privaatrecht en is autonoom, in die zin dat het losstaat van verdere uitleg van EU-recht door het Hof van Justitie.

Wat betekent dit in de praktijk? Als zodanig zou, indien de fabrikant stelt en zo nodig bewijst dat hij aan de geharmoniseerde norm heeft voldaan, het vermoeden moeten worden aangenomen dat het product *voldoet aan de essentiële eisen uit de toepasselijke regelgeving*. Niets meer en niets minder: het volgen van een geharmoniseerde norm bevrijdt immers niet per definitie van aansprakelijkheid,¹⁷⁷⁹ het resulteert slechts in een bewijsvermoeden van ‘*compliance*’ met de essentiële eisen. Een beroep op het bewijsvermoeden impliceert dus geen ruim *regulatory compliance*-verweer (vgl. nr. 178). Ook al is de geharmoniseerde norm gevolgd, dan nog kan het product bijvoorbeeld feitelijk onveilig en dus in strijd met de essentiële eisen zijn of kan op andere wijze onzorgvuldig zijn gehandeld. Zoals in een verticale verhouding de bewijslast van strijd met de wet – de essentiële eis – op de autoriteiten zou liggen nadat is vastgesteld dat de geharmoniseerde norm juist is gevolgd, rust in een horizontale verhouding de bewijslast van strijd met de wet bij een vordering ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW mijns inziens nog steeds op de gelaedeerde. Het ontzenuwen van voornoemd bewijsvermoeden door gelaedeerde is in dat geval onvoldoende om tot onrechtmatigheid te komen. In principe zal, indien de fabrikant de (poging tot) weerlegging van het vermoeden gemotiveerd heeft weersproken, de gelaedeerde tegenbewijs moeten leveren van de schending van de essentiële eis.¹⁷⁸⁰

Van Leeuwen betoogt dat het effectiviteitsbeginsel toepassing van geharmoniseerde normen in private verhoudingen eist, althans dat in het privaatrecht grotere zeggenschap aan productnormen moet toekomen omdat men anders het risico zou lopen dat via privaatrechtelijke normstelling ‘*obstacles to the free movement of goods*’ worden opgeworpen.¹⁷⁸¹ Een

¹⁷⁷⁷ TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 615.

¹⁷⁷⁸ Art. 6:163 BW. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 615 en 629 e.v.

¹⁷⁷⁹ Vgl. voor Duitsland ook Hermes 2009, p. 167.

¹⁷⁸⁰ Vgl. o.a. thoe Schwartzenberg 2013, p. 123.

¹⁷⁸¹ Van Leeuwen 2015, p. 244. ‘*Although the PIP breast implants scandal illustrates that the New Approach does not have a direct impact on the application of European product standards in private law, at least the*

volledige invulling van de privaatrechtelijke norm met Europese productnormen is mijns inziens echter niet wenselijk vanwege de vangnetfunctie die het privaatrecht thans vervult. Mij lijkt het goed als partijen en de rechter zich vaker rekenschap geven van productnormen, doch gezien het beperkte harmonisatiebereik van het productveiligheidsrecht lijkt een afwijkende norm in het privaatrecht die het resultaat kan zijn van een minder sterke betekenis van die normen mogelijk en een effectieve toepassing van het Europese recht niet in de weg te staan. Ik kom hierop terug in de slotbeschouwing, nrs. 273 en 284.

198 Schending van geharmoniseerde normen

Het Europese productveiligheidsrecht verbindt aan *het schenden* van een geharmoniseerde norm niet expliciet rechtsgevolgen. Het vrijwillige karakter van de verwijzing in wetgeving staat daaraan in de weg. Zoals besproken zijn geharmoniseerde normen recht doch geen zelfstandige algemeen verbindende voorschriften (hoofdstuk 4, nr. 96). Schending van een geharmoniseerde norm levert daardoor niet automatisch strijd met een wettelijke plicht op in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.¹⁷⁸² Een schending van een geharmoniseerde norm is in de praktijk wel een aanwijzing dat de essentiële eis uit de wet is geschonden, maar een definitief oordeel is afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval.

De door de Europese wetgever gekozen systematiek voor het invullen van wettelijke open normen door alternatieve regelgeving vertoont parallellen met de situatie waarin de nationale wetgever de invulling van open normen attribueert aan lagere overheden, bijvoorbeeld via een stelsel van vergunningverlening. De Hoge Raad heeft over het niet-naleven van vergunningsvoorwaarden in relatie tot art. 1401 oud BW door private partijen bepaald dat in die situaties de door lagere overheden te bepalen vergunningsvoorwaarden de wettelijke norm concretiseren, omdat moet worden aangenomen dat de vergunningverlener de bij het geval betrokken

argument could be made that their application in private law is necessary to guarantee the effectiveness of the New approach for goods. If European standards were not applied in private law, this could create obstacles to the free movement of goods, which would indirectly endanger the effectiveness of the regulatory framework which has been created with the New Approach. Therefore, the driver for convergence would be the effectiveness of the New Approach for goods. In other words, it is the regulatory framework itself which requires convergence in private law.' Even verder op in zijn proefschrift lijkt hij dit te nuanceren. Van Leeuwen 2015, p. 244: *'National courts show a reluctance to make an automatic link between ex ante regulation through European standardisation and ex post regulation through the determination of liability in private law. In the New Approach, the extent to which the effectiveness of EU law requires this link to be made is uncertain.'* Zie later nog Van Leeuwen 2019, p. 290, waarin hij ervoor pleit het harmonisatiebereik van productveiligheidsrecht via uitleg door het Hof van Justitie EU op te rekken. In hoofdstuk 3 heb ik reeds toegelicht dat het Hof dan de grenzen van zijn bevoegdheid dient te overschreden, hetgeen niet wenselijk is.

¹⁷⁸² Vgl. het arrest van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven waarin een besluit van de minister dat was gestoeld op de enkele schending van een geharmoniseerde norm werd vernietigd nu belanghebbenden aannemelijk hadden gemaakt waarom op andere wijze toch aan de essentiële eisen was voldaan, CBB 17 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:136.

belangen heeft afgewogen.¹⁷⁸³ Zoals in hoofdstuk 4 is gebleken, bestaat nu juist discussie of geharmoniseerde normen uit hoofde van enig openbaar gezag worden uitgevaardigd en op enige geldig gedelegeerde bevoegdheid berusten, waardoor deze lijn niet zomaar mag worden doorgetrokken. Bovendien is de daarin gemaakte belangenafweging niet zo specifiek als in het geval van vergunningsvoorwaarden. De belangenafweging is bovendien niet openbaar, slecht inzichtelijk en tegen de inhoud kan door belanghebbenden nauwelijks tot niet worden opgekomen (hoofdstuk 4). Ter vergelijking: een vergunning en de daarin vervatte voorwaarden kunnen worden ingezien en tegen een besluit kan bezwaar en beroep worden aangetekend door belanghebbenden. Het gewicht van schending van een geharmoniseerde norm wordt mijns inziens echter groter indien deze door de producent als methode is gekozen om conformiteit te waarborgen, hetgeen moet blijken uit de verklaring van overeenstemming (*DoC*, nr. 48). Met de keuze door de fabrikant voor het volgen van de geharmoniseerde norm in de verklaring van overeenstemming accepteert hij deze uitwerking van wettelijke eisen en bestaat een zekere alternatieve legitimatie, namelijk de instemming van de producent zijnde een vorm van zelfbinding (vgl. nr. 145 met aldaar geplaatste kanttekening over vrije wilsvorming). Omdat overeenstemming met de essentiële eisen een voorwaarde vormt voor het in de handel of op de markt brengen van een product, kan schending van die voorwaarden door schending van de door de fabrikant gekozen methode als vastgelegd in geharmoniseerde normen mijns inziens grond zijn voor een vermoeden van schending van een wettelijke plicht, waarna men toekomt aan de relativiteitsvraag.¹⁷⁸⁴ Dit vermoeden kan worden vormgegeven als een jurisprudentieel vermoeden als regel van ongeschreven recht (vgl. de omkeringsregel, nr. 253). Heeft de producent niet voor het volgen van een geharmoniseerde norm gekozen of is het onbekend welke methode hij heeft gevolgd, dan kan de schending van de geharmoniseerde norm nog steeds een aanwijzing zijn voor schending van een wettelijke plicht. In dat geval zou met een feitelijk vermoeden kunnen worden gewerkt.

Met Schepel ben ik van mening dat de systematiek van de Nieuwe Aanpak eraan in de weg staat dat de *Muñoz*-doctrine van toepassing is op geharmoniseerde normen in die zin dat voor *schending* van die geharmoniseerde normen een zelfstandige privaatrechtelijke rechtsingang

¹⁷⁸³ HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, NJ 1981/227 (*Van Dam/Beukeboom*), r.o. 3: 'Aan voorwaarden, ter bescherming van de belangen van omwonenden rechtsgeldig aan een hinderwetvergunning verbonden, moet voor de toepassing van art. 1401 BW in de concrete situatie waarvoor zij geschreven zijn, een soortgelijke betekenis worden toegekend als aan door de centrale of lokale wetgever vastgestelde gedragsnormen, waarvan de schending in beginsel een onrechtmatige daad oplevert jegens degenen te wier bescherming die normen zijn gesteld. In beide gevallen zal moeten worden aangenomen dat de daarbij betrokken belangen door de overheid tegen elkaar zijn afgewogen. Wanneer door overtreding van een voorwaarde in een hinderwetvergunning iemand wordt getroffen in een door die voorwaarde beschermd belang en ter zake schade lijdt, zal de overtreder door wiens schuld die schade is veroorzaakt dan ook — behoudens het zich hier niet voordoende geval van een rechtvaardigingsgrond — op grond van art. 1401 aansprakelijk zijn voor de door de overtreding veroorzaakte schade.', zoals ook aangehaald in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/44 en Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant.5.2.4.

¹⁷⁸⁴ Vgl. eerder en algemener Snijders 1987, p. 262 en 263.

beschikbaar *moet* zijn.¹⁷⁸⁵ Los van de discussies over de betekenis van *James Elliott* voor het privaatrecht (waarover de hoofdstukken 3 en 4) staat vast dat geharmoniseerde normen niet dwingend zijn voorgeschreven. Zij kunnen mijns inziens – anders dan door partijen zelf (partijautonomie) – niet via privaatrechtelijke open normen dwingend worden gemaakt. Geharmoniseerde normen kunnen wel gelaagd worden gebruikt of indirect voor andere ongeschreven gedragsnormen van belang zijn.

199 Ontbreken van een privaatrechtelijk geharmoniseerd bewijsvermoeden en de nationale leer van formele rechtskracht

Uit hoofdstuk 2 volgt dat het productveiligheidsrecht in Nederland via het bestuurs- en het strafrecht wordt gehandhaafd. Naar Nederlands recht vormt een beslissing tot bestuursrechtelijke handhaving in de regel geen dwingend bewijs van bijvoorbeeld onrechtmatigheid in een nationale civielrechtelijke procedure.¹⁷⁸⁶ Een in kracht van gewijsde gegaan en op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, levert dwingend bewijs op van dat feit ex art. 161 Rv. Het leveren van tegenbewijs is mogelijk (art. 151 lid 2 Rv).¹⁷⁸⁷ In het kader van de implementatie van de Richtlijn Privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht is voor het mededingingsrecht door de nationale wetgever art. 161a Rv toegevoegd. Dit artikel bepaalt dat een onherroepelijk besluit houdende een inbreukbeslissing van de ACM een onweerlegbaar bewijs oplevert van een inbreuk in een procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens die inbreuk.¹⁷⁸⁸ In het staatssteunrecht geldt uit hoofde van Europese rechtspraak dat indien de Europese Commissie een eindbeslissing heeft genomen over de toelaatbaarheid van staatsteun, de nationale rechter

¹⁷⁸⁵ Schepel 2005, p. 226, noot 3 onder verwijzing naar HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*) en Biondi 2003.

¹⁷⁸⁶ Zoals volgt uit bijvoorbeeld HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, *RvdW* 2009/1403 (*VEB/World Online*), r.o. 4.38.2 over een boete van de AFM wegens overtreding van art. 32 NR 1999 jo. art. 35 Bte 1995. Volgens de Hoge Raad dient een oordeel van de bestuursrechter over het op juiste grond opleggen van een boete duidelijk te worden onderscheiden van de vraag of banken ook onrechtmatig hebben gehandeld jegens potentiële beleggers. Vgl. tot op zekere hoogte de relevantie van tuchtrechtelijke veroordeling voor het civiele recht, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, *NJ* 2008/529, m.nt. Van Dam (*Actuarissen/Vie d'Or*), r.o. 5.4.3. Over de doorwerking van rechtvaardigingsgronden uit het strafrecht bestaand evenwel discussie, zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 7.2 e.v. (actueel t/m 15 januari 2018).

¹⁷⁸⁷ Zie ook Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.2.2 (actueel t/m 15 januari 2018). Zie bijvoorbeeld voor een strafrechtelijke veroordeling voor het niet-waarschuwen door een producent tegen het beklemmingsgevaar van een speelhuisje: Rb. Middelburg (straf) 13 april 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AT4286.

¹⁷⁸⁸ Implementatie van art. 9 lid 1 van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2017, L 349/1). De Nederlandse implementatie gaat echter verder dan de richtlijn nu art. 161a Rv ook geldt bij puur nationale schendingen van mededingingsrecht (art. 6 Mw). Zie over de bewijswaarde van een bestuursrechtelijke beslissing vóór invoering van de richtlijn privaatrechtelijke handhaving ook uitgebreid Zipprow 2009, p. 616 e.v.

aan die beslissing is gebonden.¹⁷⁸⁹ Voor het productveiligheidsrecht ontbreken dergelijke harmonisatiemaatregelen, alsmede Europese of nationale rechtspraak waaruit kan worden afgeleid dat een besluit van de NVWA, IGZ of ILT over de onveiligheid van het product of een vastgestelde overtreding van productveiligheidsrecht dwingend of onweerlegbaar bewijs van onrechtmatigheid oplevert in een privaatrechtelijke procedure. Gezien het harmonisatiebereik van productveiligheidsrecht (hoofdstuk 3) waaruit samengevat is gebleken dat handhaving volledig aan de lidstaten is gelaten, dwingt het Europese recht niet tot het aannemen van privaatrechtelijke dwingende bewijskracht. Aan een beslissing van de autoriteiten kan in het nationale civiele recht evenwel grote waarde worden gehecht via de vrije bewijswaardering ex art. 152 lid 2 Rv.

Een belangrijk argument om binnen het mededingingsrecht verdergaande binding van de civiele rechter aan beslissingen van autoriteiten te rechtvaardigen is een verlichting van de bewijslast tussen verzoeker en verweerder om de informatie-asymmetrie tussen verzoeker en verweerder op te heffen.¹⁷⁹⁰ Daarbij zou het voor zowel het mededingingsrecht als het staatssteunrecht bijdragen aan een coherenter toepassing van de regels uit het verdrag en aan de rechtszekerheid.¹⁷⁹¹ Op Europees niveau is er in het kader van de handhaving van het productveiligheidsrecht vooralsnog geen Europese autoriteit aangewezen die door nationale autoriteiten kan worden geraadpleegd of die naast nationale autoriteiten beslissingen neemt over de handhaving van productveiligheidsrecht (vgl. nr. 71). Publiekrechtelijke handhavingsbeslissingen kunnen in de lidstaten dan ook uiteenlopen waardoor coherentie in de publiekrechtelijke handhaving al ontbreekt (vgl. nr. 33). De informatieasymmetrie blijft – met name in B2C-verhoudingen – echter een valide argument dat kan pleiten voor dwingend en onweerlegbaar bewijs van beslissingen van autoriteiten. Tegelijkertijd betwistte Zippro destijds in het kader van het mededingingsrecht terecht of codificatie van zo’n bewijsregel noodzakelijk was, omdat de rechter met deze beslissingen ook eigenhandig al rekening kon houden.¹⁷⁹² Mijns inziens bestaat voor het productveiligheidsrecht evenmin een noodzaak tot codificatie van een

¹⁷⁸⁹ Metselaar 2016, p. 330 onder verwijzing naar Meij 2005, p. 26, met verwijzing naar Europese rechtspraak. Metselaar wijst erop dat beslissing van de Commissie een besluit in de zin van art. 288 VWEU betreft dat verbindend is in al haar onderdelen. Daarbij is het staatssteunrecht tot op zekere hoogte spiegelbeeldig aan het productveiligheidsrecht: Staatssteun is niet toegestaan, tenzij goedgekeurd door de Europese Commissie, terwijl bij productveiligheidsrecht vaak geldt dat een product is toegestaan, tenzij kan worden vastgesteld dat het inbreuk maakt (uitgezonderd bijvoorbeeld geneesmiddelen e.d. waar eveneens een vergunning voor nodig is).

¹⁷⁹⁰ Zie voor het mededingingsrecht Zippro 2009, p. 630 onder verwijzing naar het Groen- en Witboek van de Commissie. Zie voor het staatssteunrecht Metselaar 2016, p. 330 en daar genoemde arresten.

¹⁷⁹¹ Voor het mededingingsrecht Witboek COM/2008/165 def., paragraaf 2.3. Voor het staatssteunrecht: GvEA 8 december 2011, nr. T-421/07 (*Deutsche Post/Commissie*), overweging 51, waarin de rechtszekerheid als argument wordt genoemd.

¹⁷⁹² Zippro 2009, p. 630. Hij noemt omkering van de bewijslast een overbodige bepaling. Als alternatief werd in de literatuur ook wel de verzwaarde motiveringsplicht voor de rechter genoemd, daar waar hij van een beslissing van de autoriteiten afwijkt.

onweerlegbaar vermoeden van onrechtmatigheid en ligt de sleutel in de vrije bewijswaardering (ex art. 152 Rv).¹⁷⁹³ De schending van een productnorm kan – zoals ik hiervoor heb betoogd onder nr. 195 – een grond vormen voor een vermoeden van strijd met de wet als regel van ongeschreven recht. Daarnaast is een feitelijk vermoeden mogelijk, naast het gegeven dat de producent veelal een verzwaarde motiveringsplicht zal hebben (vgl. nr. 182 en 183). Een marktdeelnemer zal bij een door de autoriteiten vastgestelde overtreding van het productveiligheidsrecht aan de civiele rechter in ieder geval iets hebben uit te leggen.

De nationale leer van formele rechtskracht maakt het voorgaande niet anders.¹⁷⁹⁴ De leer houdt slechts in dat indien tegen een besluit van een bestuursorgaan geen rechtsmiddel is aangewend of het besluit in beroep in stand is gebleven, de burgerlijke rechter het besluit zowel wat betreft de inhoud als voor wat betreft de totstandkoming als rechtmatig heeft te beschouwen.¹⁷⁹⁵ Formele rechtskracht ziet alleen op het dictum. Bij de beoordeling van een geschilpunt dat niet de geldigheid van het besluit betreft, is de civiele rechter niet gebonden aan de inhoudelijke overwegingen en dus de feiten die aan het besluit ten grondslag zijn gelegd.¹⁷⁹⁶ Hij hoeft evenmin een zaak, in afwachting van een bestuursrechtelijke procedure over een besluit van bijvoorbeeld de NVWA, aan te houden.¹⁷⁹⁷ Formele rechtskracht kan overigens niet worden tegengeworpen aan een partij waarvoor een bestuursrechtelijke rechtsgang niet heeft opengestaan.¹⁷⁹⁸ Is een gebruiker of een ketenpartner dus geen belanghebbende dan gaat het leerstuk niet op. Dit zal bij veel besluiten het geval zal zijn.¹⁷⁹⁹

¹⁷⁹⁴ Vgl. Zippro 2009, p. 623-636 die voor het mededingingsrecht uitgebreid beide leerstukken bespreekt.

¹⁷⁹⁵ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1802, *NJ* 2011/89 (*ARS/Staat*), r.o. 3.3.3. Rechtvaardigingen hiervoor zijn onder meer de rechtszekerheid, rechtsmachtverdeling, rechtseenheid en efficiëntie.

¹⁷⁹⁶ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *NJ* 2015/361 (*SNS Reaal*), r.o. 4.5.2, zoals herhaald in HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, *NJ* 2015/266 (*Staat/S.*), r.o. 3.3.4. Zie voor een oudere mededingingszaak waarin een beschikking van de NMa geen dwingende bewijskracht opleverde, Zippro 2009, p. 627.

¹⁷⁹⁷ Vgl. HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1 (*Chemours/Stedin*), 3.4.2 (over besluiten van de ACM onder de energiewet).

¹⁷⁹⁸ Keirse 2015b, p. 195-196 en aldaar genoemde rechtspraak. Zie tevens voor een toepassing in het licht van productveiligheid, Rb. Breda 19 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BC8144 over de bewijskracht van een boete van de arbeidsinspectie over een gebrekkige roldeur onder de machinerichtlijn waardoor een arbeidsongeval is ontstaan, r.o. 5.3.2: '(...) SVEN [werkgever] beroept zich op de formele rechtskracht van die beslissing voor TIP [werknemer]. Formele rechtskracht – voor zover die in dit geval verder kan strekken dan tot een boete aan SVEN – geldt niet voor TIP. Zij is niet als belanghebbende bij die beschikking aan te merken noch aangemerkt en heeft althans daarbij onvoldoende belang gehad om daartegen op te (kunnen) komen.'

¹⁷⁹⁹ Het moet gaan om een rechtstreeks, objectief, persoonlijk en eigen belang. Wordt door de autoriteit overgegaan tot een verbod of geoordeeld dat tevens tot corrigerende actie moet worden overgegaan, dan raakt dit mijns inziens rechtstreeks de belangen van directe ketenpartners, waardoor die partijen onder het nationale bestuursrecht belanghebbende kunnen zijn ex art. 1:2 Awb en het besluit ex art. 8:1 Awb zouden kunnen aanvechten.

7.3.1.4 Nederlands recht – Relativiteit

200 Het relativiteitsvereiste

Art. 6:163 BW bevat de relativiteitseis: een belangrijke voorwaarde die moet zijn vervuld voordat een gelaedeerde schadevergoeding kan verkrijgen na een schending van een verplichting door een van de in hoofdstuk 3 genoemde actoren. Omdat ongeschreven zorgvuldigheidsnormen veelal specifiek tussen de normadressaat en gelaedeerde worden geformuleerd met het oog op diens specifieke belang en de in concreto geleden schade, zal met de vaststelling dat jegens eiser een zorgvuldigheidsnorm is geschonden de relativiteit veelal zijn gegeven. Voor wettelijke plichten buiten het BW vormt de relativiteitstoets veelal een grote drempel voor schadevergoeding.¹⁸⁰⁰

Of relativiteit aanwezig is, hangt blijkens het vaste criterium van de Hoge Raad af van het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.¹⁸⁰¹ Strekt de norm niet tot bescherming van deze persoon, deze schade of tegen deze wijze van ontstaan van deze schade, dan ontbreekt relativiteit en is de laedens in beginsel niet gehouden de schade te vergoeden. Onvoldoende is dat een rechtsplicht strekt tot bescherming van algemene belangen: blijkens het oordeel van de Hoge Raad over de overwegingen van het hof in het arrest *Duwbak Linda* dient de geschonden norm te strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van gelaedeerde.¹⁸⁰² De verwijzing naar individuele vermogensbelangen is overigens door de Hoge Raad alleen in zaken tussen burger en Staat herhaald.¹⁸⁰³

Art. 3:296 BW stelt als voorwaarde dat de verplichting iets te geven, te doen of na te laten *jegens* de eiser geldt. Door de meeste auteurs wordt

¹⁸⁰⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/135 onder verwijzing naar o.a. HR 11 maart 1937, NJ 1937/899 en 4 januari 1963, NJ 1964/434, en *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 632. Zie ook Den Hollander 2016, p. 55 e.v. en daar genoemde auteurs alsmede onder verwijzing naar HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196 (*Staat/Shell*), r.o. 3.8.4: *'Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld [...]. In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.'*

¹⁸⁰¹ HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1, zoals herhaald in HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, JGR 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*), r.o. 4.2.3, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (*DNB/Vie d'or*), r.o. 4.2.2, HR 10 november 2006, LJN: AY9317, RvdW 2006/1058, NJ 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*), r.o. 3.3.2 en bevestigd als 'vaste rechtspraak' in HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), r.o. 4.3.1.

¹⁸⁰² HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2 en HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (*DNB/Vie d'or*), r.o. 4.2.2.

¹⁸⁰³ Het vereiste dat de bepaling moet strekken tot bescherming van 'individuele vermogensbelangen' komt bijvoorbeeld terug in HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (*DNB/Vie d'or*), r.o. 4.2.2, maar niet in HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, NJ 2008/529, m.nt. Van Dam (*Actuarissen/Vie d'Or*). Zie anders Den Hollander 2016, p. 134-137 en 142-144, die het criterium van individuele vermogensbelangen ter bepaling van het beschermingsdoel van wetgeving als algemeen criterium gebruikt.

aangenomen dat dat in zekere zin dezelfde relativiteit is als onder art. 6:163 BW. Bij een vordering tot nakoming van een wettelijke plicht ex art. 3:296 dient het belang waarvoor de eiser bescherming vraagt dus binnen het beschermingsbereik van de geschonden norm te vallen, doch enige schade hoeft in dat geval (nog) niet te zijn geleden.¹⁸⁰⁴

201 Potentiële beschermde belangen, schade en wijze van ontstaan ervan in relatie tot productnormen

Producteisen zijn onderdeel van de geschreven plichten voor de marktdeelnemers uit hoofdstuk 2 en de daarin vervatte gedragsnormen. De relativiteit van die gedragsnormen dient voor schadevergoeding te worden beoordeeld. Bij geharmoniseerde normen, die indirect die gedragsnorm kunnen invullen of daarvoor verder van betekenis kunnen zijn, moet eveneens naar de relativiteit van die geschreven plichten worden gekeken.¹⁸⁰⁵

Normalisatienormen die niet aan een wettelijk kader zijn gerelateerd, kunnen veelal wel aan ongeschreven gedragsnormen worden gerelateerd (vgl. §7.3.2.4). In dat geval dient de relativiteit van die ongeschreven gedragsnormen te worden onderzocht. Overigens is denkbaar dat geharmoniseerde normen ook kunnen worden gerelateerd aan andere gedragsnormen, denk aan de zorgplicht van de werkgever bij het beschikbaar stellen van arbeidsmiddelen.

Bij het beoordelen van de relativiteit van de verplichtingen voor marktdeelnemers komen voor dit onderzoek drie categorieën van potentiële beschermingsgerechtigden in beeld (vgl. hoofdstuk 3): gebruikers van het product (zowel zakelijk als privé), marktdeelnemers in dezelfde handelsketen en concurrenten. Gebruikers van het product kunnen zaak- of letselschade lijden, maar ook andere vermogensschade is denkbaar; denk aan een vakantiehuis dat na een schilderbeurt met inbreukmakende verf niet meer kan worden verhuurd of de bedrijfsvoering die stil komt te liggen door uitval van een machine. Andere marktdeelnemers in de keten kunnen in beginsel ook zaak- of letselschade lijden; te denken valt aan een product dat in opslag ligt en ontploft. Economische schade als gevolg van het schenden van productnormen zal vaker voorkomen; het product moet bijvoorbeeld worden teruggehaald of het kan niet worden doorverkocht. Concurrenten kunnen schade lijden doordat hun concurrent productnormen schendt, omdat daarmee een concurrentievoordeel kan worden behaald. Zo kan een product dat niet alle conformiteitsbeoordelingsprocedures heeft doorlopen bijvoorbeeld goedkoper in de markt worden gezet.

¹⁸⁰⁴ Zie Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, II.2.2.1.2.17 actueel t/m 01-10-2018 onder verwijzing naar Van Maanen, alsmede Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.7 (actueel t/m 19 januari 2018) die op zijn beurt weer naar Deurvorst verwijst. Zie recent ook Nuninga 2018 onder 3.2, mede onder verwijzing naar Bleeker 2017, p. 1. Van Nispen merkte in 1978 al op dat zijns inziens bij een ge- of verbodsactie relativiteit van de norm noodzakelijk is, Van Nispen 1978, p. 145 en 169/170. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/132 en 153.

202 Huidige stand van het debat en de rechtspraak over relativiteit van productnormen

Of de Warenwet ook de economische belangen van *marktdeelnemers* in de keten beoogt te beschermen is onduidelijk en nog niet aan de orde geweest in het academisch discours. Wel is zeer oude feitenrechtspraak bekend waarin het wegnippen door een distributeur van een batchcode, die was aangebracht om te voldoen aan *traceability*-vereisten uit artikel 4 lid 1, aanhef en onder d Cosmeticabesluit 1979,¹⁸⁰⁶ onrechtmatig zou zijn jegens de fabrikant en importeur nu zij met het aanbrengen van die code niet alleen het algemene belang dienen, doch ook hun eigen belang om het product te kunnen opsporen en uit de handel te nemen. In dat geval werd een verbod toegewezen.¹⁸⁰⁷

Over de relativiteit van verplichtingen in de Warenwet en bijbehorende regelgeving jegens *concurrenten* bestaat een verouderd academisch debat zonder aandacht voor de Europese dimensie. Volgens Hartkamp & Sieburgh vormt de Warenwet een voorbeeld van een wet met bepalingen die niet de strekking hebben economische belangen van concurrenten te beschermen.¹⁸⁰⁸ Volgens Verkade moeten belangen van concurrenten mede beschermd worden geacht indien het duidelijk is dat een Warenwetbesluit zijn grond vindt in het belang van *eerlijkheid in de handel*.¹⁸⁰⁹ Eerlijkheid in de handel is een zelfstandige doelstelling van de Warenwet die – in tegenstelling tot *eerlijke mededinging* (zie nr. 86) – niet in het Europese recht terugkomt (nr. 74). De feitenrechtspraak loopt uiteen in het antwoord op de vraag of concurrenten privaatrechtelijke bescherming aan bepalingen in de Warenwet en onderliggende besluiten kunnen ontlelen.¹⁸¹⁰

¹⁸⁰⁶ Dat artikel 6, lid 1, aanhef en sub e Richtlijn 76/768/EEG (Cosmetica-richtlijn (oud)) implementeert.

¹⁸⁰⁷ Hof Amsterdam 24 februari 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC7881, *BIE* 1985, 33, r.o. 4.5. Zie ook Rb. Haarlem (pres.) 29 april 1985, ECLI:NL:RBHAA:1985:AH0681, *BIE* 1986, 61. Vgl. ook Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5484, r.o. 3.7 en 3.8, over het doorverkopen en het in het verkeer brengen door een derde van met op het foodrecht inbreukmakende snijplanken, waarvan de oorspronkelijke importeur opdracht had gegeven tot vernietiging. De oorspronkelijke importeur handelde volgens het Hof onzorgvuldig door niet aan de vernietiger door te geven dat het een product met gezondheidsrisico's betrof en onvoldoende toezicht te houden op de daadwerkelijke vernietiging met het oog op de belangen van eindgebruikers, doch niet onzorgvuldig met het oog op de economische belangen van distributeurs die het product alsnog hebben gekocht en in het verkeer hebben gebracht.

¹⁸⁰⁸ Volgens Hartkamp & Sieburgh vormt de Warenwet een voorbeeld van een wet met bepalingen die niet de strekking hebben economische belangen van concurrenten te beschermen, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/138. Zie in vergelijkbare zin over de Geneesmiddelenwet naar aanleiding van *Pfizer, Pharmacia/Cosmétique*, Hiemstra & Wallheimer 2010, p. 46 en 47.

¹⁸⁰⁹ Verkade 1986, p. nr. 69, zoals ook aangehaald door Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, IV.2.2.9 (actueel t/m 14-10-2018) onder vermelding van feitenrechtspraak in uiteenlopende richtingen waarvan een deel hierna zal worden besproken.

¹⁸¹⁰ Een voorzieningenrechter oordeelde dat EN-normen onder de Richtlijn Bouwproducten niet strekken tot bescherming van de belangen van concurrenten: Rb. Amsterdam (vzr.) 23 augustus 2007, *TBR* 2008/82. Zie voor positief relativiteitsoordeel t.a.v. een overtreding door een concurrent van het Warenwetbesluit elektrotechnische producten dat de laagspanningsrichtlijn implementeert, door ten onrechte een CE-markering aan te brengen, hetgeen echter tevens een misleidende mededeling ex art. 6:194 BW vormde, Rb. Arnhem 22 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO2174 (*Basic Holdings, Glen Duplex/Bouwmaterialenhandel De Heuning*), r.o. 4.13. Zie voor een afwijzend oordeel voor een vordering tussen concurrenten op basis van

De Hoge Raad heeft zich over de relativiteit van de verplichtingen uit het hier centraal staande Europese productveiligheidsrecht nog niet uitgelaten. Wel heeft de Hoge Raad zich in twee zaken uitgelaten over de relativiteit van bepalingen die de Europese geneesmiddelenrichtlijnen implementeren tussen concurrenten, namelijk in *Astrazeneca/Menzis* en *Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique* (hierna: *Pharmacia/Cosmétique*).¹⁸¹¹ In deze zaken stonden zuiver *economische* belangen van marktdeelnemers centraal en daarmee corresponderende economische schade. In beide zaken werd geoordeeld dat relativiteit ontbrak. Alleen het tweede arrest leent zich voor een mogelijke analogie met de in dit onderzoek centraal staande regelgeving en rechtsverhoudingen. Daarom zal ik mijn bespreking tot dit arrest beperken.¹⁸¹²

Pharmacia – later overgenomen door Pfizer – beriep zich tegenover zijn concurrent Cosmétique op de schending van de registratieplicht voor geneesmiddelen in de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV) (oud): de wet die onder meer art. 1 lid 2 van de oude Richtlijn Geneesmiddelen¹⁸¹³ en dezelfde bepaling in de daaropvolgende nieuwe Richtlijn¹⁸¹⁴ implementeerde. Cosmétique zou zich schuldig maken aan onrechtmatige concurrentie door de haargroeimiddelen Dercos en Kérastase, die het werkzame bestanddeel Aminexil bevatten, ten onrechte niet als geneesmiddelen aan te melden, maar als cosmetica in de handel te brengen. Pharmacia had het door haar verhandelde haargroeimiddel Regaine wel als geneesmiddel laten registreren. Pharmacia vorderde naast schadevergoeding voor gederfde omzet en winst, een verbod op het verhandelen van Dercos alsmede op het verhandelen van producten met Aminexil zonder voorafgaande registratie.

In deze zaak liet de Hoge Raad het oordeel van het hof,¹⁸¹⁵ dat in navolging van de rechtbank had geoordeeld dat relativiteit ontbrak, in stand:

schending van het Cosmeticabesluit 1979, doch met toepassing van de Correctie-Langemeijer, Hof Amsterdam 17 februari 2005, *IER* 2005/56 (zie voor het cassatieberoep HR 22 september 2006, *NJ* 2006/522 (*Glaxosmithkline/Sarah Lee*)), r.o. 4.8. Het adverteren met de aanwezigheid van certificering voor bepaalde producten kan aanleiding zijn voor concurrenten om zich te beklagen over onrechtmatige concurrentie indien die certificering onjuist of niet aanwezig zou zijn, zie bijvoorbeeld een zaak van de Rechtbank Alkmaar. In de loop van de procedure bleek echter dat de certificering wel was afgegeven en dat deze niet behoefde te zien op overeenstemming met de door de wederpartij gestelde NEN-norm, Rb. Alkmaar 15 december 2005, *ECLI:NL:RBALK:2005:AU8188*. Vgl. voor afwijzende oordelen over relativiteit van de Geneesmiddelenwet en de Wet Medische hulpmiddelen t.a.v. concurrenten, Hof Amsterdam 21 september 2006, *ECLI:NL:GHAMS:2006:AY9350*, r.o. 3.10 resp. Rb. Utrecht 29 april 2003, *ECLI:NL:RBUTR:2003:AF7905*, r.o. 4.15 en Hof Arnhem 23 september 2009, *ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594*, *NJF* 2009, 248 (*Lichtwer c.s./Norgine*), r.o. 27.

¹⁸¹¹ HR 10 november 2006, *LJN*: AY9317, *RvdW* 2006/1058, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*) en HR 24 maart 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AU7935*, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*).

¹⁸¹² *Astrazeneca/Menzis* ging niet om directe veiligheidsnormen, maar primair om regels voor geneesmiddelenreclame en om de rechtsverhouding tussen farmaceuten en zorgverzekeraars.

¹⁸¹³ Richtlijn 65/65/EEG (Geneesmiddelenrichtlijn (oud)).

¹⁸¹⁴ Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek).

¹⁸¹⁵ Hof 's-Gravenhage 27 mei 2003, *ECLI:NL:GHSGR:2003:AP0273*, *BIE* 2004/37, r.o. 17: 'Naar het oordeel van het hof heeft L'Oréal met haar hierboven onder 15 vermelde stelling voldoende aan haar stelplicht met betrekking tot artikel 6:163 BW voldaan. Nu L'Oréal verwijst

‘[...]’s Hofs oordeel, dat erop neerkomt dat de WGV, gelet op de parlementaire geschiedenis, zowel van de oorspronkelijke wet als van de wijzigingswet waarbij Richtlijn 65/65/EEG is geïmplementeerd (Wet van 8 december 1977, 692), en mede in het licht van de doelstellingen van de — hiervoor in 3.2 vermelde — Europese richtlijnen, slechts ertoe strekt de volksgezondheid te beschermen en dat de geschonden bepalingen van de WGV niet strekken tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie, is juist.’¹⁸¹⁶

Dit oordeel roept twee vragen op. Ten eerste, hoe dient door de nationale civiele rechter over relativiteit te worden geoordeeld indien de verplichtingen door de Europese wetgever zijn geharmoniseerd, doch de remedies c.q. sancties aan de lidstaten zijn gelaten? Ten tweede, in welke gevallen is relativiteit van de verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in hoofdstuk 2 aanwezig; in welke rechtsverhoudingen en voor welke (mogelijke) schade?

203 Kader van Lankhorst in de Europese context van productnormen

Den Hollander betoogt op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad in navolging van Lankhorst¹⁸¹⁷ dat de daadwerkelijke toets aan ons nationale relativiteitsvereiste via wetsinterpretatie kan worden opgesplitst in twee abstracte niveaus c.q. fasen, namelijk eerst de zoektocht naar het beschermingsdoel van de norm waarbij relevant is of de norm naast algemene belangen ook individuele belangen beoogt te beschermen.¹⁸¹⁸ Bestaan er ‘positieve aanwijzingen’ dat de wetgever naast algemene belangen ook de

naar openbare wettelijke regelingen, is geen bewijslevering nodig en kunnen de grieven I en II aanstonds worden behandeld. Het hof is van oordeel dat niet alleen de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de oorspronkelijke wet van belang is, maar ook die van de wijzigingswet waarbij richtlijn 65/65 in de WGV is geïmplementeerd. Uit de considerans van die richtlijn, welke de nationale wetgever bindt ten aanzien van het te bereiken resultaat, en uit het arrest van het HvJ EG inzake Upjohn (rechtsoverweging 31) volgt dat de voornaamste doelstelling van die richtlijn —naast het geheel of ten dele opheffen van belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer van farmaceutische producten— is de volksgezondheid te beschermen. Nu ook uit de overige wijzigingswetten niet is gebleken dat de WGV en de daarop gebaseerde regelgeving mede ertoe strekt de eerlijke mededinging tussen producenten of handelaren van geneesmiddelen te beschermen, gaat het hof ervan uit dat de WGV deze strekking niet bezit.’

¹⁸¹⁶ R.o. 4.2.3 van voornoemd arrest. Een paar maanden later, in het arrest *Astrazeneca/Menzis* (HR 10 november 2006, LJN: AY9317, RvdW 2006/1058, NJ 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*), stonden verplichtingen uit het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) en de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) centraal waarin onder andere de Reclametitel (IV) uit de nieuwe Richtlijn geneesmiddelen wordt geïmplementeerd. In deze zaak liet de Hoge Raad het oordeel van het Hof in stand dat deze wetgeving een aantal doeleinden beoogt te dienen, waaronder: de vrijheid van de arts om aan de hand van zijn professionele normen geneesmiddelen voor te schrijven, de normen waaraan reclame voor geneesmiddelen ten aanzien van inhoud en verspreiding in het belang van de volksgezondheid en goede publieksvoorlichting moeten voldoen, de beheersing van de kosten in de gezondheidszorg en de kwaliteit van de gezondheidszorg. Het Hof oordeelde echter eveneens dat deze doeleinden niet dienen ter bescherming van de belangen van fabrikanten van geneesmiddelen. Het ging in de zaak om een procedure tussen een zorgverzekeraar en een farmaceut en niet tussen concurrenten.

¹⁸¹⁷ Lankhorst 1992, p. 93 en 103.

¹⁸¹⁸ Den Hollander 2016, p. 111.

bescherming van individuele (vermogens)belangen heeft beoogd, dan dient in het concrete geval te worden gezien of het geschade belang van de concrete benadeelde ook onder de individuele belangen kan worden geschaard die de norm beoogt te beschermen (beschermingsomvang).¹⁸¹⁹ Door het eisen van 'positieve aanwijzingen' in de eerste fase kan in de praktijk meer nadruk komen te liggen op het doel van de wetgeving, terwijl de strekking een ruimer begrip is.¹⁸²⁰ Of iets als positieve aanwijzing kan worden gezien, is bovendien een kwestie van interpretatie en afhankelijk van een meer of minder welwillende lezing van het desbetreffende instrument. Hierdoor is het oordeel in de fase van beschermingsomvang uiteindelijk ook al vaak een rechtspolitieke keuze.¹⁸²¹ Den Hollander lijkt te menen dat enige nadere concretisering van de doelstelling door de wetgever, bijvoorbeeld tot een bepaalde groep mensen, noodzakelijk is.¹⁸²² Juist vanwege de huidige taakverdeling tussen de EU-wetgever (voor normen) en de lidstaten (voor sancties) in de door mij onderzochte instrumenten komt men vaak bedrogen uit bij de zoektocht naar sterke positieve aanwijzingen waaruit blijkt dat individuele belangen worden beschermd. Op het bekende argument van de institutionalisten dat de wetgever dan maar duidelijker moet zijn over wie hij beoogt te beschermen, valt in een nationale context al wat af te dingen, omdat niet van een wetgever mag worden verwacht dat hij alle gevallen (of op abstracter niveau: alle belangen) op voorhand voorziet.¹⁸²³ In Europese context is dat argument nog minder overtuigend, omdat de Europese wetgever rekening heeft te houden met 28 rechtsordes die in meer of mindere mate dergelijke aanwijzingen verlangen. Ik ben mij ervan bewust dat dit ook juist een argument voor meer klare taal van de EU-wetgever kan zijn, maar de vraag is hoe haalbaar dit is,

¹⁸¹⁹ Den Hollander 2016, p. 112 en 142.

¹⁸²⁰ Zie over het ruimere begrip strekking Hijma in zijn noot onder 4 bij *Duwbak Linda*, onder verwijzing naar Bloembergen 1965, p. 172 en Lankhorst 1992, p. 117. Dat strekking een ruimer begrip is wordt door Den Hollander 2016, p. 168 erkent, onder verwijzing naar deze en nadere literatuur. Bloembergen 1965, p. 172 noemt: de inhoud van de betrokken wettelijke regeling, de wetsgeschiedenis (de bedoeling van de wetgever), het gehele systeem van de wet, de redelijkheid van het met een bepaalde interpretatie te verkrijgen resultaat en de ernst van de gevaren waartegen de overtreden wetsbepaling wil beschermen.

¹⁸²¹ Vgl. ook Hijma in zijn noot onder 11 bij HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*), alsmede Concl. A-G Hartlief 6 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1095, sub 3.18-3.19. Zie ook Den Hollander 2016, p. 118-123, 161-162 en 326 en 327, die echter meent dat de rechtspolitiek door de rechter voor de omvangfase moet worden gereserveerd.

¹⁸²² Den Hollander 2016, p. 139 en 140, onder verwijzing naar Van Buuren 1978 over groepsbelangen van 'middenstanders, buurtbewoners, werknemers of weggebruikers', alsmede p. 131 over 'afgeleide' bescherming en p. 144 waarin hij wijst op de terughoudende opstelling van de rechter, waarbij deze aan 'heteronome' rechtsvinding moet doen. Zie anders Di Bella 2014, p. 142-143; zoals ook in commentaar daarop Schutgens 2015, p. 274-275, die mede kritiek levert op de aanpak van de Hoge Raad, aangezien die te nadrukkelijk aankoopt bij de parlementaire geschiedenis, waardoor relativiteit 'zo wel erg snel komt te ontbreken'.

¹⁸²³ Zie ook Di Bella en Schutgens voornoemd. Zie anders Den Hollander 2016, p. 141-142: 'Resumerend is de vraag naar het beschermingsdoel dus een verstrekkende vraag, met een veeleer beleidsmatig of zelfs ideologisch dan juridisch en in elk geval controversieel karakter. De wetgever kan het antwoord op deze vraag in de wettekst en de wetsgeschiedenis bovendien zelf geven. Er is in mijn optiek daarom goede reden voor de rechter om bij deze vraag in de regel een terughoudende opstelling te kiezen in zijn verhouding tot de wetgever en alleen aan te nemen dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, als de wetgever daarvoor in de wettekst wen wetsgeschiedenis dekking biedt middels 'positieve' aanwijzingen.'

mede in het licht van de Europese politieke arena. Dit kan er mijns inziens mede voor pleiten aan ‘positieve aanwijzingen’ in voornoemde zin niet al te hoge eisen te stellen.

In de zoektocht naar het beschermingsdoel van Europees productveiligheidsrecht (of breder ‘de bedoeling van de wetgever’) stuit men op twee wetgevers, namelijk enerzijds de Europese wetgever die de verplichtingen via secundair EU-recht heeft geharmoniseerd met het oog op de bescherming van bijzondere doelen en belangen en anderzijds de nationale wetgever. De Europese wetgever is, mede in het licht van het Europese subsidiariteit- en proportionaliteitsbeginsel (art. 5 lid 1 en 3 VEU), voor de operationalisering van het EU-recht afhankelijk van de nationale wetgever. Deze implementeert de verplichtingen in zijn nationale recht en geeft de sancties erop vorm, waarbij hij tot op zekere hoogte kan kiezen voor het bestuurs-, het straf- en/of het civiele recht. Daarbij kan de nationale wetgever (deels) een eigen belangenafweging maken. Hij heeft – binnen de bandbreedtes van de sanctieclausule en *Rewe/Comet* (nr. 79 e.v.) – een zekere keuzevrijheid of hij privaatrechtelijke sanctionering al dan niet openstelt en voor wie. Voor de zoektocht naar relativiteit ex art. 6:163 BW en het doel en de strekking van de norm dient dus niet alleen het secundaire EU-recht te worden onderzocht, maar ook de strekking van de nationale implementatie, aan de hand van onder meer de nationale wetgeschiedenis, de inhoud, structuur en inbedding van de nationale wet (vgl. het hiervoor weergegeven oordeel van hof in *Pharmacia/Cosmétique*, waarin zowel doel en strekking van de richtlijn als van de nationale implementatie worden onderzocht). Binnen de relativiteitstoets heeft bovendien de nationale rechter enige ruimte om tot nationale rechtsvorming over te gaan.¹⁸²⁴ Aan het institutionele kader waaraan de civiele rechter in een eenlagige rechtsorde is gebonden, wordt aldus een dimensie toegevoegd: niet de verhouding wetgever-rechter staat centraal, maar de verhouding EU-wetgever, nationale wetgever en nationale rechter. Voor de duidelijkheid: bij productveiligheidsverordeningen doet de EU-wetgever eenzelfde beroep op de lidstaten tot operationalisering van de daarin vervatte verplichtingen (nr. 72), waardoor – ondanks de directe werking in de zin van directe inroepbaarheid van verordeningen – de relativiteitsvraag mijns inziens evenmin een exclusieve vraag van Europees recht is.

204 Beschermde belangen: een eerste aanzet

Uiteindelijk dient relativiteit van een concrete norm binnen een concrete rechtsverhouding te worden beoordeeld (vgl. mijn eerdere opmerking onder nr. 139 en nr. 172).¹⁸²⁵ Desalniettemin kunnen er algemene aandachtspunten voor die beoordeling worden gevonden.

¹⁸²⁴ Den Hollander 2016, p. 119 en 120, die zelf uitgaat van een scherp institutioneel kader in de eerste fase van de relativiteitstoets, doch die mede wijst op auteurs die uitgaan van een ruimer rechtsvormend mandaat (lees: materieel kader), zie ook p. 142.

¹⁸²⁵ Vgl. Hijma in zijn noot bij *Duwbak Linda* onder 6: ‘Naar mijn gevoelens heeft hetgeen de Hoge Raad hier ‘algemene norm’ noemt nauwelijks het karakter van een norm, maar veeleer dat van een algemeen, op macroniveau geformuleerd, doel: bevordering van de veiligheid te water. Dit algemene doel geeft het speelveld

De relativiteitstoets behelst een interpretatie van zowel EU- als nationaal recht en vergt een samenspel tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter. Worden bij twijfel over de beschermde belangen echter geen prejudiciële vragen gesteld, dan zet de nationale rechter de Europese buitenspel. In *Pharmacia/Cosmétique* zijn door het hof en de Hoge Raad geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld over de belangen die de Richtlijn Geneesmiddelen (oud) beschermt. Dat die richtlijn niet zou strekken tot het beschermen van de eerlijke mededinging en dus niet van concurrenten werd door het hof 's-Gravenhage afgeleid uit het arrest *Upjohn/Farzo* van het Hof van Justitie EU.¹⁸²⁶ De Hoge Raad liet dit oordeel in zijn tweede arrest in stand.¹⁸²⁷ Het Hof van Justitie werd in *Upjohn/Farzo* echter aangezocht voor vragen over de definitie van het begrip geneesmiddel onder de Richtlijn Geneesmiddelen (oud) (zie eerder nr. 33), niet voor de vraag of deze strekt tot bescherming van de eerlijke mededinging.¹⁸²⁸ Het is daarmee de vraag of het niet-noemen van dit belang in de overwegingen van het arrest *Upjohn/Farzo* voldoende aanwijzingen biedt voor de beantwoording van de vraag of de Richtlijn Geneesmiddelen (oud) strekt tot bescherming van de eerlijke mededinging en/of de belangen van concurrenten. Naast de bescherming van de volksgezondheid heeft voornoemde richtlijn ook het geheel of ten dele opheffen van handelsbelemmeringen en daarmee de totstandkoming van de interne markt als doel;¹⁸²⁹ het is onduidelijk welke secundaire individuele belangen uit de bescherming van dit doel kunnen worden afgeleid en of hiertoe ook de belangen van concurrenten behoren. Aannemelijk is dat het belang van concurrenten hier niet snel uit mag worden afgeleid, maar volledig helder is dit niet (zie eerder nr. 86).

Nu de met het EU-recht beschermde belangen relevant lijken te zijn voor het bepalen van de strekking van een EU-verplichting in het kader van de nationale relativiteit,¹⁸³⁰ was een prejudiciële vraag in *Pharmacia/Cosmétique*

aan, maar verschaft daarbinnen weinig houvast. Echt houvast kan pas ontstaan op microniveau, d.w.z. op dat van de wettelijke regeling waarin de litigieuze gedragsnorm is neergelegd (in casu het certificaat- en inspectiestelsel). Op dat lagere niveau immers zal het algemene doel normaliter niet over de volle breedte worden gediend of nagestreefd; veelal zal een toespitsing aan de orde zijn, aan de hand waarvan de strekking van de uiteindelijk geformuleerde norm (mede) gestalte krijgt. De Raad kan dan ook gevoeglijk worden gevolgd, waar hij het algemene niveau passeert en doorstoot naar dat der specifieke wetgeving.'

¹⁸²⁶ Hof 's-Gravenhage 27 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AP0273, BIE 2004/37, r.o. 17 onder verwijzing naar HvJ EG 16 april 1991, 112/89, ECLI:NL:XX:1991:AD1379, NJ 1992/674 (*Upjohn/Farzo*), r.o. 31. Dit was het arrest dat volgde op HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, NJ 2003/706 (*Pharmacia/Cosmétique*).

¹⁸²⁷ HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, JGR 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique*, vervolg), r.o. 4.2.3.

¹⁸²⁸ HvJ EG 16 april 1991, 112/89, ECLI:NL:XX:1991:AD1379, NJ 1992/674 (*Upjohn/Farzo*), overweging 7.

¹⁸²⁹ Vgl. ook Concl. A-G Spier overweging 5.26 bij HR 10 november 2006, LJN: AY9317, RvdW 2006/1058, NJ 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*): 'Ik kom dan op de vraag of de richtlijnen en het Rbg mede strekken ter bescherming van de belangen van Astrazeneca c.s. Uit het voorafgaande moge volgen dat van een dergelijke bedoeling niet, laat staan duidelijk, blijkt. Doel en strekking is bescherming van de volksgezondheid en het wegnemen van communautaire handelsbeperkingen. Op deze laatste is in casu door Astrazeneca c.s. geen beroep gedaan. Zij moeten daarom verder buiten beschouwing blijven.'

¹⁸³⁰ Vgl. ook HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4 waaruit volgt dat voor de beoordeling van de vraag of een overeenkomst die verplicht tot een bij wet

wellicht op zijn plaats geweest om enige twijfel hierover uit te sluiten. Het praktische belang van duidelijkheid op dit punt was in het concrete geval wellicht minder groot omdat de correctie-Langemeijer reeds door het hof was gehonoreerd en de rechtsbescherming voor de concurrent dus niet uitbleef.¹⁸³¹

Bij onduidelijkheden over de met EU-recht beschermde belangen is de rechter in laatste instantie gehouden prejudiciële vragen te stellen (nr. 92), ook al is de kans groot dat het Hof niets zegt over de concrete remedie (vgl. nr. 81). Antwoorden daarop zijn van belang voor een coherente uitleg van EU-recht en kunnen vanuit het nationale kader bezien nuttige aanwijzingen opleveren. Mijns inziens is de uitleg van het Hof van Justitie in *Schmitt* voor onze nationale rechtsorde te vertalen als een bevestiging dat de belangen van individuele patiënten mede door de verplichtingen uit de Richtlijn Medische hulpmiddelen worden beschermd (nr. 81).¹⁸³² *Muñoz* vormt een vergelijkbare bevestiging van het uitgangspunt dat de daarin genoemde productnormen zien op de bescherming van de belangen van concurrenten (nr. 82).¹⁸³³ Sommige auteurs vragen zich af in hoeverre algemene belangen als volksgezondheid en veiligheid in het kader van relativiteit afdoende zijn om de bescherming van individuele (vermogens)belangen uit af te leiden.¹⁸³⁴ In een Europese context leidt het Hof in *Muñoz* uit ‘eerlijke mededinging’ in de considerans uit hoofde van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming de bescherming van individuele belangen van concurrenten af. Zo bezien kunnen ook uit andere algemene belangen als genoemd in de considerans van productveiligheidsinstrumenten individuele belangen worden afgeleid (hoofdstuk 3). Zo zou uit het algemene belang van de ‘volksgezondheid’ in de considerans van het productveiligheidsrecht ‘de bescherming van personen die met producten in aanraking komen’ als beschermingsdoel kunnen worden afgeleid. Voor de hand ligt dat letselschade door inbreukmakende producten sowieso voor vergoeding in aanmerking komt nu volksgezondheid in het bijzonder ziet op individuele personen, hun lijf en hun leden. Deze invulling zou aansluiten bij het Duitse recht (nr. 193) en het Engelse recht (nr. 194).

verboden prestatie ook sprake is van nietigheid op basis van strijd met de openbare orde, volgens de Hoge Raad onder meer van belang is welke belangen met de regel worden beschermd. De weging van dit gezichtspunt vereist eveneens uitleg van EU-recht, Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 4. Zie nader, nr. 172.

¹⁸³¹ Hof 's-Gravenhage 27 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AP0273, *BIE* 2004/37, r.o. 23.

¹⁸³² Vgl. meer in het algemeen over *Schmitt* zonder de koppeling aan de fasen van Lankhorst, Verbruggen & Van Leeuwen 2018, p. 401.

¹⁸³³ Zie ook Den Hollander 2016, p. 323 die hier zo’n aanwijzing in ziet, doch eerder juist tegen het afleiden van individuele belangen uit algemene belangen lijkt te pleiten. Zie navolgende noot. Zie kritisch over deze aanpak: Concl. A-G Hartlief, 6 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1095, sub 3.18-3.19.

¹⁸³⁴ Volgens Den Hollander 2016, p. 172 impliceert het oordeel van de Hoge Raad in *Pharmacia/Cosmétique* dat ‘de WGV uitsluitend (‘slechts’) het als algemeen belang aan te merken belang van de volksgezondheid beoogt te beschermen en dus geen enkel ander belang, waaronder welke individuele vermogensbelangen dan ook.’ Hij verwijst daarbij naar Concl. A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, onder 3.6. Dat zou betekenen dat individuele patiënten evenmin vermogensrechtelijke bescherming aan de WVG kunnen ontlenen. Ik vind dat persoonlijk een te rigide interpretatie van het oordeel in kwestie en te rigide toepassing van het relativiteitsvereiste in het algemeen. In dat geval zou relativiteit bij wettelijke normen zelden tot nooit aanwezig zijn.

Letselschade en schade aan andere zaken vallen in die rechtsstelsels onder het beschermingsbereik van de nationale implementatiebepalingen van het productveiligheidsrecht. Uit 'eerlijke concurrentie' kan het individuele belang van concurrenten worden afgeleid. Het doel van 'eerlijkheid in de handel' uit de Warenwet zou een aanwijzing kunnen vormen aan de hand waarvan de rechtsbescherming van andere partijen in de handelsketen die niet met elkaar concurreren kan worden gefaciliteerd, voor zover zo'n aanwijzing in de Europese instrumenten ontbreekt. Zie voor verdere argumenten die pleiten voor het bieden van privaatrechtelijke rechtsbescherming nr. 241 en de slotbeschouwing nr. 285.

Het afleiden van de bescherming van individuele belangen uit algemene belangen zou ook aansluiten bij de lijn die de Hoge Raad in 2018 heeft ingezet in een arrest over lidstaataansprakelijkheid voor gebrekkige implementatie van EU-richtlijnen. In dat soort zaken is – anders dan in de hier centraal staande rechtsverhoudingen – sprake van samenloop van een Europese en een nationale grondslag voor schadevergoeding. Het Europese relativiteitscriterium en het nationale relativiteitscriterium zijn in die gevallen in beginsel naast elkaar van toepassing.¹⁸³⁵ De Hoge Raad kiest in dat arrest desalniettemin voor één geïntegreerd criterium. Voor de aanwezigheid van relativiteit is volgens de Hoge Raad nodig dat 'de niet-tijdig of onjuist omgezette EU-richtlijn mede strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de gedupeerden, althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen dat de schade die is ontstaan als gevolg van niet-tijdige of onjuiste omzetting, valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn.'¹⁸³⁶ Deze laatste zinsnede biedt de ruimte om uit algemene belangen de bescherming van individuele belangen af te leiden.¹⁸³⁷ Ik betoog art. 6:163 BW buiten samenloop en in zuiver horizontale verhoudingen die ruimte ook zou moeten bieden.

Hartkamp meent dat na *Muñoz* het aannemelijk is dat 'particulieren' naar Nederlands recht behalve een verbod ook vergoeding van geleden schade kunnen vorderen, omdat het vorderen van een verbod naar nationaal recht verbonden is aan het (dreigende) bestaan van een onrechtmatige daad.¹⁸³⁸ Deze opmerking moet worden genuanceerd aangezien het de vraag is of iedere particulier deze mogelijkheid moet worden geboden. Bovendien vereist

¹⁸³⁵ Op EU-niveau staat bij die toets het toekennen van rechten centraal, op nationaal niveau gaat het primair om het bepalen van het personele en zakelijke beschermingsbereik. Vgl. verder hoofdstuk 3, nr. 81 onder verwijzing naar Dougan 2017, p. 146 en 147, mede over de discussie ten aanzien van de vraag op de toets of rechten worden toegekend in horizontale verhoudingen hetzelfde is als onder het vereiste van lidstaataansprakelijkheid.

¹⁸³⁶ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, *NJ* 2020/40, m.nt. Jac. Hijma, r.o. . Vgl. ook Concl. A-G Wissink, onder 4.9.1.

¹⁸³⁷ Vgl. ook Hijma onder nr. 11 van zijn noot onder verwijzing naar het arrest HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11 (*Jutta Leth*), r.o. 34 en 36, op grond waarvan hij spreekt van een primaire en secundaire beschermingskring van gerechtigden van een richtlijn. De Hoge Raad lijkt, aldus Hijma, deze laatste kring nu te omarmen.

¹⁸³⁸ *Asser/Hartkamp 3-I* 2018//197 onder verwijzing naar Tridimas 2006, p. 545 e.v.

het relativiteitsvereiste bij schadevergoeding ex art. 6:163 BW niet alleen dat het geschonden belang door de regel wordt beschermd, doch ook dat de regel beschermt tegen de geleden schade.

Het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste heeft een andere functie. Het wordt gebruikt ter beantwoording van de vraag wie een besluit kan aanvechten. Het wordt dus niet per definitie hetzelfde ingevuld als het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in het kader van de bestuursrechtelijke relativiteit ex art. 8:69a Awb inmiddels heeft aangenomen dat art. 46 Gmw en art. 42 lid 6 Gmw, over vergunningen voor geneesmiddelen, tevens strekken tot de bescherming van de belangen van concurrenten.¹⁸³⁹ Opvallend is dat de Afdeling relativiteit afleidt uit de strekking tot bevorderen van de goede werking van de interne markt, als genoemd in de algemene doelstellingen van de nieuwe geneesmiddelenrichtlijn.¹⁸⁴⁰ Dit is een veel soepelere relativiteitstoets dan in *Pharmacia/Cosmétique*. Voor relativiteit in relatie tot schadevergoeding lijkt de Hoge Raad hogere eisen te stellen.

De Afdeling gebruikt voorts een beoordelingskader uit een eerder arrest,¹⁸⁴¹ waarin de *Van Schijndel*-toets (vgl. nr. 93) in bestuursrechtelijke context valt te lezen, die mede analoog kan worden toegepast in het privaatrecht. Voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming vormt nationale procedurele autonomie en dus het nationale bestuurs(proces)recht het uitgangspunt. Indien uit de beoordelingen onder het nationale kader volgt dat appellant geen belanghebbende is of dat zijn beroepsgrond niet tot vernietiging kan leiden, kan worden bezien of deze toepassing van artikel 8:1 in samenhang gelezen

¹⁸³⁹ ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298, r.o. 19 t/m 21. Het sluit daarin aan bij ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2947, JB 2017/3, JGR 2017/5 m.nt. Lisman. Art. 46 Gmw: '1. Het College stelt een beoordelingsrapport op ten aanzien van het betreffende geneesmiddel en neemt een besluit over de aanvraag van de handelsvergunning, met inachtneming van de bij ministeriële regeling te stellen regels. 2. Indien de handelsvergunning wordt verleend, bevat deze tevens de goedkeuring van de samenvatting van productkenmerken. 3.(...). Artikel 42 6: 'Indien de aanvraag een geneesmiddel betreft: a. dat niet voldoet aan de definitie van generiek geneesmiddel, b. waarvan de biologische equivalentie niet door middel van wetenschappelijke studies inzake biologische beschikbaarheid kan worden aangetoond, c. waarvan de concentratie, de farmaceutische vorm of de wijze van toediening ten opzichte van die van het referentiegeneesmiddel wordt gewijzigd, of d. waarvan werkzame stoffen of therapeutische indicaties worden gewijzigd ten opzichte van het referentiegeneesmiddel, kan de aanvrager van de handelsvergunning wat betreft preklinische en klinische gegevens en bescheiden volstaan met het overleggen van de resultaten van preklinische of klinische proeven waarmee het verschil met die welke voor het desbetreffende referentiegeneesmiddel zijn overgelegd, wordt overbrugd.'

¹⁸⁴⁰ Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek). R.o. 20: 'Hieruit volgt dat artikel 42, zesde lid, van de Gmw naast het beschermen van de volksgezondheid ook de goede werking van de interne markt voor geneesmiddelen tot doel heeft. De goede werking van deze markt wordt bevorderd door het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden. Dat strekt tot bescherming van alle marktdeelnemers in de farmaceutische sector. Er bestaat derhalve geen grond voor het oordeel dat artikel 42, zesde lid, van de Gmw kennelijk niet strekt tot de bescherming van de belangen van een marktdeelnemer zoals Teva. Anders dan de rechtbank heeft overwogen staat het relativiteitsvereiste derhalve niet in de weg aan vernietiging van het besluit op bezwaar.'

¹⁸⁴¹ ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, NJB 2016/1193, BR 2016/53 met annotatie van M.Y.C.L. de Wit, JB 2016/124 met annotatie van L.J.M. Timmermans, JOM 2016/453, JOM 2016/1020 (Plan "Sporalloe"), overweging 13.3. Dit arrest is gewezen gelijktijdig met ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296, JB 2016/123 (Buitengebied Maartensdijk 2012).

met artikel 1:2 van de Awb en van artikel 8:69a van de Awb voldoet aan de vereisten van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming. De Afdeling zal die beoordeling conform haar eerdere rechtspraak in het licht van de jurisprudentie van het Hof slechts hoeven te verrichten voor zover de betrokken belanghebbende rechten kan ontlenen aan de ingeroepen Unieregeling.¹⁸⁴² Op een vergelijkbare wijze kan de relativiteit in privaatrechtelijke context in de hier onderzochte rechtsverhoudingen worden beoordeeld. De nationale rechter kan eerst bezien of die conform de nationale privaatrechtelijke strenge maatstaven aanwezig is. Ontbreekt relativiteit, dan kan het resultaat nog op doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming worden getoetst en kan er een mogelijke correctie plaatsvinden. In dat verband is van belang dat in buitencontractuele context mogelijk ook rechtsbescherming kan volgen via het ongeschreven recht, al dan niet met toepassing van de correctie-Langemeijer (nr. 206).

205 Soorten schade: principiële keuzes

Wordt een beschermd belang aanwezig geacht, dan vallen voor wat betreft de soorten schade waarvoor relativiteit aanwezig is en de wijzen van ontstaan ervan nog wat interessante keuzes te maken. Denkbaar is dat niet alle soorten schade van concurrenten of andere marktdeelnemers voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁸⁴³ Hijma werpt in zijn noot bij Duwbak Linda een belangrijk vraag op over het onderscheid qua typen schade:

‘De vraag dringt zich op, of in geval van personenschade (letsel, overlijden) anders moet worden geoordeeld. Stel dat Van Hasselt door het kapseizen van de Linda persoonlijk gewond zou zijn geraakt, zou een vordering tot vergoeding van letselschade dan ook op de relativiteit zijn vastgelopen? Voor een verschil in bejegening pleit, dat personenschade in ons recht een hogere status heeft dan andere schadesoorten en in diverse opzichten eerder voor vergoeding in aanmerking komt. De wens tot een doelmatige slachtofferbescherming heeft op dit terrein tot soms spectaculaire resultaten geleid (verkeersaansprakelijkheid, verjaring e.a.). Toch ben ik tot het andere antwoord geneigd: zaakschade en personenschade zijn hier over één relativiteitskam te scheren.’

¹⁸⁴² De Afdeling sluit daarvoor aan bij de uitspraak van 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, overweging 13.3.

¹⁸⁴³ Vgl. in zekere zin de verticale situatie in de zaak, HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11 (*Jutta Leth*), r.o. 46-48, waarin het Hof over EU-lidstaatsaansprakelijkheid voor het ontbreken van een milieueffectbeoordeling oordeelde dat vermogensschade van omwonenden van i.c. een vliegveld onder de beschermingsdoelstelling van die richtlijn valt voor zover deze schade het rechtstreekse economische gevolg van de milieueffecten van een openbaar of particulier project is. Echter, volgens het Hof verleent de omstandigheid dat in strijd met de vereisten van deze richtlijn geen milieueffectbeoordeling werd uitgevoerd, particulieren in beginsel niet als zodanig recht op vergoeding van zuivere vermogensschade die voortvloeit uit de waardevermindering van hun onroerende zaken als gevolg van de milieueffecten van dit project. Het is volgens het Hof aan de nationale rechter om na te gaan of is voldaan aan de Unierechtelijke vereisten voor het recht op schadevergoeding, met name het bestaan van een rechtstreeks causaal verband tussen de aangevoerde schending en de geleden schade.

Doordat de Hoge Raad in *Duwbak Linda* een beschermd belang niet aanwezig achtte, deed een onderscheid in soorten schade er niet toe.¹⁸⁴⁴ Het onderscheid zou echter wel relevant kunnen zijn bij belangen die vallen binnen het beschermingsbereik van andere geschonden normen. Voor wat betreft de schadeposten zou kunnen worden gedifferentieerd tussen (in volgorde van afnemend normatief gewicht): de vergoeding van letselschade, zaakschade en andere vermogensschade. Volgen we deze differentiëring, dan lijkt de relativiteit van productnormen in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht met name snel te kunnen worden aangenomen bij zaak- en personenschade, maar minder snel in gevallen van *pure economic loss* (Vgl. nr. 241 en nr. 285).¹⁸⁴⁵

206 Correctie-Langemeijer

Voor de schending van wettelijke normen geldt dat de Hoge Raad in het *Tandarts*-arrest de toepassing van de correctie-Langemeijer heeft erkend. Deze correctie impliceert dat onder omstandigheden schending van een wettelijke norm die wegens gebrek aan relativiteit niet tot schadevergoeding kan leiden, een factor kan zijn die kan bijdragen aan het oordeel dat een ongeschreven norm is geschonden. In dat kader dient te worden beoordeeld:

'(...) of, gelet op de betekenis die de overtreding van de betrokken wetsbepaling heeft in het gegeven samenstel van feiten dat tot de benadeling leidt, en gelet mede op de bijzondere omstandigheden die het geval kenmerken, aan dengeen die zich aan de wetsovertreding schuldig maakt, met het oog op de voor hem voorzienbare gevolgen van zijn handelwijze voor anderen, wier belangen daardoor worden aangetast, door die anderen van zijn met de wet strijdig handelen als te hunnen opzichte maatschappelijk onbehoorlijk een verwijt kan worden gemaakt.'¹⁸⁴⁶

De correctie kan bij schending van de verplichtingen uit hoofdstuk 2 in combinatie met producteisen worden gebruikt om een doeltreffende toepassing van EU-recht te bevorderen of alsnog effectieve rechtsbescherming te bewerkstelligen.¹⁸⁴⁷ Zoals we hierna zullen zien in de rechtspraak kan de schending van een geharmoniseerde norm of een andere normalisatienorm op vergelijkbare wijze resulteren in een 'extra argument' voor onrechtmatigheid. De correctie-Langemeijer hoeft evenwel niet altijd te worden gehonoreerd, waardoor rechtsbescherming kan uitblijven. Zo werd de correctie in

¹⁸⁴⁴ Hijma vervolgt onder 8 van zijn noot bij HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*): 'De Hoge Raad maakt de correcte keuring in wezen tot een interne eis, die zijn plaats heeft binnen de muren van de certificeringsprocedure; zie rov. 3.4.3. Degenen die zich buiten die muren bevinden, zoals van Hasselt, kunnen zich niet op (fouten bij) dat onderzoek beroepen. Dat het voorvallen van letsel deze buitenstaanderstatus ecarteert, is niet aannemelijk. Aldus bezien is het per saldo het in par. 3 sub a genoemde aspect van de relativiteit — wie? — dat het pleit beslecht.'

¹⁸⁴⁵ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.2.2.1 onder verwijzing naar o.a. Van Maanen & Lindenberg 2015, p. nr. 63 en Di Bella AV&S 2013/2.

¹⁸⁴⁶ HR 17 januari 1958, NJ 1961/568 (*Beukers/Dorenbos, Tandartsen*).

¹⁸⁴⁷ Vgl. in de context van MIDIF I en II ook Wallinga 2018, p. 278.

Pharmacia/Cosmétique door het hof wel, maar in *Astrazeneca/Menzis* door het hof niet toegepast.¹⁸⁴⁸ Uiteindelijk is het slagen van een beroep erop afhankelijk van de aanwezigheid van de relativiteit van de geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

7.3.1.5 Nederlands recht – Toerekenbaarheid

207 Toerekenbaarheid en strijd met de wet

Het Nederlandse recht vereist bij een schending van een wettelijke plicht toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW) als additioneel vereiste voor schadevergoeding ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW. Het Nederlandse recht kent geen harde regel waaruit volgt dat een schending van een wettelijke plicht per definitie toerekenbaar is, zoals onder het Engelse recht.

In sommige wettelijke plichten zitten schuldelementen verdisconteerd, waardoor bij een gebrek aan schuld in relatie tot de schending van productnormen geen sprake is van een wetschending, zoals bijvoorbeeld in de geschreven zorgplicht voor de distributeur of art. 18 Warenwet (nr. 67 respectievelijk nr. 74). Dat impliceert tevens dat bij schending van een dergelijk voorschrift de toerekenbaarheid veelal direct is gegeven.¹⁸⁴⁹ In art. 2 sub 2 onder ii RAPV wordt de importeur met de producent gelijkgesteld (nr. 193). In diens verplichtingen ontbreekt echter een schuldelement. De toerekenbaarheid bij schending van dit soort wettelijke plichten kan naar Nederlands recht evenwel volgen uit de verkeersopvatting. In welke gevallen uit hoofde van verkeersopvatting wordt toegerekend, vormt een normatieve keuze van de nationale rechter.¹⁸⁵⁰ In essentie vormt dit mede een relativiteitsvraag: hebben deze plichten de strekking bij schending ervan mede de belangen van consumenten en andere marktdeelnemers te beschermen en te resulteren in een vordering tot schadevergoeding zonder dat daarvoor nadere toerekenbaarheid is vereist? Zie voor het beschermde belang en de schade, alsmede voor argumenten die mede voor deze normatieve keuze van belang kunnen zijn, de slotbeschouwing, nr. 285.

208 Schuld: andere factoren zoals de CE-markering

Het moge duidelijk zijn dat het verhandelen van producten waarop een CE-markering ontbreekt, terwijl deze uit hoofde van het productveiligheidsrecht

¹⁸⁴⁸ HR 10 november 2006, LJN: AY9317, RvdW 2006/1058, NJ 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*), r.o. 3.5.5: *‘Deze opvatting [toevoeging: van het hof dat de correctie-Langemeijer niet meebrengt dat het relativiteitsvereiste opzij kan worden gezet] is juist omdat de genoemde correctie daarin bestaat dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade.’*

¹⁸⁴⁹ Vgl. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 9.1.6 (actueel t/m 08-03-2019).

¹⁸⁵⁰ In beginsel geldt in delictuele context een terughoudende benadering bij toerekening krachtens verkeersopvatting, Eindverslag I, Parl. Gesch. BW Boek 6, 1981, p. 628. Zie voor gevalstypen waarmee wellicht kan worden vergeleken, zoals technische gebreken in zaken die veelal voor rekening van professionele gebruikers, maar niet van privégebruikers van het product worden gebracht, Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant.11.3.2 (actueel t/m 08-03-2019).

aanwezig moet zijn, al snel maakt dat sprake is van schuld, omdat eventuele schade als gevolg van het niet voldoen aan Europese productnormen voor een importeur of distributeur dan veelal verwijtbaar en vermijdbaar was door de aanwezigheid van de markering te controleren. Daarbij draagt de plicht onder het productveiligheidsrecht tot het controleren van de CE-markering voor de importeur bij aan het bewijs van de toerekenbaarheid. Bij massadistributie en *fulfilment* – waarbij de producten niet altijd zichtbaar zijn – mag die conclusie niet zo makkelijk worden getrokken mede nu voor distributeurs een geschreven controleplicht van de CE-markering ontbreekt. Vanaf 2021 bestaat echter voor fulfilmentdienstverleners een controleplicht uit hoofde van de Nieuwe Verordening Marktoezicht (nr. 65).

Is wel een CE-markering aanwezig, dan hangt het af van de overige omstandigheden van het geval of de importeur of distributeur met controle van de aanwezigheid van die markering kan en mag volstaan (§ 7.3.2.4).¹⁸⁵¹

209 Verkeersopvatting: rechtsdwaling

Een onrechtmatige daad die is begaan wegens een dwaling omtrent het objectieve recht (rechtsdwaling) is in beginsel toerekenbaar aan de persoon die onrechtmatig handelt. Een verweer inhoudende dat de schending van een producteis niet als onrechtmatige daad kan worden toegerekend omdat de inhoud van de eis aan de pleger onbekend was, zal in beginsel niet slagen.¹⁸⁵²

Hierop bestaan evenwel uitzonderingen. Zo kan een schending van een wetsvoorschrift dat niet behoorlijk bekend is gemaakt, niet aan de dader worden toegerekend.¹⁸⁵³ Essentiële eisen worden behoorlijk bekendgemaakt; indien zij zijn vervat in verordeningen worden zij gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie. Indien zij vanuit een richtlijn in nationale algemeen verbindende voorschriften worden omgezet, dan worden ze gepubliceerd in het Staatsblad of de Staatscourant. Dat het in de praktijk vanwege de meergelaagdheid geen sinecure is om volledig in beeld te krijgen welke regels op een product van toepassing zijn, zou aan toerekening in beginsel niet in de weg moeten staan. Dit laat onverlet dat zowel de Nederlandse als Europese wetgever nog het nodige kunnen en moeten doen om de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van de toepasselijke regels te verbeteren (nr. 281).

¹⁸⁵¹ Onder het voedselveiligheidsrecht bestaan wel vergaande controleplichten voor distributeurs, doch ook die zijn niet absoluut, vgl. het gehoorde AVAS-verweer in de strafzaak HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, NJ 1993/476 (SR).

¹⁸⁵² Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 11.4.4,1 (actueel t/m 08-03-2019) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/109 onder verwijzing naar HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Perron (*Bosman/mr. G.*).

¹⁸⁵³ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 11.4.4.2 (actueel t/m 08-03-2019) mede onder verwijzing naar Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies) die de verschoonbare rechtsdwaling als belangrijk sluitstuk zien (nr. 3), dat op zou kunnen gaan daar waar de kenbaarheid van het recht problematisch is, bijvoorbeeld vanwege (i) complexiteit, (ii) onduidelijkheid of (iii) veranderlijkheid van het recht (nr. 4). Zij concluderen over de rechtsdwaling (nr. 50 e.v.) dat indien de rechtzoekende onvoldoende zekerheid kan ontlenen aan het recht om zijn gedrag daarop af te stemmen, de daaruit voortvloeiende rechtsdwaling verschoonbaar is en niet voor risico van de dwalende dient te komen (nr. 55).

Van geharmoniseerde normen wordt echter alleen een verwijzing in het Publicatieblad c.q. het Staatsblad gepubliceerd. Staat het ontbreken van integrale kosteloze publicatie van normen in uitzonderlijke omstandigheden aan toerekening van de onrechtmatige daad in de weg?¹⁸⁵⁴ Te denken valt aan een zeer kleine importeur die onder de RAPV met de producent gelijk wordt gesteld, die de plicht heeft alleen veilige producten op de markt te brengen en die vertrouwt op de conformiteitsbeoordelingen en toezeggingen van de Chinese fabrikant over het naleven van geharmoniseerde normen. Kan hem een schending van geharmoniseerde normen worden verweten of naar verkeersopvatting worden toegerekend? Strijd met de wet kan in zo'n geval gelaagd worden geconstrueerd in de zin dat schending van een geharmoniseerde norm een vermoeden rechtvaardigt van onrechtmatigheid. Mijn inschatting is dat de strijd met de wet die aan de hand van de schending van geharmoniseerde normen gelaagd zou kunnen geconstrueerd veelal op grond van verkeersopvatting toerekenbaar zal zijn, mede vanwege het gevaarzettings- en profijtbeginsel. Dit geldt temeer nu de Hoge Raad in *Knooble/Staat* impliciet heeft geoordeeld dat kenbaarheid voldoende is gegarandeerd (nr. 123). Los daarvan pleit ik als gezegd voor kosteloze publicatie van die normen (nr. 126). Overigens is voor een ver- of gebod geen toerekenbaarheid vereist.

7.3.2 Strijd met het ongeschreven recht

7.3.2.1 Duits recht

210 Zorgplichten naar Duits recht¹⁸⁵⁵

De meeste Duitse rechtspraak waarin wettelijke normen en normalisatienormen – in Duitsland bekend als DIN-normen – een rol spelen, betreft de invulling of concretisering van zogeheten *Verkehrssicherungspflichten*. Daarbinnen worden wettelijke normen en in de regel ook normalisatienormen beschouwd als minimumnormen.¹⁸⁵⁶ *Verkehrssicherungspflichten* worden geconstrueerd als vorm van inbreuk op

¹⁸⁵⁴ Vgl. Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies), hoofdstuk 2, paragraaf 13: *‘Kenbaarheid en bekendheid zijn alleen een probleem als het recht werkelijk onhanteerbaar wordt. Het gaat er vooral om dat het recht kenbaar is (en bekend) wanneer het nodig is. Een burger hoeft bijvoorbeeld niet alle op auto’s van toepassing zijnde regels te kennen, maar wel dient hij op de hoogte te zijn van zekere regelgeving als hij daadwerkelijk wil gaan autorijden. Anders gezegd: een belangrijk deel van regelgeving is slechts in specifieke domeinen of rollen relevant, en het mag verwacht worden dat diegene die zich binnen de reikwijdte van die regels begeeft, zich voor zover nodig daar ook in zal verdiepen. Dit veronderstelt overigens wel dat een gewone burger voldoende zal beseffen of begrijpen dat hij een zodanig afgezonderd domein betreedt, en dat de desbetreffende regels dan ook met redelijke inspanningen zijn te achterhalen en doorgronden.’*

¹⁸⁵⁵ Zie voor oudere jurisprudentie en een analyse daarvan Snijders 1987, p. 175 alsmede Stuurman 1995, p. 272 e.v. Voor de analyse in dit onderzoek is mede recente rechtspraak bekeken en verwerkt.

¹⁸⁵⁶ MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 444, 447 en 815; BGH 12.11.1996, VI ZR 270/95, NJW 1997, 382 en 582 (*Verdronken kind op bouwplaats*), zoals ook aangehaald door Spindler 2009, p. 243. Brüggemeier 2006, p. 411 onder verwijzing naar andere rechtspraak. Zie voor productaansprakelijkheid buiten de richtlijn BGH 07.10.1986 - VI ZR 187/85 (Stuttgart) NJW 1987, 372, (373) (*Verzinkungsspray*), waarin geen *regulatory compliance*-verweer werd gehonoreerd.

bepaalde subjectieve rechten (§ 823 lid 1 BGB), nu in Duitsland een separate wettelijke categorie als strijd met de maatschappelijke betamelijkheid ontbreekt.¹⁸⁵⁷ *Verkehrssicherungspflichten* zijn bijzondere *Sorgfaltspflichten* (vgl. zorgplichten) die de strekking hebben niet onrechtmatig gevaren in het leven te roepen.¹⁸⁵⁸ Daarmee is een deel van de jurisprudentie qua casuïstiek vergelijkbaar met de Nederlandse onrechtmatige gevaarzettingsjurisprudentie.¹⁸⁵⁹ *Verkehrssicherungspflichten* zien op de privaatrechtelijke normering van gedrag aan de hand van objectieve maatstaven en vragen ook in Duitsland een zelfstandig oordeel van de civiele rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval,¹⁸⁶⁰ waaronder de concrete (rechts)verhouding en hoedanigheid van partijen. Toerekenbaarheid is vereist, maar net als in Nederland valt beantwoording van de toerekeningsvraag (*Verschulden*) vaak samen met de beoordeling van de schending van de zorgplicht, nu die aan de hand van dezelfde omstandigheden plaatsvindt.¹⁸⁶¹ Bij schending van een *Verkehrssicherungspflicht* wordt alleen schade aan de eerdergenoemde *geschützten Rechtsgüter*¹⁸⁶² en daaruit voortvloeiende gevolgschade vergoed. Zuivere vermogensschade die niet uit schade aan zaken of letselschade voortvloeit, komt in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking.¹⁸⁶³ Het Bundesgerichtshof heeft in de jurisprudentie *das Recht am Gewerbebetrieb* als recht in de zin van § 823 I BGB erkend op grond waarvan bijvoorbeeld schade als gevolg van het uitvallen van een bedrijf wegens kabelschade bij een derde onder zeer uitzonderlijke omstandigheden voor vergoeding in aanmerking komt. De eisen hiervoor zijn bijzonder hoog.¹⁸⁶⁴ Deze constructie is door het Bundesgerichtshof eens toegestaan voor economische schade als gevolg van een overstroming van een bouwterrein vanwege pompuitval door een gebrek in een bouwstroomverdelers, doch moet als zeer uitzonderlijk worden beschouwd.¹⁸⁶⁵ In de context van

¹⁸⁵⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/46.2; Van Dam 2013, p. 252.

¹⁸⁵⁸ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 23, Rn. 6).

¹⁸⁵⁹ Niet te verwarren met *Gefährdungshaftung* (zijnde de kwalitatieve aansprakelijkheden naar Duits recht).

¹⁸⁶⁰ BGH 29.11.1983, VI ZR 137/82, NJW 1984, p. 801 en 802 (*Schade toeschouwer ijshockey wedstrijd*); Sniijders 1987, p. 179; Vieweg 2011, p. 372 onder verwijzing naar o.m. BGH 3.6.2008, VI ZR 223/07, NJW 2008, 3775 (*Trampoline ongeval*).

¹⁸⁶¹ Zie § 276 Abs. 2 BGB: *'Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt'*. Zie uitvoerig Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 28 Rn. 1-12), zoals ook aangehaald door Hermes 2009, p. 15-16.

¹⁸⁶² Zijnde *Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum* en *Sonstige Rechte*.

¹⁸⁶³ Hermes 2009, p. 17; Staudinger/Hager (2009) BGB § 823, Rn. F2; Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 138). *Pure economic loss* – dat wil zeggen vermogensschade die niet voortvloeit uit zaakschade – komt in Duitsland alleen in uitzonderlijke gevallen voor vergoeding in aanmerking: Van Dam 2013, p. 211-212; Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 136).

¹⁸⁶⁴ Het moet gaan om *'unmittelbare Eingriffe in den gewerblichen Tätigkeitskreis'*. *'Sie müssen das Integritätsinteresse beeinträchtigen, vor allem aber 'betriebsbezogen' sein und nicht nur solche Rechtsgüter oder Rechte betreffen, die vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbar sind. In Betracht kommen nur solche Beeinträchtigungen, die den Betrieb in seinen Grundlagen bedrohen oder gerade den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufheben'*, Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 136)

¹⁸⁶⁵ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 137) onder verwijzing naar BGH 24.04.1990 - VI ZR 358/89 (Karlsruhe), NJW 1992, 41 (*Baustromverteiler*).

productveiligheid zou § 826 BGB nog van belang kunnen zijn, dat ziet op schade die opzettelijk is toegebracht, doch producteisen zijn voor deze privaatrechtelijke gedragsnorm niet van bijzondere betekenis, reden waarom deze rechtsgrond niet nader wordt behandeld.

De heersende leer neemt wel invloed van regulering aan op *Verkehrssicherungspflichten*, doch neemt autonome normstelling door het privaatrecht tot uitgangspunt.¹⁸⁶⁶ Wagner noemt als redenen hiervoor het verschil in functie tussen publiek- (algemene normen) en privaatrecht (individuele normen aan de hand van omstandigheden van het geval, zijnde complementair aan het publiekrecht).¹⁸⁶⁷ Een andere opvatting zou volgens hem vragen om een rol van de Staat die hij feitelijk niet zou kunnen vervullen. Volgens hem kan een deel van de regulering juist aan de markt worden gelaten vanwege de zelfstandige regulerende functie van het privaatrecht (vgl. de vangnetfunctie, hoofdstuk 5).¹⁸⁶⁸ Uitzondering – en klaarblijkelijk wat meer van de oude school – zijn auteurs die pleiten voor meer coherentie. Zij nemen tot uitgangspunt dat publiekrechtelijke veiligheidsnormen in beginsel een juist veiligheidsniveau bieden. Nu beide rechtsgebieden een gemeenschappelijk doel dienen, namelijk de veiligheid, zou het productveiligheidsrecht in beginsel ook in het privaatrecht de noodzakelijke maatregelen dicteren voor de controle van risico's.¹⁸⁶⁹ Ik schaar mij bij de eerste groep auteurs (zie eerder hoofdstuk 5).

211 Duitse kennis- c.q. veiligheidsniveaus

De vertaalslag van wettelijke eis of normalisatienorm naar privaatrechtelijke gedragsnorm c.q. zorgplicht vindt veelal plaats via het door een private partij in acht te nemen veiligheidsniveau dat in Duitsland in drie categorieën kan worden ingedeeld (hier weergegeven in volgorde van laag naar hoog): '*anerkannte Regeln der Technik*', '*Stand der Technik*' en '*Stand von Wissenschaft und Technik*'.¹⁸⁷⁰ Hoewel de invulling van deze begrippen natuurlijk ook aan interpretatie onderhevig is en voor discussie vatbaar is, wordt het hanteren van de indeling desalniettemin als behulpzaam gezien bij de nadere concretisering van wat van een partij mag worden verwacht.¹⁸⁷¹ De *anerkannte Regeln der Technik* zijn normen of regels die binnen een kring van betrokken professionals bekend zijn, daarbinnen zijn ingeburgerd en als juist

¹⁸⁶⁶ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 28 Rn. 11), met in noot 11 nadere opvattingen.

¹⁸⁶⁷ Vgl. ook Hermes 2009, p. 150.

¹⁸⁶⁸ MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 445 en aldaar genoemde literatuur.

¹⁸⁶⁹ Staudinger/Hager (2009) BGB § 823, Rn. E 34 tevens erkennende dat dit een minderheidsopvatting is, onder verwijzing naar Marburger 1983, p. 597 en 602 (deze laatste niet kunnen raadplegen) en BGH 15.7.2003 - VI ZR 155/02 (OLG Frankfurt a.M.) NJW-RR 2003, 1459, 1460 (een zaak over gevaarzetting voor rondvliegend hout bij een houtzagerij). Zie ook Marburger 1979, p. 437.

¹⁸⁷⁰ Dit is een indeling die stamt uit het publiekrecht, BVerfG, Beschluss vom 8. 8. 1978 – 2 BvL 8/77; OVG NRW. In wetgeving werd door de Duitse wetgever wel expliciet naar deze categorieën verwezen. Zie voor een bespreking van de betekenis van deze categorieën voor het nationale productveiligheidsrecht in Duitsland Vieweg 2011, p. 363-365. Schut wijst in 1993 ook al op deze indeling onder verwijzing naar Marburger 1979. Zie ook Stuurman 1995, p. 273, Schepel 2005, p. 120 en 121 en Seibel 2013, p. 3003.

¹⁸⁷¹ Vieweg 2011, p. 363.

worden beschouwd.¹⁸⁷² Ze zijn de heersende opvatting onder de beroepsgroep en zien op de aspecten waar zo goed als consensus over bestaat.¹⁸⁷³ De *Stand der Technik* daarentegen wordt bepaald door de nieuwste technische ontwikkelingen. Om dit niveau vast te stellen, moet de rechter zich verdiepen in de discussies tussen technici ter bepaling van wat technisch ‘*notwendig, geeignet, angemessen und vermeidbar sei*’.¹⁸⁷⁴ De *Stand von Wissenschaft und Technik* vormt in beginsel het hoogste kennisniveau aangezien dit de laatste wetenschappelijke kennis en ontwikkelingen tot uitgangspunt neemt. Dit begrip wordt in het Duitse delictuele recht zelfstandig ingevuld ten opzichte van het *development risk defence* onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid (vgl. nr. 179), aangezien in Duitsland de wetenschappelijke opvatting van de *meerderheid* van de professionals tot uitgangspunt wordt genomen. De individuele autoriteit van die professionals kan daarbij wel worden meegewogen.¹⁸⁷⁵

212 Anerkannte Regeln der Technik

In Duitsland is de rol van DIN-normen bij het Bundesgerichtshof meermaals aan de orde geweest. Zij worden niet als rechtsnormen gezien, maar als technische normen met ‘*Empfehlungscharakter*’,¹⁸⁷⁶ ook wel bekend als *Technische Regelwerke*.¹⁸⁷⁷ De beperkte toegankelijkheid van dergelijke normen – namelijk tegen betaling – lijkt in de praktijk geen argument om ze niet te gebruiken in private geschillen.¹⁸⁷⁸ Sterker nog; omdat het Europese en nationale productveiligheidsrecht uitdrukkelijk naar geharmoniseerde normen respectievelijk andere normalisatienormen verwijzen, worden deze normen volgens Foerste in de praktijk grotendeels als rechtsnormen gebruikt.¹⁸⁷⁹

¹⁸⁷² Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 24, Rn. 22).

¹⁸⁷³ Vieweg 2011, p. 364; Seibel 2013, p. 3000-3003.

¹⁸⁷⁴ Vieweg 2011, p. 364.

¹⁸⁷⁵ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. p. 389 (§ 24, Rn. 24-25).

¹⁸⁷⁶ BGH 10.03.1987, VI ZR 144/86, NJW 1987/36, p. 2222 en 2223 (*Warentest composthachmaschinen*), r.o 16. BGH 14.05.1998, VII ZR 184/97, NJW 1998, p. 2814 en 2815 (*Geluidsoverlast aangekochte woningen*), r.o. 3: ,a) Die DIN-Normen sind keine Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter (...). Das Berufungsgericht entnimmt die Mangelfreiheit ohne weiteres einer DIN-Norm. Es legt damit DIN-Normen eine ihnen nicht zustehende Rechtsnormqualität bei. b) Auch die Frage, was unter anerkannter Regel der Technik zu verstehen ist, beurteilt das Berufungsgericht ebenso unzutreffend wie schon der Sachverständige F. überwiegend danach, welche DIN-Norm aktuell ist. Maßgebend ist nicht, welche DIN-Norm gilt, sondern ob die Bauausführung zur Zeit der Abnahme den anerkannten Regeln der Technik entspricht. DIN-Normen können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben (...).’ Het arrest is ook aangehaald door Spindler 2009, p. 249 en Beckers 2015, p. 181. Wagner spreekt van nuttige gezichtspunten, MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 447

¹⁸⁷⁷ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 395 (§ 24, Rn. 40).

¹⁸⁷⁸ Kanttekening hierbij is wel dat slechts de eindarresten zijn bestudeerd en onduidelijk is in hoeverre dit argument in eerste en/of tweede aanleg onderdeel is geweest van het partijdebat. In de jaren 80 leken het Bundesgerichtshof en het Bundesverfassungsgericht om te zijn gegaan met betrekking tot auteursrechten en heffingen op standaarden waarnaar in wetten wordt verwezen, zie o.m. BGH 30.06.1983, GRUG 1984, p. 117-119 (*DIN*). Echter, in 2003 heeft de Duitse wetgever bij de implementatie van de nieuwe richtlijn een uitzondering opgenomen die maakte dat de normen toch tegen betaling beschikbaar kunnen worden gesteld. Zie hierover uitgebreid Van Gestel & Micklitz 2013, p. 169-172.

¹⁸⁷⁹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 395 (§ 24, Rn. 42); Brüggemeier 2006, p. 411.

Aangezien DIN-normen lang niet altijd op producten zien, maar allerlei onderwerpen kunnen beslaan, is in de rechtspraak een brede toepassing van dergelijke normen in verschillende privaatrechtelijke verhoudingen te zien. In zoverre maakt het niet uit of het nu gaat om een wettelijke eis of om normalisatienormen: dezelfde inhoudelijke gezichtspunten zijn relevant om te beoordelen hoeveel betekenis aan een geschreven norm toekomt bij de invulling van het ongeschreven recht. Als gezegd raakt het verschil dat tussen beide bestaat op het punt van binding in de privaatrechtelijke praktijk meer op de achtergrond.¹⁸⁸⁰ De belangrijkste gezichtspunten worden hierna besproken.

Normalisatienormen hebben blijkens de Duitse rechtspraak veelal veiligheid tot doel (vergelijk de Nederlandse kwalificatie als veiligheidsnorm) en worden in beginsel geacht voornoemde *anerkannte Regeln der Technik* weer te geven.¹⁸⁸¹ Hetzelfde geldt voor producteisen.¹⁸⁸² Zeker wanneer de norm al sinds lange tijd bestaat en haar waarde heeft bewezen.¹⁸⁸³ Schending ervan wijst dan in de richting van schending van een zorgplicht.¹⁸⁸⁴ Gaat het om een norm waarover internationaal minder consensus bestaat¹⁸⁸⁵ of om een nieuwe norm, dan wordt kritischer naar de betekenis van de norm gekeken en kan,

¹⁸⁸⁰ Zie ook Hermes 2009, p. 116.

¹⁸⁸¹ BGH 01.03.1988, VI ZR 190/87, NJW 1988, p. 2667 (*Ongeval glijbaan*), r.o. II, 1, b): '*Auch wenn es sich bei DIN-Normen nicht um mit Drittwirkung versehene Normen i. S. hoheitlicher Rechtsetzung, sondern um auf freiwillige Anwendung ausgerichtete Empfehlungen des „DIN Deutschen Instituts für Normung e. V.“ handelt (...), so spiegeln sie doch den Stand der für die betroffenen Kreise geltenden anerkannten Regeln der Technik wieder und sind somit zur Bestimmung des nach der Verkehrsauffassung zur Sicherheit Gebotenen in besonderer Weise geeignet (...).*' Vieweg 2011, p. 372. Foerste spreekt van een '*tatsächliche Vermutung*' dat normalisatienormen *anerkannte Regeln der Technik* zijn of zijn geworden, Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 396.

¹⁸⁸² Staudinger/Hager (2009) BGB § 823, F10. Zie deels anders Hermes 2009, p. 150, mede onder verwijzing naar Staudinger/Hager.

¹⁸⁸³ BGH 01.03.1988, VI ZR 190/87, NJW 1988, p. 2667 (*Ongeval glijbaan*), vervolg r.o. II, 1 b): '*Ob bei Einführung neuer DIN-Normen für eine Übergangszeit die bestehenden Einrichtungen ohne Veränderung weiterbetrieben werden dürfen, kann hier dahingestellt bleiben. Eine solche Anpassungszeit - ließe man sie zu - wäre jedenfalls, wie das BerGer. zu Recht festgestellt hat, längst verstrichen gewesen, als es mehr als acht Jahre nach Erlass der einschlägigen DIN- Norm zu dem Unfall kam.*' Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 397 onder verwijzing naar andere rechtspraak.

¹⁸⁸⁴ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 396. Spindler 2009, p. 250 onder verwijzing naar BGH 17.01.1984, VI ZR 35/85, VersR 11 1984, p. 270 en 271 (*Flachmeissel*).

¹⁸⁸⁵ BGH 29.11.1983, VI ZR 137/82, NJW 1984, p. 801 en 802 (*Schade toeschouwer ijshockey wedstrijd*), zoals besproken door Snijders 1987, p. 179-180 en Stuurman 1995, p. 275, en aangehaald door Schepel 2005, p. 346, waarin het ging om een toeschouwer op een tribune van een ijshockeyclub waar een plexiglasscherf ter afscherming van een deel van het veld ontbrak en een toeschouwer met de puck in het gezicht werd getroffen. De tribune voldeed aan DIN 18036 ("Hallen für Eissport" Teil 1. Nr. 8.1.4. 3), maar de club werd desalniettemin aansprakelijk geacht: '*Die Regeln der Technik, wie sie in den genannten Normen ihren Niederschlag finden können zwar zur Konkretisierung der Verkehrssicherungspflichten herangezogen werden und stellen oft, zumal sie von Experten-Kommissionen erarbeitet sind, einen brauchbaren Maßstab für die zu fordernde Sorgfalt dar (...). Jedoch bestimmen sie nicht stets das Äußerste, was im Einzelfall verlangt werden kann, sondern sind ergänzungsbedürftig und entlassen den Richter nicht aus der Pflicht, das Integritätsinteresse des potentiellen Geschädigten selbst zu bewerten (...). Dies gilt insbesondere, wenn die Regeln, wie hier beim Eishockey, unterschiedliche Anforderungen für die Spiele auf nationaler und internationaler Ebene aufstellen. Daß sich der Sorgfaltsmaßstab nicht stets nach dem richtet, was "üblich" ist, sofern die Üblichkeit nicht den Sicherheitserwartungen besonnener und gewissenhafter Beurteilung entspricht, ist ständige Rechtsprechung (...).*'

ook al heeft een partij de norm gevolgd, toch sprake zijn van schending van een zorgplicht op grond van de overige omstandigheden van het geval.¹⁸⁸⁶ Een rechter kan menen dat een normalisatienorm ongeschikt is, omdat deze verouderd is¹⁸⁸⁷ of te zeer in het belang van de industrie is opgesteld, dan wel omdat een normalisatienorm niet alle scenario's dekt die gevaar kunnen opleveren voor derden.¹⁸⁸⁸ Het compromiskarakter van de productnorm, de aard van het concrete risico in verhouding tot wat de productnorm al dan niet regelt en de bijzondere kennis die een marktdeelnemer bezit of waarvan dergelijke kennis mag worden verwacht, worden in de literatuur en jurisprudentie genoemd als omstandigheden die kunnen maken dat de zorgplicht toch niet een-op-een met een productnorm kan en mag worden ingevuld.¹⁸⁸⁹ Bij concurrerende normen dient te worden onderzocht welke van de normen de *anerkannte Regeln der Technik* weergeeft.¹⁸⁹⁰

213 Zorgplicht producent en producteisen, geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen

In Duitsland is niet uitdrukkelijk sprake van reflexwerking van de Richtlijn Productaansprakelijkheid op het nationale recht. Eerder is het omgekeerde het geval. Omdat het Europese gebrekkigheidsvereiste als *unbestimmter Rechtsbegriff* wordt aangemerkt, blijft de nationale theorievorming onder het nationale delictuele recht over gebrekkigheid tot op de dag van vandaag relevant indien de geïmplementeerde richtlijn wordt toegepast.¹⁸⁹¹ Van het productveiligheidsrecht wordt wel aangenomen dat het invloed heeft op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en vice versa (*wechselseitige Ausstrahlungswirkungen*). Nu in het geschreven en ongeschreven recht vergelijkbare plichten voor marktdeelnemers kunnen worden gevonden, bestaat een zekere *rechtliche Wechselbezüglichkeit* tussen beide.¹⁸⁹²

¹⁸⁸⁶ BGH 10.03.1987, VI ZR 144/86, NJW 1987/36, p. 2222 en 2223 (*Warentest composthachmaschinen*), zoals ook aangehaald door Beckers 2015, p. 181. Het aanvechten van negatieve gepubliceerde resultaten van de bekende Stiftung Warentest met een beroep op het voldoen aan de DIN-norm slaagde niet, r.o. 16: '*Nach den Grundsätzen für das Anwenden von DIN-Normen*' (vgl. '*Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*', aaO S. 147f) ist eine kritische Betrachtung der Anwendung mit Blick auf den erreichten Stand der Technik ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich – wie hier – um eine neu einzuführende oder gerade eingeführte Norm handelt, die sich erst noch "*als anerkannte Regel der Technik*" bewähren soll (vgl. DIN 820, Abschn. 6. 1, abgedruckt in '*Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*', aaO).'

¹⁸⁸⁷ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 396 (paragraaf 24, randnr. 42) met vermelding van oudere rechtspraak.

¹⁸⁸⁸ Spindler 2009, p. 251.

¹⁸⁸⁹ Vieweg 2011, p. 374 onder verwijzing naar Huth (niet kunnen raadplegen). Een concreet voorbeeld van een DIN-norm die achter liep was BGH 27.09.1994, VersR 1994/1034 (*Beademingsapparatuur*) zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 2000, p. 68. Nu al eerdere gevallen bekend waren, er een waarschuwing in vaktijdschriften had gestaan en er al een herontwerp van het product was gemaakt, was de producent toch aansprakelijk, ook al was de norm gevolgd.

¹⁸⁹⁰ Vgl. Schepel 2005, p. 354 die verwijst naar Amerikaanse rechtspraak waar de discussie of een norm '*industry standard*' vormt aan de jury wordt gelaten.

¹⁸⁹¹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 48, Rn. 10 en 11.

¹⁸⁹² Weiß 2008, p. 527-548; Hermes 2009, p. 23 e.v., p. 114-178 voor de fabrikant en p. 191-199 voor importeur en quasi-importeur en leverancier. Naar Duitse recht moeten *offentrechtliche Produktbeobachtungspflichten* worden onderscheiden van de *civilrechtlichen Produktbeobachtungspflichten* op grond van het ongeschreven

De aansprakelijkheid van de producent op grond van nationale onrechtmatige daad wordt in Duitsland *deliktische Produzentenhaftung* op grond van bijzondere *Verkehrssicherungspflichten* genoemd. *Produzentenhaftung* heeft een breed toepassingsbereik en ziet bijvoorbeeld ook op onroerende zaken.¹⁸⁹³ De veiligheidsverwachting van de gemiddelde gebruiker is onder deze grondslag wel een gezichtspunt, doch niet het leidende criterium: de beoordeling van het gedrag van de producent staat centraal. Er moet worden gekeken naar de van hem te verwachten kennis alsmede naar economische uitgangspunten, zoals *risk/benefit*-benaderingen die tot op zekere hoogte van invloed kunnen zijn op de te nemen veiligheidsmaatregelen.¹⁸⁹⁴ Sinds het *Hühnerpest*-arrest geldt een omkering van de bewijslast (*Beweislastumkehr*) indien de gebruiker aantoont dat sprake is van schade voortvloeiende uit een *Rechtsgutverletzung* die is veroorzaakt door een gebrek, waarvan de oorzaak uit het *Organisations- und Gefahrenbereich* van de producent stamt. Vervolgens is het aan de producent is om aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan in de zin dat geen sprake is van onrechtmatigheid en/of schuld.¹⁸⁹⁵ Dit is anders dan in Nederland, waar onder *Du Pont/Hermans* slechts ten aanzien van schuld een verzwaarde motiveringsplicht geldt (nr. 232).¹⁸⁹⁶ De rechtvaardiging van de Duitse omkering is wel gelijk aan die van de verzwaarde motiveringsplicht uit *Du Pont/Hermans*, namelijk de onevenwichtigheid in bewijspositie tussen gebruiker en producent. Het aantonen van schuld door een gebruiker zou zonder omkering moeten plaatsvinden aan de hand van omstandigheden die in de sfeer van de producent liggen, hetgeen haast onmogelijk zou zijn.¹⁸⁹⁷

De bovengrens van aansprakelijkheid van de producent wordt gevormd door de stand van de wetenschap en de techniek (*Stand von Wissenschaft und Technik*). De producent mag derhalve niet blind vertrouwen op het productveiligheidsrecht, andere wettelijke of normalisatienormen of

recht. Deze zijn niet gelijk nu ze een ander doel dienen: voorkoming van schade in het algemene belang respectievelijk herstel van schade. Aangenomen wordt evenwel dat enige *Indizwirkung* kan uitgaan van de publiekrechtelijke plichten op de privaatrechtelijke plichten en omgekeerd, Hofman 2014, p. 34 e.v.

¹⁸⁹³ Brüggemeier 2006, p. 405; Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 24); Vieweg 2011, p. 347.

¹⁸⁹⁴ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 399-406 (§ 24, Rn. 54-70) en o.a. BGH 16.6.2009 - VI ZR 107/08 (OLG Jena), *NJW* 2009, 2952 (*Airbag*).

¹⁸⁹⁵ BGH 26.11.1968 - VI ZR 212/66 (Düsseldorf), *NJW* 1969, 269 (*Hühnerpest*); Vieweg 2011, p. 341; Hermes 2009, p. 16 en 172. Het vermoeden geldt met name bij ontwerp- en productiegebreken, doch ook bij instructiegebreken. De gebruiker moet in dat laatste geval wel hebben gesteld en zo nodig bewezen dat een waarschuwplicht is geschonden. Met name het zogeheten *Fehlerbereichsnachweis* is voor het slachtoffer lastig te bewijzen, doch ten aanzien van onvermijdbare fabricagefouten (zogeheten *Ausreißer*, i.c. minuscule haarscheurtjes in frisdrankflessen die met controles na productie niet zijn te ontdekken) stond het BGH al eens toe in de zin dat het aan de producent was om aan te tonen dat het gebrek buiten zijn verantwoordelijkheid is ontstaan, hetgeen zeer lastig zo niet onmogelijk zal zijn. Zie BGH 07.06.1988, VI ZR 91/87, *NJW* 1988, 2611 (*Limonadenflasche*), BGH 17.11.1992 - VI ZR 352/91, *NJW* 1993, 528 (*Mineralwasserflasche I*) en BGH 09.05.1995, *NJW* 1995, 2162, BGHZ 129, 353, 359, JZ 1995, 1060 (*Mineralwasserflasche II*). Zie ook Förster in § 823 BGB, *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* 50. Rn. 771.

¹⁸⁹⁶ HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.5.

¹⁸⁹⁷ Vieweg 2011, p. 341.

vaststellingen door autoriteiten,¹⁸⁹⁸ nu deze op de *Stand von Wissenschaft und Technik* kunnen achterlopen of leemtes kunnen bevatten. De zorgplicht kan dus verder strekken dan de enkele naleving van productnormen.¹⁸⁹⁹ Was een risico onbekend of niet te ontdekken gezien de stand van de wetenschap en techniek, dan gaat de producent in principe vrijuit.¹⁹⁰⁰ De ondergrens van de aansprakelijkheid van de producent wordt over het algemeen gevormd door de eerdergenoemde *anerkannte Regeln der Technik*. Van producteisen, geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen wordt vermoed dat zij de *anerkannte Regeln der Technik* weergeven.¹⁹⁰¹

Volgens Hermes gaan lagere rechters ook van bovenstaande uitgangspunten uit bij beoordeling van de privaatrechtelijke betekenis van Nieuwe Aanpak-regelgeving en/of geharmoniseerde normen.¹⁹⁰² Daarbij wordt over het algemeen geen aandacht besteed aan de vraag of deze veiligheidsnormen ook de strekking hebben privaatrechtelijke rechtgevolgen in het leven te roepen. Ook het administratiefrechtelijke vermoeden dat aan het volgen van geharmoniseerde normen kleeft, lijkt geen effect te sorteren in het civiele recht.¹⁹⁰³ Volgens Hermes kunnen de *essentiële eisen* eerder corresponderen met de stand van de wetenschap en techniek, mede gezien hun open karakter, doch vanwege hun *performance-based* formulering (lees: prestatienormen nr. 15) zijn zij niet concreet genoeg om de zorgplicht een-op-een in te vullen.¹⁹⁰⁴ Geharmoniseerde normen zouden concreter en daardoor van groter normatief gewicht zijn.¹⁹⁰⁵

Geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen zijn in de praktijk voor de concretisering van de buitencontractuele zorgplicht van de producent van grote betekenis.¹⁹⁰⁶ Volgens Vieweg is dit begrijpelijk en verstandig gezien de relatief grote waarborgen die in het totstandkomingsproces zijn ingebouwd,

¹⁸⁹⁸ Staudinger/Hager (2009) BGB § 823, F 10.

¹⁸⁹⁹ MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 444 en 815, mede onder verwijzing naar Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 389 (§ 24, Rn. 23, 47 en 48). BGH 07.10.1986 - VI ZR 187/85 (Stuttgart) NJW 1987, 372, (373) (*Verzinkungsspray*): ‚Gesetze oder Rechtsverordnungen bzw. darin in Bezug genomene technische Regeln konkretisieren, soweit sie Bestimmungen über die Kennzeichnung gefährlicher Produkte und über erforderliche Warnhinweise oder Sicherheitsratschläge enthalten, die Sorgfaltspflichten des Herstellers; doch enthalten sie im allgemeinen kein abschließendes Verhaltensprogramm gegenüber den Schutzgütern, sondern sind gelegentlich noch ergänzungsbedürftig.‘

¹⁹⁰⁰ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 24, Rn. 19-21 en 40-53, onder verwijzing naar diverse auteurs. In de Duitse literatuur en feitenrechtspraak wordt erkend dat onder omstandigheden een hogere zorgplicht kan gelden, nl. dat van sommige producenten kan worden gevergd dat zij zelf de stand van de wetenschap en techniek verder brengen, namelijk daar waar een product zo complex is en/of het gevaarpotentieel – hoewel nog niet bewezen – zeer groot kan zijn.

¹⁹⁰¹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 24, Rn. 43 en 46.

¹⁹⁰² Hermes 2009, p. 147. Hij haalt ook een andere zaak aan die zou afwijken nu het slachtoffer bij het volgen van DIN-normen een nadere substantiëringsplicht t.a.v. het gebrek had, maar dat betrof aansprakelijkheid van een beheerder van een speeltuin en geen producent, OLG Celle 28.5.2003 - 9 U 7/03, NJW 2003, 2544, 2555 (*Innenlauftrommel*, speelrad in speeltuin).

¹⁹⁰³ Hermes 2009, p. 149.

¹⁹⁰⁴ Hermes 2009, p. 159-161.

¹⁹⁰⁵ Hermes 2009, p. 163.

¹⁹⁰⁶ Vieweg 2011, p. 372, mede onder verwijzing naar Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 24, Rn. 39 (moet zijn 40).

de mate van expertise van de opstellers en het feit dat bewijsvergaring langs andere weg in civiele procedures – met name aan de hand van deskundigenberichten – complex en niet altijd betrouwbaar is.¹⁹⁰⁷

De doctrine is het erover eens dat het *schenden* van een normalisatienorm een duidelijke aanwijzing vormt dat een zorgplicht is geschonden.¹⁹⁰⁸ Volgens Vieweg kan zo een aanwijzing onder omstandigheden wel opgaan bij ontwerp- en productiegebreken, maar niet ter bij instructiegebreken of schending van de *Produktbeobachtungspflicht* (vgl. nr. 235).¹⁹⁰⁹ Geharmoniseerde normen zijn volgens Hermes niet van invloed op de materiële privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnorm in de zin dat zij privaatrechtelijke zorgplichten verhogen of verzwaken, maar hebben volgens hem met name indirecte bewijsrechtelijke werking.¹⁹¹⁰

Volgens Vieweg kunnen aan het *volgen* van producteisen of normalisatienormen echter zelden positieve vermoedens ten gunste van de producent worden ontleend.¹⁹¹¹ In zijn ogen draagt de producent de bewijslast dat de wettelijke of normalisatienorm het risico in kwestie dekt, dat zij volledig up-to-date is, dat verdere maatregelen niet nodig waren en dat zich geen bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan waarvoor de norm niet toereikend was,¹⁹¹² waardoor onrechtmatigheid alsmede schuld zou hebben ontbroken.¹⁹¹³ Hermes meent echter – als een van de weinigen¹⁹¹⁴ – dat voor het volgen van geharmoniseerde normen een ander uitgangspunt zou moeten gelden. Indien een producent aantoont dat hij geharmoniseerde normen heeft gevolgd, zou dat bij productie- en ontwerpgebreken volgens hem voldoende moeten zijn om de oorspronkelijke bewijslastverdeling te herstellen c.q. de omkering uit het *Hühnerpest*-arrest ongedaan te maken. Vervolgens zou de gebruiker moeten aantonen dat de geharmoniseerde norm ontoereikend, verouderd of ongeschikt was, om daarmee onrechtmatigheid en toerekenbaarheid te bewijzen.¹⁹¹⁵ Hermes vindt de rechtvaardiging hiervoor in het jurisprudentiële vermoeden dat normalisatienormen de *anerkannte Regeln der Technik* weergeven. Voorts werd in een arrest van het Oberlandesgericht Celle een verzwaarde motiveringsplicht van de gebruiker van een speeltoestel

¹⁹⁰⁷ Vieweg 2011, p. 372.

¹⁹⁰⁸ BGH 17.01.1984, VI ZR 35/85, *VersR* 11 1984, p. 270 en 271 (*Flachmeissel*), zoals ook aangehaald door Spindler 2009, p. 250 en Foerste & v. Westphalen 2012, *Prod.H.H.*, p. 396 (§ 24, Rn. 43 en 44).

¹⁹⁰⁹ Vieweg 2011, p. 374 en 375.

¹⁹¹⁰ Hermes 2009, p. 178.

¹⁹¹¹ Zie voor uitvoerige rechtspraak, ook over de rol van certificering, Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, F 10; Vieweg wijst nog op het verschil in doelstelling van het productveiligheidsrecht (mede interne markt) t.o.v. het privaatrecht (o.a. compensatie), Vieweg 2011, p. 367.

¹⁹¹² Een kritische houding blijft volgens Vieweg 2011, p. 373 wenselijk nu een norm altijd een compromis bevat tussen verschillende belangen en niet altijd up-to-date hoeft te zijn.

¹⁹¹³ Hermes 2009, p. 139 en aldaar genoemde bronnen. Naar Duits recht geldt voor productaansprakelijkheid onder nationaal recht omkering van de bewijslast op grond van het *Hühnerpest*-arrest; Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, Rn. E70 onder B. Volgens Vieweg 2011, p. 375 is voor het ontkrachten van de omkering uit het *Hühnerpest*-oordeel meer nodig dan alleen het beroep op het volgen van een norm.

¹⁹¹⁴ Zie in vergelijkbare zin ook Weiß 2008, p. 534.

¹⁹¹⁵ Hermes 2009, p. 172-179.

aangenomen jegens een beheerder van een speeltuin bij een vermeend ontwerpgebrek.¹⁹¹⁶ Daarnaast zou de grote autoriteit, de kwaliteit en het geregleerde totstandkomingsproces van geharmoniseerde normen voor deze werking pleiten. Juist nu producenten in grote mate vertrouwen op geharmoniseerde normen bij de inrichting van hun productieproces, deze normen algemeen bekend zijn en zij zich niet alleen in de bewijssfeer van de producent bevinden, wordt met een bevrijdende bewijsrechtelijke werking volgens hem niet afgedaan aan de ratio achter het *Hühnerpest*-oordeel.¹⁹¹⁷ Zo een bevrijdende werking zou volgens hem niet gelden onder het toepassingsbereik van de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Mijns inziens zijn deze argumenten niet overtuigend. Geharmoniseerde normen richten zich tot de producent; deze schaft ze aan en deze implementeert ze in zijn productieproces. Om een gebruiker zonder technische kennis op te zadelen met het bewijs van het tekortschieten van een geharmoniseerde norm lijkt mij – ook buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn Productaansprakelijkheid – niet redelijk, onwenselijk en wel degelijk in strijd met de ratio achter het *Hühnerpest*-oordeel, namelijk het opheffen van de onevenwichtigheid in bewijsspositie veroorzaakt door de informatieachterstand van gebruikers.

In de literatuur wordt een andere uitspraak van het Oberlandesgericht Celle aangehaald die de grote invloed van geharmoniseerde normen illustreert.¹⁹¹⁸ De zaak betrof een arbeidsongeval met een ledermachine waarna de producent werd aangesproken op grond van *Produzentenhaftung*. In rechte stond DIN EN 972 centraal, zijnde een norm die invulling geeft aan de essentiële eisen van de Machinerichtlijn. De machine was door een werkgever aangekocht van een Italiaanse leverancier. Bij de koop was een conformiteitscertificaat overlegd, waarin werd verklaard dat de machine voldeed aan voornoemde norm. Hoewel de norm niet expliciet het onderhavige type machine noemde, maar wel andere typen machines, gaat het Oberlandesgericht toch uit van de geharmoniseerde norm ter invulling van de te betrachten zorgvuldigheid: *‘Ebenso wie im Baurecht, sind auch im Haftungsrecht DIN-normen nicht sklavisch nach ihrem Wortlaut anzuwenden. Entscheidend ist der sicherheitstechnische Zweck dieser Vorschriften.’* Omdat de vereiste noodstop of verdere beveiliging niet conform de norm aanwezig was, werd de producent aansprakelijk geacht. Of deze machine überhaupt onder het bereik van de Machinerichtlijn zou vallen, bleef in het midden. Zo kan een geharmoniseerde norm die qua materieel toepassingsbereik niet op de situatie van toepassing is, toch indirect relevant worden geacht voor de invulling van een zorgplicht.¹⁹¹⁹ Daarbij moet goed worden gekeken naar de

¹⁹¹⁶ OLG Celle 28.5.2003 - 9 U 7/03, *NJW* 2003, 2544, 2555 (*Innenlauftrommel*, speelrad in speeltuin). Zie in vergelijkbare zin ook Weiß 2008, p. 534 onder verwijzing naar dezelfde uitspraak, alsmede naar OLG Köln 07.09.2005, Az 27 U 12/04, *NJW* 2005, 3292, 3294, *ZLR* 2005, 738 (*Haribo, Lakritzmischung*)

¹⁹¹⁷ Hermes 2009, p. 174-175.

¹⁹¹⁸ OLG Celle 10.10.2005, 7 U 155/05, *VersR* 2007, p. 253 en 254 (*Lederschleifmaschine*).

¹⁹¹⁹ Vgl. de door Schepel 2005, p. 359 geschetste aanpak in de VS, alwaar een standaard die qua toepassingsbereik niet op de situatie van toepassing is, toch relevant kan worden geacht voor de vaststelling

situatie waarvoor de norm is geschreven. Uit een recente uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt blijkt dat het feit dat een kindertafel voor privégebruik niet voldoet aan de DIN EN 1729 voor onderwijsmeubilair niet voldoende grond is voor een verbod ex § 3 II ProdSG, omdat niet aannemelijk is dat schending van de norm in deze context een gevaar oplevert voor de veiligheid en gezondheid van personen aangezien sprake is van een lichte overschrijding en aannemelijk is dat de norm is gericht op intensiever gebruik, namelijk op scholen.¹⁹²⁰

Volgens Spindler bestaat nog een manier van indirecte werking in het aansprakelijkheidsrecht, namelijk via de doorwerking van bestuursrechtelijke besluiten en rechtspraak over de schending van productveiligheidsrecht.¹⁹²¹ Deze wijze van binding komt – zoals we hierna zullen zien – in de Nederlandse rechtspraak die is geanalyseerd vooralsnog niet terug. (Vgl. voor het Nederlandse leerstuk van formele rechtskracht, nr. 199).

214 Zorgplicht van de quasi-producent en importeur

Als gezegd wordt naar Duits recht onder § 823 Abs. 1 BGB niet met reflexwerking gewerkt. Voor quasi-producenten en importeurs gelden zelfstandige *Verkehrssicherungspflichten* die in het verlengde van het geschreven productveiligheidsrecht liggen. Zij kunnen onder § 823 Abs. 1 BGB qua zorgplicht niet met de producent worden gelijkgesteld.¹⁹²²

Naar Duits recht mag van de quasi-producent geen bijzondere kennis van het product worden verwacht. De vermelding van diens naam als producent op de verpakking is onvoldoende om bijzondere *Verkehrssicherungspflichten* in het leven te roepen omdat – zo is de ratio – hij geen invloed uitoefent op het ontwerp en de verdere eigenschappen van het product.¹⁹²³ Onrechtmatigheid komt slechts in beeld indien de gebruiker door vermelding van een andere naam op het verkeerde been wordt gezet over de herkomst van het product, waardoor hij minder zorg betracht bij het gebruik dan hij zou doen wanneer hij had geweten wie de daadwerkelijke producent was.¹⁹²⁴ Verder dient de quasi-producent waarschuwingen door te geleiden en geldt een *passive Produktbeobachtungspflicht*.

Een importeur kan onder het Duitse ongeschreven recht evenmin met de fabrikant gelijk worden gesteld. Anders dan voor de quasi-producent, geldt naar Duits recht voor de importeur wel een verhoogde verantwoordelijkheid

van een zorgplicht nu deze wel van informatie kan zijn. Vgl. voor Nederland de aanpak in het arrest *Lars/Ruröde* (nr. 225).

¹⁹²⁰ OLG Frankfurt a.M. 5.7.2018, 6 U 28/18, ECLI:DE:OLGE:2018:0705.6U28.18.00

¹⁹²¹ Spindler 1998, p. 321.

¹⁹²² Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 51 e.v. voor de *Quasi-Hersteller* en Rn. 61 en 62 e.v. voor de Importeur. Zie verder MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 793 en 794, onder verwijzing naar BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), NJW 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*)

¹⁹²³ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 51 en MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 793, onder verwijzing naar onder andere BGH 07-12-1993 - VI ZR 74/93 (München) (*Gewindeschneidemittel I, passiven Produktbeobachtung*), zoals ook aangehaald door Hermes 2009, p. 183.

¹⁹²⁴ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 53; MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 793.

voor de veiligheid. Buitenlandse fabrikanten hoeven namelijk niet bekend te zijn met de Europese veiligheidseisen en de veiligheidsverwachtingen van de daar gevestigde gebruikers.¹⁹²⁵ Hoe ver de onderzoeksplicht van de importeur naar de veiligheid van het product en de naleving van productnormen strekt, hangt naar Duits recht af van de omstandigheden van het geval, waarbij de importeur een eigen risicoanalyse moet maken. Omstandigheden die hierbij van belang zijn, zijn onder andere het technische en economische niveau in het land van herkomst van het product,¹⁹²⁶ het niveau van het daar geldende productveiligheidsrecht en de intensiteit van de handhaving ervan aldaar,¹⁹²⁷ de kans dat de fabrikant met export aan productaansprakelijkheid in zijn thuisland wil ontkomen,¹⁹²⁸ het technisch-economisch niveau van de branche in het land van herkomst en de daar aanwezige concurrentie.¹⁹²⁹ Ook zijn omstandigheden relevant die de fabrikant betreffen, zoals zijn technische en personele capaciteit, de bedrijfsleiding en -organisatie, concernverhoudingen – in het bijzonder afhankelijkheid –, het zijn van een private of publieke onderneming, het aandeel in de buitenlandse markt, eerdere exportervaringen, internationale reputatie, specialisering et cetera.¹⁹³⁰ Hoe groter de bedenkingen tegen een product of de herkomst ervan kunnen zijn, hoe zwaarder de onderzoeksplicht is.¹⁹³¹ Daarbij wordt aangenomen dat voor landen buiten de EU een plicht tot testen geldt, die afhankelijk van de omstandigheden varieert van steekproeven tot intensievere controles.¹⁹³² De importeur die ‘importeert’ uit een ander EER-land wordt veelal met de leverancier gelijkgesteld.¹⁹³³

De publiekrechtelijke verantwoordelijkheid onder de RAPV van de quasi-producent en importeur is groter dan die onder het Duitse ongeschreven recht omdat zij onder de RAPV met producent gelijk worden gesteld (hoofdstuk 2), waardoor aansprakelijkheid ex § 823 Abs. 2 BGH (vgl. onze strijd met een wettelijke plicht) eerder kan worden aangenomen. Het productveiligheidsrecht kan in verhouding tot het ongeschreven recht volgens Hermes aldus aansprakelijkheidsverhogend werken. Deze plichten kunnen volgens hem ook

¹⁹²⁵ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 60 en 61.

¹⁹²⁶ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62; Bamberger/Roth, Spindler § 823, Rn. 538; BGH 07-12-1993 - VI ZR 74/93 (München) (*Gewindeschneidemittel I, passiven Produktbeobachtung*).

¹⁹²⁷ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62; BGH 11. 12. 1979 - VI ZR 141/78 (Düsseldorf) (*Klapprad*).

¹⁹²⁸ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62 onder verwijzing naar OLG Dresden VersR 1998, 59 (niet kunnen raadplegen via beconline).

¹⁹²⁹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62, onder verwijzing naar BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), NJW 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*).

¹⁹³⁰ OLG Köln 24. 7. 2002 - 13 U 146/01, NJW 2004, 521 (*Sandwich*), waarin werd geoordeeld dat de importeur van voorverpakte broodjes zijn controles niet hoeft in te richten op eventueel in het brood meegebakken ijzeren moeren. De fabrikant mag daarentegen niet met zicht-, gewichtcontroles en steekproeven volstaan.

¹⁹³¹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62;

¹⁹³² Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 70, wederom onder verwijzing naar OLG Köln 24. 7. 2002 - 13 U 146/01, NJW 2004, 521 (*Sandwich*). Hermes 2009, p. 196 onder verwijzing naar BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), NJW 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*).

¹⁹³³ BGH 11. 12. 1979 - VI ZR 141/78 (Düsseldorf) (*Klapprad*). Zie eerder al Dommering-van Rongen 1991, p. 129.

Indizwirkung hebben op de aansprakelijkheid ex § 823 Abs. 1 BGH.¹⁹³⁴

Aangezien de RAPV ziet op consumentenproducten is de praktische relevantie van deze aanscherping wel beperkt, omdat veelal de richtlijnaansprakelijkheid zal gelden. De RAPV lijkt bovendien niet te strekken tot bescherming tegen bijvoorbeeld bedrijfsmatig geleden zaakschade. De toegevoegde waarde ligt met name in de aangescherpte productbewakingsplichten (*Productbeobachtungspflichten*) onder de RAPV (§ 2.4).

215 Zorgplicht van de leverancier

Naar Duits recht heeft een zuivere leverancier een nog lichtere zorgplicht dan de importeur en quasi-producent.¹⁹³⁵ Vanwege de grote verscheidenheid aan leveranciers en hun eigenschappen is de rechtspraak zeer casuïstisch. Leveranciers hoeven in beginsel geen tests of monsternames te doen.¹⁹³⁶ In de regel is de leverancier voor reeds aanwezige gebreken slechts aansprakelijk in geval van bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld bij zichtbare gebreken¹⁹³⁷ of indien berichten binnenkomen over vermeende gebreken terwijl hij de handel in het product continueert.¹⁹³⁸ Voorts dient hij het product zolang het onder hem is met de nodige zorg te behandelen ter voorkoming van het ontstaan van gebreken en daaruit voortvloeiende schade. Ook gelden informatie- en medewerkingsplichten (vgl. de geschreven zorgplicht nr. 67 e.v. en concretisering daarvan voor de distributeur, die volgens Hermes in Duitsland in hoge mate met de ongeschreven plichten congrueert).¹⁹³⁹ De schending van productnormen is daardoor slechts één van de eerste aanwijzingen dat een zorgplicht is geschonden doch daarvoor verre van constitutief.

216 Zorgplicht in andere rechtsverhoudingen

Gaat het om personen buiten de handelsketen, dan vormen de *anerkannte Regeln der Technik*, die veelal zijn vastgelegd in normalisatienormen, eerder uitgangspunt. De hoedanigheid van de laedens lijkt daarbij een belangrijke wegingsfactor. Zo oordeelde het Bundesgerichtshof bij een ongeluk met een vanwege verborgen roest afgebroken speeltoestel dat van een ‘*Gartenmeister*’ in een speeltuin, zijnde een werknemer/ondergeschikte, geen kennis over maatregelen tegen risico’s mag worden verwacht die niet als zodanig in een DIN-norm worden genoemd of ten aanzien waarvan geen bijzondere instructies zijn gegeven.¹⁹⁴⁰ Voor leidinggevendenden kan echter een zwaardere

¹⁹³⁴ Hermes 2009, p. 192-194.

¹⁹³⁵ Leveranciers zijn anders dan quasi-producenten, omdat zij zichzelf niet als producent aanmerken op het product. Gebruikers van het product kunnen door de enkele verkoop in de EU door een leverancier niet op het verkeerde been worden gezet ten aanzien van de herkomst van het product.

¹⁹³⁶ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 24 e.v.

¹⁹³⁷ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 22.

¹⁹³⁸ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 30.

¹⁹³⁹ Hermes 2009, p. 197-198.

¹⁹⁴⁰ BGH 28.04.1987, VI ZR 127/86, NJW 1988/1-2, p. 48 en 49 (*Ongeval speeltuin doorgeroeste draaipaddestoel*) (zoals ook kort aangehaald door Spindler 2009, p. 243): ‘*Von untergeordneten Mitarbeitern eines Betriebes oder einer Verwaltungsstelle kann nämlich im allgemeinen nicht verlangt werden, daß sie über*

onderzoeks- en daarmee zorgplicht gelden.¹⁹⁴¹ Zodoende kunnen naast de normalisatienormen additionele of verdergaande verplichtingen bestaan en vormt de normalisatienorm dus veelal de ondergrens. Een beroep op het volgen van een normalisatienorm als verweer wordt alleen gehonoreerd bij personen waarvan een mindere mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht (bijvoorbeeld werknemers, vergelijk de *Gartenmeister*). Soms wordt bij een beroep op schending van een DIN-norm door eiser, aan de aangesprokene het bewijs opgedragen dat hij eraan heeft voldaan.¹⁹⁴²

7.3.2.2 Engels recht

217 Zorgplichten naar Engels recht

Naar Engels recht dient *violation of a statutory duty* strikt van *negligence* als grondslag te worden onderscheiden.¹⁹⁴³ Desalniettemin is in de rechtspraak een met Nederland vergelijkbare lijn te zien, namelijk dat wettelijke eisen en normalisatienormen van belang kunnen zijn voor de invulling van *negligence in tort*.¹⁹⁴⁴ Voor de invulling van *negligence* gebruikt het Engelse recht een maatmancriterium: *'[it] is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct*

den Stand oder die Ergebnisse der für ihre Tätigkeit einschlägigen wissenschaftlichen Diskussion oder bestimmter schwieriger technischer Zusammenhänge informiert sind, sondern nur von Arbeitnehmern, die in diesem Bereich Leitungsfunktionen haben (vgl. Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 1973, Rn. 217). Sie handeln deshalb grundsätzlich nicht fahrlässig, wenn sie ihre Tätigkeit nach den ihnen erteilten Arbeitsanweisungen und betrieblichen Vorschriften ausrichten (Senatsurteil vom 4. Juli 1978 - VI ZR 136/77 - VersR 1978, 963 betreffend Montagearbeiten an einer Verkehrssignalanlage).'

¹⁹⁴¹ Over het algemeen mag ook dan niet worden volstaan met het slaafs volgen van de normalisatienorm; een eigenaar van een indoor speeltuin met trampolines werd, hoewel hij kon aantonen dat trampolines aan de DIN-normen voldeden, toch aansprakelijk geacht voor letselschade die ontstond bij een tiener na het mislukken van een salto, aangezien de daadwerkelijk te nemen voorzorgsmaatregelen dienen te worden vastgesteld in het licht van alle omstandigheden van het geval, BGH 3.6.2008, VI ZR 223/07, NJW 2008, 3775 (*Trampoline ongeval*), r.o. 18: *Welche Maßnahmen zur Wahrung der Verkehrssicherungspflicht erforderlich sind, hängt vielmehr stets von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls ab (vgl. Senatsurteil vom 21. März 2000 - VI ZR 158/99 - VersR 2000, 984, 985). Im Streitfall war es nahe liegend, dass die für Kinder ab 4 Jahren freigegebene Anlage auch von unerfahrenen und ungeübten Personen im Vertrauen auf eine relative Gefährlosigkeit benutzt werden würde, ein Nachahmungseffekt eine Rolle spielen und es zu missglückten Sprüngen kommen kann. Deshalb waren die Beklagten verpflichtet, sich über die möglichen Folgen insbesondere schwieriger Sprünge zu erkundigen, bevor sie diese ohne entsprechenden Hinweis auf die Risiken zuließen.* Bij een ongeval met een looprad waarvoor de beheerder van de speeltuin werd aangesproken, werd wel geoordeeld dat het slachtoffer een nadere substantiëringsplicht had m.b.t. het gebrek indien het rad voldeed aan de geldende DIN-normen, OLG Celle 28.5.2003 - 9 U 7/03, NJW 2003, 2544, 2555 (*Innenlauftrammel*, speelrad in speeltuin). Vgl. eerdergenoemd BGH 28.04.1987, VI ZR 127/86, NJW 1988/1-2, p. 48 en 49 (*Ongeval speeltuin doorgeroeste draaipaddestoel*), zoals ook kort aangehaald door Spindler 2009, p. 243.

¹⁹⁴² BGH 13.03.2001 - VI ZR 142/00, NJW 2001/2019 (*Gehoorschade bij concert*). Het oordeel lijkt mede te zijn ingegeven doordat van een festivalbezoeker niet kan worden verwacht dat hij ter plekke een geluidmeting volgens de geldende DIN-norm kan uitvoeren, zie r.o. 15.b. Het is evenwel aan de rechter na verwijzing om te beoordelen wat de concrete toepassing en strekking van de DIN-norm is.

¹⁹⁴³ Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-56, onder Engels recht bestaat geen *'negligence per se rule'*.

¹⁹⁴⁴ Miller & Goldberg 2004, paragraaf 14.146.

*of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do.*¹⁹⁴⁵

Uitgangspunt is dat schending van een wettelijke plicht *non-conclusive evidence of breach in negligence* oplevert.¹⁹⁴⁶ In die zin is het volgens Lee vergelijkbaar met gewoonte of *industry practice*. Ook schending van *industry of common practice* levert naar common law *non-conclusive evidence of breach* op, net zoals de naleving ervan een aanwijzing kan zijn voor afwezigheid van *negligence*,¹⁹⁴⁷ waarbij de bewijsfunctie van schending ervan sterker lijkt te zijn dan van naleving. Van normalisatienormen wordt hetzelfde aangenomen.¹⁹⁴⁸

Naast *negligence* bestaan qua *tort*-categorieën nog *strict liability* – zoals het geharmoniseerde productaansprakelijkheidsrecht dat is geïmplementeerd in de *Consumer Protection Act 1987, Part I* – en *intentional torts* waarvoor de intentie van de dader een essentiële voorwaarde vormt voor aansprakelijkheid. Een schending van productnormen kan een *intentional tort* opleveren, doch doordat het oogmerk van de dader de kern vormt en voor deze intentie productnormen niet van betekenis zullen zijn, zullen deze *torts* niet worden behandeld. Onder *intentional torts* komt *pure economic loss* onder omstandigheden wel voor vergoeding in aanmerking.

218 Zorgplicht van de producent

Productaansprakelijkheid via *negligence* werd in het Engelse recht voor het eerst aangenomen in het bekende arrest *Donoghue/Stevenson*,¹⁹⁴⁹ waarna de zorgplicht van de producent nader is uitgekristalliseerd. Het arrest is qua toepassing later ook naar andere actoren uitgebreid. Binnen dit kader is schending van een normalisatienorm eveneens *non-conclusive evidence of breach in negligence*.¹⁹⁵⁰ Dat schending van een normalisatienorm niet altijd doorslaggevend is voor *negligence* blijkt uit *Tesco v. Pollard* waarin aansprakelijkheid van de producent centraal stond.¹⁹⁵¹ De claim had een tweeledige grondslag en deze zaak is reeds besproken onder productaansprakelijkheid (nr. 183).

¹⁹⁴⁵ Lee 2011, p. 557 en Clerk & Lindsell (2014), nr. 1/65, allen onder verwijzing naar *Blythe v. Birmingham* (1856) 11 Ex 781 Alderson B onder 784.

¹⁹⁴⁶ Lee 2011, p. 556 en 563-572 voor een bespreking van verschillende zaken.

¹⁹⁴⁷ Lee 2011, p. 562, onder verwijzing naar *Stokes v Guest, Keen and Nettlefold* [1986] 1 WLR 1776 over werkgeversaansprakelijkheid en *Thompson v Smiths Shiprepairers* [1984] QB 405 (*Thompson*). Zie over de vaststelling en rol van *common practice* ook Clerk & Lindsell (2014), nr. 8-177, mede onder verwijzing naar voornoemde arresten.

¹⁹⁴⁸ Clerk & Lindsell (2014), nr. 8-178, mede onder verwijzing naar *Ward v. Ritz Hotel* (London) [1992] P.I.Q.R. 315 (*Ward v Ritz Hotel*).

¹⁹⁴⁹ *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100.

¹⁹⁵⁰ Zie voor een terughoudendere zaak, waarin de rechter een deskundigenrapport dat wijst op strijd met the *Supply of Machinery Safety Regulations 1992* niet mee wil wegen bij *negligence*, omdat schending van die bepalingen niet aan de vordering ten grondslag is gelegd door eiser, *United Central Bakeries Ltd v Spooner Industries Limited* [2013] CSOH 150, [2013] WL 4788884, Hodge L onder 11 en 82. Uit het oordeel volgt ook dat latere productnormen in beginsel irrelevant zijn voor beoordeling van eerdere onrechtmatigheid. Op enig moment kan wel een waarschuwplicht ontstaan voor de producent, bijvoorbeeld wanneer een risico bekend wordt.

¹⁹⁵¹ *Pollard v Tesco Stores Ltd* [2006] EWCA Civ 393.

Naleving van de normalisatienorm is ook naar Engels recht niet altijd voldoende om tot de conclusie te kunnen komen dat zorgvuldig is gehandeld, zo blijkt uit de literatuur onder verwijzing naar de zaak *Balding v. Lew-ways Ltd.*¹⁹⁵² Deze zaak betrof echter de beoordeling van strafrechtelijk handelen van een producent van kinderdriewielers (*tripper trikes*). De Britse Consumer Protection Act 1987 kent voor strafrechtelijke vervolging een *due diligence* verweer, maar zelfs daarvoor volstond naleving van de normalisatienorm niet.¹⁹⁵³ Een *regulatory compliance*-verweer is in een zaak van vóór invoering van productaansprakelijkheid en de Consumer Protection Act 1987, door een *court of appeal* in Engeland wel gehonoreerd. Het betrof de *Budden*-zaak.¹⁹⁵⁴ Reden om geen strakkere zorgplicht in het delictuele aansprakelijkheidsrecht te accepteren, was dat het zou resulteren in een '*constitutional anomaly which in our view would be unacceptable*'. Volgens Lee gaat zo'n verweer al snel niet meer op in het geval van bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld de aanwezigheid van aantoonbaar voortschrijdend inzicht of feitelijke toegang tot bepaalde informatie, waardoor een '*reasonable man*' in dezelfde omstandigheden tot meer dan naleving van de geschreven normen gehouden kan zijn.¹⁹⁵⁵

Naar Engels recht is een producent niet aansprakelijk voor schade aan het product zelf, indien er geen contractuele relatie bestaat tussen hem en de gelaedeerde (vgl. transactieschade, nr. 240). Ook andere schade die niet voortvloeit uit schade aan andere zaken of letselschade komt niet voor vergoeding in aanmerking (vgl. zuiver economische schade, nr. 241). Al deze posten vallen naar Engels recht onder de term '*pure economic loss*'.¹⁹⁵⁶

219 Zorgplicht van andere marktdeelnemers in de keten

Ook andere marktdeelnemers in de keten kunnen aansprakelijk zijn voor letselschade en schade aan andere zaken als gevolg van een onveilig product

¹⁹⁵² *Balding v. Lew-ways Ltd.* 1995 QBLR 314, zoals ook aangehaald door Cafaggi 2011a, p. 116 en Schepel 2005, p. 267. Deze laatste is overigens kritisch aangezien het Engelse hof geen enkele aandacht besteedt aan het feit dat de normalisatienorm in kwestie een geharmoniseerde norm is waarnaar wordt verwezen in de Speelgoedrichtlijn.

¹⁹⁵³ De driewielers hadden achterop een laadbakje dat om het frame waarin het zadel is bevestigd, vastzat met een plastic klem. Kieperde men het laadbakje om, dan klikte de klem los van het frame en staken de twee punten ervan omhoog. Meerdere kinderen hadden letsel opgelopen doordat zij op de klem waren gevallen. De producent had het fietsje echter laten keuren door een keuringsinstantie op overeenstemming met BS 5665 en beriep zich op het *due diligence* verweer uit section 39 van de Consumer Protection Act 1987. Volgens het High Court bleek echter onvoldoende duidelijk dat naleving van de norm ook naleving van de wettelijke eisen impliceerde, althans dat de producent daar voldoende onderzoek naar had gedaan. Zie r.o. 20 van Pill L.J. en r.o. 26 van Keene. Uit de uitspraak blijkt niet of BS 5665 daadwerkelijk de essentiële eisen uit de Richtlijn invult, waardoor het lastig is de uitspraak te duiden.

¹⁹⁵⁴ *Budden v BP Oil Ltd* [1980] JPL 586; P No 78 111469/78 11470, 2 May 1980 (Budden).

¹⁹⁵⁵ Lee 2011, p. 565.

¹⁹⁵⁶ Zie Bernstein 2013, nrs. 1-007 en 1-013, en hoofdstuk 7 met daarin in 7-002 sprekende voorbeelden. Naar Engels recht spitst de discussie zich in de praktijk vaak toe op de vraag waar het product precies uit bestaat. Indien een product onderdeel is van een groter geheel, waarna het product aan dat grotere geheel schade veroorzaakt, dan is voor dat gedeelte sprake van schade aan een andere zaak en dus sprake van *consequential economic loss*. Dat type schade komt wel voor vergoeding in aanmerking. Zie voor voorbeelden Bernstein 2013, nr. 7-004.

op grond van *negligence*, zoals importeurs en leveranciers, mits sprake is van bijkomende omstandigheden.¹⁹⁵⁷ Rechtspraak over productnormen in dat verband ontbreekt vooralsnog.¹⁹⁵⁸ Tot op zekere hoogte mogen leveranciers vertrouwen op fabrikanten en de door hen geleverde kwaliteit. Is de herkomst van het product echter verdacht of onbekend, of is het risico voorzienbaar of makkelijk te ontdekken, dan zullen voorzorgsmaatregelen ook eerder noodzakelijk worden geacht.¹⁹⁵⁹ Op leveranciers kan een waarschuwingplicht rusten voor gevaren '*of which they were aware or should have been aware*'.¹⁹⁶⁰ Het voorgaande impliceert dat de schending van productnormen een van de vele omstandigheden is die relevant is voor *negligence* van deze actoren, doch de enkele schending van een productnorm is onvoldoende voor hun aansprakelijkheid.

220 Zorgplicht in andere rechtsverhoudingen

In andere gevaarzettingssituaties kunnen *schendingen* van andere normalisatienormen ook indirect van belang zijn voor invulling van zorgplichten (*standard of care*). Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van gevaarzetting wordt gekeken naar de *Learned Hand Formula* (vgl. nr. 221): '*foreseeability of the harm, likelihood of harm, gravity of harm, and the costs of precautions*'.¹⁹⁶¹ Zie bijvoorbeeld de zaak *Ward v. Ritz Hotel*,¹⁹⁶² waarin Mr Ward het Ritz Hotel aansprak omdat hij achterover van het balkon was gevallen. De reling van het balkon zou, nadat een nieuwe vloer was aangebracht, niet hoog genoeg meer zijn volgens de BSI-norm. Het Court of Appeal merkte op dat normalisatienormen toch van belang kunnen zijn ook al zijn zij niet bindend: '*[they] represent the consensus of professional opinion and practical experience as to the sensible safety precautions*'.¹⁹⁶³ Schending

¹⁹⁵⁷ Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-12.

¹⁹⁵⁸ De zaak *Andrew Weir Shipping v Wartsila UK Limited & Anor* [2004] EWHC 1284 (Comm) 2004 WL 1174256, r.o. 53 biedt een goed overzicht van de rechtspraak over *negligence* door leveranciers, hoewel in de zaak geen beslissing ten gronde werd genomen.

¹⁹⁵⁹ *Watson v Buckley and Osborne, Garrett and Co. Ltd. (Ogee Ltd.)*, [1940] 1 All ER 174, waarin een plicht tot het testen van haarverf op de aanwezigheid van bepaalde stoffen werd aangenomen indien van dubieuze figuren wordt gekocht, zoals ook aangehaald in Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-12.

¹⁹⁶⁰ *Andrew Weir Shipping v Wartsila UK Limited & Anor* [2004] EWHC 1284 (Comm) 2004 WL 1174256, r.o. 53, onder verwijzing naar: *Kubach v. Hollands* [1937] 3 All ER 907 over een chemische stof, die door een chemiedocent van een tussenhandelaar werd gekocht die moest worden getest voor gebruik. Hiervoor was op de factuur door een voorschakel gewaarschuwd doch deze waarschuwing was ten onrechte door de leverancier niet doorgeleid aan de docent waarna de stof in de les explodeerde. Deze leverancier werd aansprakelijk gehouden voor de letselschade van een van de leerlingen. Zie ook *Fisher v Harrods Ltd* [1966] 1 Lloyd's Rep. 500 over een gebrekkig verpakt gevaarlijk schoonmaakmiddel, waarin een onderzoeks- en waarschuwingplicht voor winkeliers werd aangenomen. Zie ook *Holmes v. Ashford* [1950] 2 All ER 76, waarin een kapper aansprakelijk werd gehouden voor een huidreactie op een haarverf, waarvoor door de fabrikant in de gebruiksaanwijzing was gewaarschuwd en waarin het advies was gegeven het product eerst op de huid te testen. De fabrikant kon een geslaagd beroep doen op de *learned intermediary*-doctrine. De bijzondere zorgplicht van de distributeur wordt ook wel geconstrueerd als voortvloeiende uit het koopcontract.

¹⁹⁶¹ Lee 2011, p. 559.

¹⁹⁶² *Ward v. Ritz Hotel* (London) [1992] P.I.Q.R. 315 (*Ward v Ritz Hotel*), zoals ook aangehaald door Glinski 2008, p. 51 en Schepel 2005, p. 343 e.v.

¹⁹⁶³ Ad 327 McCowan LJ.

van de norm was daarom *'strong evidence'* dat het Ritz onvoldoende zorg had betracht.

In *Green v. Building Scene Ltd* werd geoordeeld dat schending van de norm niet doorslaggevend is voor *negligence*, maar afhankelijk is van de overige omstandigheden van het geval.¹⁹⁶⁴ Het ging in die zaak om het ontbreken van een trapleuning, in strijd met de bouwvoorschriften en normalisatienormen, die een brede trap in tweeën zou verdelen. Aangezien dergelijke brede trappen zonder middenleuning vaker voorkwamen en de deskundige de trap niet als gevaarlijk had bestempeld, was volgens het Court of Appeal geen sprake van *negligence*.¹⁹⁶⁵ De overweging ten aanzien van het causaliteitverweer dat in eerste aanleg ten overvloede was gehonoreerd, werd eveneens in stand gelaten. Het slachtoffer was bovenaan de trap gevallen op enige afstand en zou vermoedelijk niets aan een aangepaste trapleuning hebben gehad.

Hoewel het *reasonable man*-criterium een objectivering met zich brengt, is ook in het Engelse recht de hoedanigheid van de laedens een belangrijke omstandigheid, nu centraal staat wat voor kennis van een zekere persoon in de gegeven omstandigheden over de aanwezigheid van een risico mocht worden verwacht. Het meest illustratief is de zaak *Baker* uit 2011 over werkgeversaansprakelijkheid, waarin weliswaar geen normalisatienorm, maar een arbonorm centraal stond.¹⁹⁶⁶ De werknemers van een aantal textielfabrieken hadden gehoorschade geleden doordat zij tussen 1970 en eind jaren 80 aan een geluidslimiet tussen de 85 dB(A) LEPd en 90 dB(A) LEPd waren blootgesteld. De grondslag voor de vordering was tweeledig namelijk schending van een wettelijke plicht (*statutory breach*, section 29(1) van de Factories Act 1961) en schending van een ongeschreven plicht (*negligence*). De vraag was welk kennisniveau onder beide grondslagen tot uitgangspunt moest worden genomen om te bepalen wanneer de werkgevers wisten of behoorden te weten dat een dergelijke blootstelling zonder gehoorbescherming schade kon veroorzaken en wanneer van hen veiligheidsmaatregelen konden worden gevergd. De volgende momenten in de tijd kwamen mogelijk in aanmerking:

- 1972: publicatie van een *Code of Practice* uitgegeven van de *Department of Employment*, die als grens voor het voorschrijven van gehoorbescherming een geluidslimiet van 90dB(A) LEPd voorschreef.
- 1973: de erkenning in de wetenschap van het risico bij lagere blootstelling.
- 1982: publicatie van een voornemen voor een nieuwe Europese richtlijn, waaruit de aanscherping van de limiet bleek.
- 1983: subjectieve kennis bij twee grote werkgevers van het risico.
- 1987: publicatie van de nieuwe EU-richtlijn in een consultatiedocument.

¹⁹⁶⁴ *Green v Building Scene Limited And Another* [1994] P.I.Q.R. P259, zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 191 en Clerk & Lindsell (2014), nr. 8-177.

¹⁹⁶⁵ Zie in het Green-arrest Gibson L.J., zoals gevolgd door Slaughter L.J. en Sir Michael Kerr.

¹⁹⁶⁶ *Baker v Quantum Clothing Group Ltd and others* [2011] UKSC 17 (*Baker*).

- 1990: de datum waarop alle lidstaten de richtlijn moesten hebben geïmplementeerd, hetgeen in het VK gebeurde met de Noise at Work regulation 1989 die op 1 januari 1990 in werking trad.

Het Supreme Court sloot in die zaak aan bij een oordeel in eerste aanleg¹⁹⁶⁷ dat de Code of Practice uit 1972 door de werkgevers zonder bijzondere kennis tot uitgangspunt mocht worden genomen totdat het consultatiedocument in 1987 werd gepubliceerd. Nu door de wetgever twee jaar ter implementatie werd gegund, kon geen aansprakelijkheid bestaan vóór 1 januari 1990. Van twee grote werkgevers stond echter vast dat zij in 1983 daadwerkelijk wisten van het risico, waardoor voor hen een strengere zorgplicht gold, aldus het Supreme Court.¹⁹⁶⁸

Baker laat zien hoe verschillende normen – wettelijke normen, codes, maar ook normalisatienormen – kunnen worden vertaald naar wat in redelijkheid qua kennis van het risico en qua te nemen veiligheidsmaatregelen van een bepaalde partij mag worden verwacht. Wil een werkgever een *verweer* ontlenen aan het naleven van een code of normalisatienorm, dan geldt in geval van werkgeversaansprakelijkheid dat het de ‘*recognised and general practice*’ moet weergeven.¹⁹⁶⁹ Lord Dyson JSC noemt een aantal omstandigheden waarin dit niet het geval is, bijvoorbeeld wanneer de code of norm tot stand is gekomen door druk van de lobby en daardoor te laag is of achterloopt op de technische ontwikkelingen.¹⁹⁷⁰

Lee merkt terecht op dat hoe opener de externe norm is geformuleerd, hoe minder aantrekkelijk deze zal zijn voor toepassing binnen het delictuele aansprakelijkheidsrecht.¹⁹⁷¹

7.3.2.3 Nederlands recht – algemene kader

221 Diverse zorgplichten bij gevaarstelling en productnormen

Het *Kelderluik*-criterium is in ons nationale aansprakelijkheidsrecht tot op de dag van vandaag het algemene ex post beoordelingskader ter normering van het *gedrag* van de laedens in gevaarstellingssituaties. Enerzijds wordt gekeken naar de *ex ante* uitgevoerde risicoanalyse: in hoeverre is de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid waarschijnlijk, hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan, hoe ernstig kunnen de gevolgen zijn?

¹⁹⁶⁷ In eerste aanleg werd geoordeeld dat section 29(1) van de Factories Act 1961 (*‘safe means of access and safe place of employment’*) uitgaat van *‘the general standard that ought reasonably to have been adopted by employers at the relevant time’* en dat de *‘common law duty of care’* in dit concrete geval niet anders wordt ingevuld. In appel werd echter geoordeeld dat de bijzondere zorgplicht uit section 29(1) strikter was dan de *‘common law duty of care’* en dat moest worden uitgegaan van de objectieve kennis ter bepaling van wat *‘safe’* is, derhalve van de bekendheid in de wetenschap begin jaren 70. Volgens het Supreme Court was de *‘common law duty of care’* voor de gemiddelde werkgever echter lichter, waarbij 1987 weer tot uitgangspunt werd genomen, met ditmaal zes tot negen maanden voor de werkgever om maatregelen te treffen. R.o. 87 en 88.

¹⁹⁶⁸ R.o. 25, 43 en 104.

¹⁹⁶⁹ Lord Dyson JSC in eerdergenoemde *Baker*-zaak onder 101, mede onder verwijzing naar eerdere opmerkingen van Swanwick J in *Stokes v Guest, Keen and Nettlefold* [1986] 1 WLR 1776 en Mustill J in *Thompson v Smiths Shiprepairers* [1984] QB 405 (Thompson).

¹⁹⁷⁰ Lord Dyson JSC eveneens onder 101.

¹⁹⁷¹ Lee 2011, p. 559.

Anderzijds focust het op het daaropvolgende risicomanagement: in hoeverre is het nemen van veiligheidsmaatregelen bezwaarlijk?¹⁹⁷² De *Kelderluik*-gezichtspunten impliceren overduidelijk een *risk/benefit*-analyse, zoals blijkt uit het gezichtspunt van het bezwaarlijk zijn van de veiligheidsmaatregelen in relatie tot de andere drie gezichtspunten.¹⁹⁷³ Hoewel iedere grondslag voor aansprakelijkheid zijn eigen vereisten en bewijslastverdeling kent,¹⁹⁷⁴ is in de laatste jaren in de rechtspraak van de Hoge Raad een ontwikkeling te zien waarbij de gedragsnormerende gezichtspunten die voor gevaarzetting onder de maatschappelijke betamelijkheid relevant zijn, meer of minder geobjectiveerd terugkeren onder bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheden. Voor werkgeversaansprakelijkheid werden deze gezichtspunten bijvoorbeeld gebruikt in *Bayar/Wijnen* in het kader van de zorgplicht ex art. 7:658 lid 2 jo. lid 1 BW.¹⁹⁷⁵ Hoewel werkgeversaansprakelijkheid strikt genomen een contractuele aansprakelijkheid is, past het deze grondslag hier te behandelen. Voor opstalaansprakelijkheid kwamen deze gezichtspunten terug in het *Wilnis*-arrest ter invulling van de gebrekkigheid ex art. 6:174 lid 1 BW.¹⁹⁷⁶ In de doctrine is deze koersverandering door onder anderen Spier bestempeld als een rem op de eerder steeds verder uitdijende aansprakelijkheid.¹⁹⁷⁷ Omdat de fabrikant en opvolgende schakels in de handelsketen zich allen in zekere zin schuldig kunnen maken aan gevaarzetting indien zij een product met een veiligheidsrisico in het verkeer brengen of houden, is het nuttig een

¹⁹⁷² HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)*). De oorspronkelijke verslag was: (i) “de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht”; (ii) “de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan”, (iii) de “ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben”; en (iv) “de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen”. Jansen wijst er terecht op dat de Hoge Raad niet altijd even consistent is in de formulering en dat er verschillende versies circuleren. Ik gebruik hier gemakshalve het ‘Kelderluik 2.0’ uit *Martina/Curacao*. Vgl. ook HR 7 april 2006, NJ 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*) en ‘versie 3.0’ in HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, NJ 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV/Zürich*).

¹⁹⁷³ In de literatuur wordt wel aangenomen dat het Nederlandse *Kelderluik*-criterium afstamt van de *Learned Hand*-formule, Van Dam 2013, p. 236. Zie ook Dommering-van Rongen 2000, p. 52 en 53. Zie kritisch echter Van Dongen & Giesen 2018.

¹⁹⁷⁴ Zo is ex art. 7:658 lid 2 BW de werkgever aansprakelijk voor schade geleden door de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden, tenzij de werkgever aan zijn zorgplicht zoals genoemd in lid 1 heeft voldaan. Van dit laatste draagt de werkgever de stelplicht en bewijslast. De wet bevat ten aanzien van de zorgplicht van de werkgever ten opzichte van de reguliere onrechtmatige daad dus een zuivere wettelijke omkering van de bewijslast- en dus ook van de bewijsrisicoverdeling.

¹⁹⁷⁵ HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, JAR 2005/287 (*Bayar/Wijnen*), mede onder verwijzing naar HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514, NJ 1979/245 (*Messaoudi/Hoechst*).

¹⁹⁷⁶ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o.4.4.4: ‘Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het derhalve aan op de — naar objectieve maatstaven te beantwoorden — vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.’

¹⁹⁷⁷ Spier 2014 en eerder in Bolt & Spier 1996, p. 1 e.v. zoals ook aangehaald door Loth 2016, p. 3. In *Wilnis* ging het uiteraard om staatsaansprakelijkheid, waarvoor bescherming van de staatskas een bijzondere achterliggende reden voor beperking kan zijn, doch Spier trekt de ontwikkeling breder.

vergelijking te maken met andere – wat ik gemakshalve maar noem – gevaarzettingsgrondslagen voor aansprakelijkheid, om te zien op welke manier andere wettelijke en alternatieve normen betekenis krijgen voor de bijbehorende privaatrechtelijke gedragsnormen. De omstandigheden die daarvoor van invloed zijn, zijn mijns inziens mede indicatief voor de wijze waarop productnormen betekenis kunnen krijgen voor privaatrechtelijke normstelling binnen de door mij onderzochte rechtsverhoudingen.

Uit de analyse van feitenrechtspraak (§ 7.3.2.4) zal blijken dat gevaarzetting een belangrijke categorie is waarbinnen normalisatienormen in praktijk soms worden toegepast. In die gevallen worden normalisatienormen gerelateerd aan de gezichtspunten binnen het beoordelingskader van gevaarzetting in het licht van de overige omstandigheden van het geval.

222 Objectieve kenbaarheid als ondergrens en geschreven veiligheidsnormen

Onrechtmatige daad, werkgeversaansprakelijkheid, opstalaansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor zaken en productaansprakelijkheid kennen een vergelijkbare ondergrens voor aansprakelijkheid, namelijk de objectieve kenbaarheid van het risico. Dit wordt ook wel de eis van generieke causaliteit genoemd.¹⁹⁷⁸ Onder art. 6:162 lid 2 BW alsmede bij opstal- en werkgeversaansprakelijkheid bestaat – anders dan onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid – geen gecodificeerd bevrijdend ontwikkelingsrisicoverweer (vgl. nr. 179). Het al dan niet bestaan van *kenbaarheid* vormt echter (mede) een relevante omstandigheid bij vaststelling van de onrechtmatigheid of de gebrekkigheid.¹⁹⁷⁹ Voor de invulling van de kenbaarheid kan in de praktijk bij het ontwikkelingsrisicoverweer bij productaansprakelijkheid worden aangesloten. Ik verwijs graag naar mijn opmerkingen dienaangaande over de invloed van productnormen uit voorzorg op de kenbaarheid en de terughoudende opstelling van de rechter bij gebreke van geschreven normen (nr. 179).

¹⁹⁷⁸ Uit het *Kelderluik*-arrest vloeit als ondergrens voor aansprakelijkheid een kenbaarheidsvereiste voort. Zie Van Dam 1989, p. later ook de asbestjurisprudentie. Van Dam 1989, p. 133. Zie ook De Jong 2016, p. 117 e.v. en aldaar genoemde bronnen. Vgl. Jansen 2012, p. 473 in het kader van opstalaansprakelijkheid, onder verwijzing naar de bekendheidseis bij art. 6:173 BW en het ontwikkelingsrisicoverweer bij productaansprakelijkheid, alsmede p. 413 en 483, onder verwijzing naar het door Franken 2010, p. 186-187 gemaakte onderscheid tussen generieke en individuele causaliteit waarbij de kenbaarheidseis de vraag naar het bestaan van generieke causaliteit betreft, zie ook p. 532 waar hij spreekt van objectieve bekendheid. Zie in deze bewoordingen ook Van Boom 2001, paragraaf 4, (gevaltype 2 in zijn betoog), onder verwijzing naar art. 6:185 lid 1 sub e BW, art. 6:173 BW en art. 6:175 BW.

¹⁹⁷⁹ Zie voor opstalaansprakelijkheid HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.5. waarin de stand van de wetenschap en de techniek niet als minimumdrempel, doch als gezichtspunt wordt gepresenteerd (zoals ook opgemerkt door Jansen 2012, p. 473). Zie echter ook r.o. 4.4.6: '*Daarbij verdient opmerking dat het oordeel van het hof in rov. 2.5.5 dat 'onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt' in het algemeen niet juist is voor een geval waarin, zoals het Hoogheemraadschap te dezer zake heeft gesteld, het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend — en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar — was.*'

In de literatuur bestaat discussie of de Hoge Raad in *Wilnis* nog enige ruimte laat voor aansprakelijkheid van de opstalbezitter voor objectief niet-kenbare gevaren.¹⁹⁸⁰ Wellicht houdt de Hoge Raad nog enige slag om de arm omdat absolute onbekendheid met het risico op het moment van het plegen van de daad in een enkel geval niet aan aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan. Onder ons nationale recht is bij werkgeversaansprakelijkheid geaccepteerd dat de werkgever aansprakelijk kan zijn voor het verwezenlijken van een hem destijds nog onbekend gevaar (mesotheliom), indien hij verzuimt om veiligheidsmaatregelen te nemen die vereist waren met het oog op toen wel al bekende gevaren van het werken met asbest (asbestose) en dit verzuim de kans dat de werknemer een tot mesotheliom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen in aanmerkelijke mate heeft verhoogd. Dit is slechts anders indien de werkgever aannemelijk maakt dat de veiligheidsmaatregelen tegen asbestose de verwezenlijking van het gevaar van mesotheliom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.¹⁹⁸¹ Deze constructie is later ook buiten werkgeversaansprakelijkheid toegepast.¹⁹⁸² Wanneer geschreven veiligheidsnormen, bijvoorbeeld producteisen of geharmoniseerde normen, ongeschreven privaatrechtelijke veiligheidsnormen nader invullen, dan zou mijns inziens eenzelfde mechanisme in werking kunnen treden. Voor dit onderzoek is dit mechanisme met name van belang voor producteisen die uit voorzorg zijn vastgesteld. Beschermde in acht te nemen norm tegen een kenbaar risico (A) maar ook tegen niet-kenbaar risico (B), dan kan indien het niet-treffen van de veiligheidsmaatregel tegen risico (A) de kans op schade als gevolg van risico (B) in aanmerkelijke mate heeft vergroot, dit tot aansprakelijkheid leiden voor schade als gevolg van risico (B), behoudens eerdergenoemde uitzondering. Deze constructie zou mijns inziens ook kunnen worden toegepast bij andere aansprakelijkheden, waaronder ook opstalaansprakelijkheid. Behoudens deze uitzondering zie ik net als Hartlief geen aanleiding om in *Wilnis* de wens te lezen aansprakelijkheid te kunnen aannemen voor objectief niet-kenbare gevaren. Tegelijkertijd biedt de minder stellige formulering van de Hoge Raad de ruimte om indien nodig ex post uit oogpunt van distributieve rechtvaardigheid in zeer uitzonderlijke omstandigheden wellicht ooit anders te beslissen (vgl. mijn eerdere opmerkingen onder nr. 189).

223 Voorzienbaarheid van het risico: het kennisniveau van de actor

Objectieve kenbaarheid alleen is onvoldoende voor aansprakelijkheid. De privaatrechtelijk ongeschreven gedragsnorm dient vervolgens te worden

¹⁹⁸⁰ Zie de noot van Hartlief onder 11 bij het arrest en de aldaar genoemde verwijzingen n.a.v. de woorden 'in het algemeen' in r.o. 4.4.6 voornoemd.

¹⁹⁸¹ De regel stamt uit HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw I*), r.o. 3.6. Zie ook Van Boom 2001, paragraaf 4.2.2.

¹⁹⁸² Bijvoorbeeld HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, *NJ* 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella besmetting Westfriese Flora*), r.o. 3.6.3 en 3.6.4.

bepaald aan de hand van onder meer de door de Hoge Raad benoemde gezichtspunten bij gevaarzetting.¹⁹⁸³

In Nederland is, net als in Duitsland en Engeland, het te verwachten kennisniveau van de concrete actor – beter bekend als het geobjectiveerde kennisniveau – van belang met betrekking tot enerzijds het risico (de risicoanalyse) en anderzijds de hiertegen mogelijk te nemen maatregelen (het risicomangement). Het gaat om de vraag wat men behoorde te weten.¹⁹⁸⁴ In de jurisprudentie van de Hoge Raad is de maatschappelijke kring waartoe een actor behoort meermaals als gezichtspunt benoemd.¹⁹⁸⁵ In de literatuur wordt de mate van professionaliteit of specialisatie van de persoon eveneens relevant geacht.¹⁹⁸⁶ De functie van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer, al dan niet binnen een organisatie, kan eveneens een rol spelen bij het bepalen van dit kennisniveau. In de jurisprudentie en literatuur wordt de weging van deze omstandigheden onder het gezichtspunt ‘de aard van de gedraging’ geschaard.¹⁹⁸⁷ Jansen spreekt liever over de ‘aard van de rechtsverhouding’, hetgeen volgens hem een relevante omstandigheid doch geen primair gezichtspunt is.¹⁹⁸⁸ Vertaald naar het onderhavige onderzoek dient te worden onderzocht welke kennis van een productnorm van een laedens mag worden verwacht.

Uit de jurisprudentie blijkt dat bij kwalitatieve aansprakelijkheden als productaansprakelijkheid en opstalaansprakelijkheid het geobjectiveerde kennisniveau van de opstalbezitter of producent gelijk kan worden gesteld met de stand van de wetenschap en de techniek. Dit impliceert een hoger kennisniveau dan het in acht nemen van wet-, regelgeving en normalisatienormen. Bij de beoordeling door de werkgever van risico's dient eveneens acht te worden geslagen op de stand van de wetenschap. Het moment van bekend worden van een risico valt echter niet samen met het moment waarop de werkgever wordt geacht maatregelen te treffen.¹⁹⁸⁹ De

¹⁹⁸³ Het welbekende HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)*), en daaropvolgende arresten waarin nadere gezichtspunten zijn benoemd.

¹⁹⁸⁴ Van Dam 1989, p. 149, die erop wijst dat voorzienbaarheid kan worden opgesplitst in de waarschijnlijkheid van de schade en kenbaarheid, waarbij voor kenbaarheid veelal een professioneel vergelijkingstype tot uitgangspunt wordt genomen. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/74. Bij particulieren kan dat kennisniveau soms laag worden vastgesteld, zo blijkt uit HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, NJ 1994, 624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hulsbosch/Broen (Taxusstruik)*), r.o. 3.4.3 en 3.4.5.

¹⁹⁸⁵ Dit gezichtspunt volgt bijvoorbeeld uit de jurisprudentie over werkgeversaansprakelijkheid, zie bijvoorbeeld; HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*), r.o. 3.3; HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6927, NJ 2007/285 (*Heesbeen/Van Buren*), r.o. 4.7. Thans wordt dit als gezichtspunt in meer algemene zin aangenomen, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/74.

¹⁹⁸⁶ O.a. De Jong 2016, p. 388 en 389.

¹⁹⁸⁷ Jansen 2012, p. 396 onder verwijzing naar HR 7 april 2006, NJ 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3.

¹⁹⁸⁸ Herhaald in Jansen 2018.

¹⁹⁸⁹ HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686 (*Cijsouw I*), r.o. 3.8: ‘(...) Het hangt van de omstandigheden af wanneer zulk een verplichting ontstaat: daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap omtrent bedoeld verband ontstaat, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening valt te houden met enig tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever ter zake te verrichten onderzoek (vgl. voor dit laatste HR 6 april 1990, 1990, 573). Door zonder nadere motivering, al dan niet veronderstellenderwijs, ervan uit te

zorgplicht van de werkgever is een zuivere, geobjectiveerde gedragsnorm. Gebrekkigheid bij opstalaansprakelijkheid focust niet op de persoon, doch op de veiligheid van de zaak 'naar objectieve maatstaven'.¹⁹⁹⁰

Omdat blijkens de rechtspraak bij product-, opstal- en werkgeversaansprakelijkheid de stand van de wetenschap en de techniek in beginsel het kennisniveau bepaalt, kan worden gezegd dat wettelijke normen en normalisatienormen die zien op risico's voor die actoren snel als minimum fungeren ter beoordeling van de gebrekkigheid respectievelijk de zorgplicht. Door dit hoge kennisniveau is bij werkgeversaansprakelijkheid en opstalaansprakelijkheid irrelevant of de normen direct aan de opstalhouder respectievelijk werkgever zijn geadresseerd. Deze normen vertegenwoordigen immers een lager kennisniveau dan de stand van de wetenschap en techniek. Of sprake is van gebrekkigheid respectievelijk schending van de zorgplicht hangt af van de weging van de overige *Kelderluik*-gezichtspunten ten aanzien waarvan wettelijke normen en normalisatienormen informatie kunnen geven.

224 Het volgen van wettelijke eisen en normalisatienormen

Uit nationale rechtspraak volgt dat bij gebrek aan wettelijke normen de maatschappelijke betamelijkheid toch enige zorgvuldigheidsnorm in het leven kan roepen (de *vangnetfunctie*, nr. 129).¹⁹⁹¹ In lijn met het voorgaande volgt uit rechtspraak over opstal- en werkgeversaansprakelijkheid dat het naleven van publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften niet zomaar kan bevrijden van aansprakelijkheid, zie onder meer *De Lozerhof, Wilnis* en het eerdere arrest *Foekens/Naim* (Vgl. het *regulatory compliance*-verweer).¹⁹⁹² Geschreven

gaan dat De Schelde vanaf 1960 maatregelen gericht op het voorkomen van, althans beschermen tegen mesotheliom had behoren te nemen, heeft de rechtbank derhalve hetzij blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij haar uitspraak tegenover de stellingen van De Schelde niet naar behoren gemotiveerd.'

¹⁹⁹⁰ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.3. Het arrest noemt voor de beoordeling van de gebrekkigheid, naast de *Kelderluik*-factoren, een aantal omstandigheden c.q. gezichtspunten uit de parlementaire geschiedenis zoals de aard van de opstal, de functie en de fysieke toestand, het te verwachten gebruik door derden en indien het een overheidslichaam betreft, zijn toekomstende beleidsvrijheid en beperkte financiële middelen.

¹⁹⁹¹ Zie in het kader van werkgeversaansprakelijkheid voor schade als gevolg van een risico ten aanzien waarvan wettelijke normen ontbraken, HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, NJ 1999/638 (*Cijsouw II*), r.o. 3.3.2 en 3.3.3 en HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, RvdW 2005/4 (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.7 en 3.8.

¹⁹⁹² HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463, NJ 2005, 215 (*Stichting de Lozerhof/van Duyvenbode-Langen*), r.o. 3.4, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 116. Zie eerder ook al HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, NJ 1999/638 (*Cijsouw II*), r.o. 3.3.2. Zie voor een concreet voorbeeld van een beroep van de werkgever op de aanwezigheid van een CE-markering, dat niet aan aansprakelijkheid in de weg kan staan: Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR1513, JAR 2011/243, Prg. 2011/214, JA 2011/163, VR 2012/63, JIN 2011/592. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).o. 4.4.3: 'Bij de eisen als bedoeld in art. 6:174 lid 1 gaat het om de eisen die men uit het oogpunt van veiligheid aan de desbetreffende opstal mag stellen (vgl. HR 15 juni 2001, nr. C99/350, LJN AB2149, NJ 2002/336 en HR 20 oktober 2000, nr. C99/004, LJN AA7686, NJ 2000/700). Daarbij spelen, zo volgt uit de wetsgeschiedenis (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1380), gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol. De omstandigheid dat een opstal in algemene zin voldoet aan geldende veiligheidsvoorschriften, staat niet in de weg aan het oordeel

normen zijn derhalve van belang voor de invulling van de zorgplicht respectievelijk de gebrekkigheid, doch het voldoen eraan bevrijdt niet per definitie.

Ook het hebben en naleven van een vergunning (*regulatory permit defence*) kan de vergunninghouder niet altijd baten.¹⁹⁹³ Volgens de Hoge Raad moet worden gekeken naar de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval, om de betekenis van de vergunning voor het onrechtmatigheidsoordeel vast te stellen.¹⁹⁹⁴ Aangezien de wet- en regelgeving een algemene strekking hebben en bij vergunningverlening of andere besluiten bestuursorganen weliswaar acht moeten slaan op individuele belangen, doch zij niet – zoals de civiele rechter – in een concrete individuele belangenafweging treden,¹⁹⁹⁵ zal een *regulatory permit*-verweer binnen de beoordeling van de onrechtmatigheid zelden tot nooit worden gehonoreerd.¹⁹⁹⁶ Volgt uit de strekking van de vergunning en de publiekrechtelijke regeling waarop deze is gebaseerd echter dat deze zien op de bescherming van de belangen die het kader van de maatschappelijke betamelijkheid centraal staan, dan zal de betekenis van die vergunning c.q. voorschriften voor het onrechtmatigheidsoordeel toenemen en dient de rechter deze voorschriften, indien die door partijen zijn aangevoerd, volgens de Hoge Raad uitdrukkelijk in zijn oordeel en motivering te betrekken.¹⁹⁹⁷ Hoewel in het hier centraal staande productveiligheid niet wordt gewerkt met vergunningen,¹⁹⁹⁸ kunnen deze gezichtspunten ook worden toegepast bij de beantwoording van de vraag of naleving van een productnorm voor de

dat de opstal (niettemin) niet aan bedoelde eisen voldoet en derhalve gebrekkig is in de zin van art. 6:174 lid 1 (vgl. de genoemde uitspraak van 20 oktober 2000). De Hoge Raad verwijst hier naar HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, NJ 2000/700, AV&S 2001, p. 43, m.nt. F.T. Oldenhuis (Foekens/Naim), r.o. 3.7: *'Onderdeel 3 faalt omdat, anders dan daarin wordt verdedigd, de omstandigheid dat een opstal in algemene zin [voldoet aan alle veiligheidsvoorschriften van de brandweer en de arbeidsinspectie, niet in de weg staat aan het oordeel dat in zoverre aan de vereisten voor aansprakelijkheid ingevolge art. 6:174 wordt voldaan, dat de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'.*

¹⁹⁹³ Zie ook het eerdergenoemde arrest HR 30 juni 1989, NJ 1990/652 (Upjohn/Van Ommeren - Halcion), r.o. 4.4.1, waaruit volgt dat het hebben van een vergunning voor een geneesmiddel niet aan productaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW in de weg staat.

¹⁹⁹⁴ HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, NJ 1973/278 (Vermeulen/Lekkerkerker). De Hoge Raad overweegt dat de aard van de hinderwet en daarop gebaseerde regelgeving niet meebrengt dat daardoor de omvang van de rechten van de eigenaren van naburige percelen in die zin zou worden beperkt dat zij schade of hinder die van zodanige aard die zijn het in het algemeen niet hoeven te dulden, wel zouden moeten verdragen van iemand voor dat handelen een Hinderwetvergunning had gekregen. Zo'n vergunning vrijwaart degene die overeenkomstig die vergunning handelt, dan ook niet voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

¹⁹⁹⁵ Zie in die zin HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2005/418, m.nt. C.J.H. Brunner (Bouwvergunning Heemstede, Ludlage/Van Paradijs), r.o. 3.5.3 over de betekenis van een vergunning voor de Wet RO, zoals ook aangehaald door Van Boom 2020, p. 218. Schending van vergunningsvoorwaarden is daarentegen eerder onrechtmatig, zie HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, NJ 1981/227 (Van Dam/Beukeboom).

¹⁹⁹⁶ Vgl. ook Ogus 2007, p. 377 e.v. als aangehaald door Van Boom 2020, p. 216.

¹⁹⁹⁷ Zie in die zin HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2005/418, m.nt. C.J.H. Brunner (Bouwvergunning Heemstede, Ludlage/Van Paradijs), r.o. 3.5.3 en 3.5.4.

¹⁹⁹⁸ Dit is anders bij geneesmiddelen en chemische stoffen.

onrechtmatigheid van betekenis is. In dat geval moet worden gelet op de aard van de regel en de in de regel verdisconteerde belangenafweging.

Het volgen van wettelijke normen of normalisatienormen kan binnen het beoordelingskader van gevaarzetting worden gerelateerd aan het gezichtspunt van de tegen het intreden van het risico te nemen voorzorgsmaatregelen, in het bijzonder de *bezwaarlijkheid* en de *gebruikelijkheid* ervan. De laedens zal in het kader van dit gezichtspunt willen betogen dat hij met het volgen van een geharmoniseerde norm of normalisatienorm had kunnen volstaan en aldus voldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen. Hoe dienen wij een dergelijk argument processueel te kwalificeren bij een reguliere onrechtmatige daad ex art. 6:162 lid 2 BW? Op grond van art. 150 Rv vormt een dergelijke opmerking een betwisting van onrechtmatigheid ex art. 6:162 lid 2, derde categorie, BW. Het blijft in zo een geval in beginsel aan gelaedeerde om te stellen en zo nodig te bewijzen dat onvoldoende zorg is betracht. Onderdeel daarvan zijn de stelling en onderbouwing dat onvoldoende veiligheidsmaatregelen tegen een gevaar zijn genomen. Op dit uitgangspunt uit Jansen in zijn proefschrift kritiek. Hij pleit ervoor de gelaedeerde te belasten met het bewijs van het gevaarzettende handelen, maar de laedens (zo nodig) toe te laten tot het bewijs van een afdoende – in het door hem besproken geval – waarschuwing.¹⁹⁹⁹ Dit is te kwalificeren als een rechterlijke omkering die qua constructie vergelijkbaar is met de wettelijke omkering uit art. 7:658 BW (bevrijdend verweer). Voor een dergelijke omkering valt mijns inziens veel te zeggen, zeker nu de laedens veelal de meeste expertise zal bezitten over zowel het risico als het management ervan en gelaedeerde een informatieachterstand heeft. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad buiten gevaarzetting blijkt echter een voorkeur voor een *case-to-case* benadering met behulp van een verzwaarde stelplicht.²⁰⁰⁰

Voor wat betreft de inhoudelijke waardering van dit argument ben ik met Jansen en Spier van mening dat terughoudend met het honoreren van ‘zulke verweren’ (lees: het accepteren van de naleving van normen als voldoende gemotiveerde betwisting van onrechtmatigheid) moet worden omgegaan.²⁰⁰¹ Volgens Jansen mogen echter alleen ‘doordachte en objectieveerbare gebruiken, zoals in branchecodes of *best practices* neergelegde handelswijzen’ doorwerken in de onrechtmatigheidstoetsing (lees: onder voornoemd gezichtspunt).²⁰⁰² Dat lijkt mij een eng en tegelijkertijd onduidelijk criterium. Ik voel meer voor de Duitse benadering waarbij de nadruk ligt op het

¹⁹⁹⁹ Jansen 2012, p. 388 en 389, alsmede p. 559.

²⁰⁰⁰ Vgl. de jurisprudentie over schending van zorgplichten van o.a. vermogensbeheerders HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, *NJ* 2007, 203, m.nt. Mok (*Zorgplicht vermogensbeheerder*), r.o. 3.4 en makelaars HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5356, *NJ* 2013/343 (*Zorgplicht makelaar*), r.o. 3.4.3. Rechterlijke omkering als gevolgtrekking is dan mogelijk, doch voor de hand ligt dat de rechter de stelling van de partij op wie de bewijslast rust hetzij als onvoldoende betwist ex art. 149 Rv en dus als vaststaand aanneemt, hetzij voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust.

²⁰⁰¹ Jansen 2018, onder verwijzing HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, *NJ* 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV/Zürich*), sub 3.

²⁰⁰² Jansen 2018.

kennisniveau dat in de norm ligt verdisconteerd, hetgeen in verband wordt gebracht met het kennisniveau dat van de actor mag worden verwacht. Vormt een bepaalde handelswijze een *anerkannte Regel der Technik* of stemt deze zelfs overeen met de stand van de wetenschap en techniek (vgl. nrs. 211 en 212)? Zoals ik hiervoor heb aangegeven, pleit ik ervoor om het aandragen van gegevens over de accuraatheid en juistheid van gevolgde normen onderdeel te laten zijn van de verzwaarde motiveringsplicht van de producent (Vgl. mijn opmerkingen onder nr. 184 en 213 en in de slotbeschouwing, §8.5).

225 De schending van wettelijke eisen

De spiegelbeeldige vraag of een schending van een wettelijke eis ook direct een schending van enige zorgplicht impliceert, wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad zeer genuanceerd beantwoord.

Zo blijkt uit arresten over werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 lid 1 BW dat niet iedere schending van regelgeving automatisch resulteert in een schending van de zorgplicht. Zo is het ontbreken van een risico-inventarisatie (RI&E) ex art. 5 Arbowet niet in alle gevallen een schending van de zorgplicht, aldus de Hoge Raad. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of de zorgplicht ex art. 7:658 lid 1 BW meebrengt dat de werkgever vooraf een RI&E dient te maken (*Dusarduyn/Du Puy, Peters/Hofkens*).²⁰⁰³ Volgens A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie bij dit arrest dient te worden gekeken naar de strekking van de regelgeving, omdat het moet gaan om voorschriften die zien op concrete werkzaamheden of die bescherming beogen te bieden tegen een specifiek gevaar.²⁰⁰⁴ De plicht tot het maken van een RI&E zou geen specifiek veiligheidsvoorschrift betreffen.²⁰⁰⁵ Arbonormen moeten volgens haar wel als dergelijke regels worden gezien. Dat de schending van arbonormen in de regel een duidelijke aanwijzing is dat sprake is van schending van de zorgplicht is in andere arresten op de voorgrond geplaatst en goed verdedigbaar.²⁰⁰⁶ Zo'n uitgangspunt zou ook kunnen gelden bij schending van productnormen. Met het RSI-arrest lijkt de Hoge Raad echter ook bij schending van arbonormen een pas op de plaats te maken. Of schending van

²⁰⁰³ HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000, NJ 2004/176 (*Dusarduyn/Du Puy*), r.o. 3.3; HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:AF8254, NJ 2004/177 (*Peters/Hofkens, Vallende schoonmaakster*), r.o. 3.7.

²⁰⁰⁴ Concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, punt 15 bij *Peters/Hofkens*.

²⁰⁰⁵ Concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, punt 16 bij *Peters/Hofkens*.

²⁰⁰⁶ HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, NJ 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*), r.o. 3.5.2: 'Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden aan deze zorgplicht heeft voldaan, geldt als uitgangspunt dat de omvang van deze zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever geleverd wordt. De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat er materieel geen onderscheid bestaat tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever die in art. 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet is omschreven als de zorg 'voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten' — welke omschrijving aansluit bij art. 5 lid 1 van de Kaderrichtlijn Veiligheid en Gezondheid, 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 — en anderzijds de civielrechtelijke zorgplicht (zie de memorie van toelichting bij de Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet en enige andere wetten in verband met het vergroten van de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het arbeidsomstandighedenbeleid, Stb. 2006, 673.' Zie ook Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/251 e.v. onder verwijzing naar oudere rechtspraak waaruit dit uitgangspunt blijkt.

art. 4 Besluit beeldschermwerk jo. art. 6 Arbowet 1994 een schending van de zorgplicht oplevert, is volgens de Hoge Raad in dit arrest afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.²⁰⁰⁷ In casu bestond in feitelijke instanties discussie of de werknemer überhaupt meer dan twee uur per dag met een beeldscherm werkte, zijnde – gezien de strekking van de norm – de ondergrens voor toepasselijkheid van de norm.²⁰⁰⁸ Aangezien het hof echter aan de hand van de overige omstandigheden van het geval had vastgesteld dat niet kon worden uitgesloten dat de werknemer daadwerkelijk in een langere periode meer dan twee uur per dag achtereen beeldschermwerk verrichte, achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat met schending van art. 4 van het besluit ook de zorgplicht was geschonden niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.²⁰⁰⁹ Het vooropstellen van de omstandigheden van het geval, onderschrijft de noodzaak altijd de inhoud, het doel en de strekking van de geschreven norm te onderzoeken in verhouding tot de omstandigheden van het geval om de daadwerkelijke betekenis voor de privaatrechtelijke gedragsnorm, in dit geval de zorgplicht, vast te stellen. Niet iedere schending van een willekeurige norm zal automatisch ‘doortikken’.²⁰¹⁰ De verdere omstandigheden van het geval zijn nodig om te beoordelen a) of de geschreven regel überhaupt toepassing vindt, b) of de geschreven regel daadwerkelijk is geschonden en c) in hoeverre de geschreven regel iets zegt over de in concreto te betrachten zorg (de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm). Omdat bij werkgeversaansprakelijkheid die zorg mede wordt ingevuld aan de hand van de *Kelderluik*-criteria, dient de wettelijke eis hieraan als het ware te worden gerelateerd. Is de wettelijke eis wel voldoende specifiek en lijkt deze juist te zijn geschreven voor de concrete situatie, dan vult die de zorgplicht wel degelijk een-op-een in. Laat de

²⁰⁰⁷ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98, m.nt. Hartlief (SVB/*Van de Wege*, RSI), r.o. 4.4.2: ‘Bij de beoordeling (...) geldt als uitgangspunt dat de enkele omstandigheid dat SVB in strijd met art. 4 Besluit beeldschermwerk in verband met art. 6 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet 1994 heeft verzuimd aan [verweerster] de instructie te geven dat zij na ten hoogste twee achtereenvolgende uren beeldschermwerk ander werk moest gaan doen of een pauze moest nemen, niet meebrengt dat SVB is tekortgeschoten in de naleving van de op grond van art. 7:658 lid 1 BW op haar rustende zorgplicht jegens [verweerster]. Het antwoord op de vraag of zulks het geval is, is mede afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval.’ Hierbij verwijst de Hoge Raad naar HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:AF8254, NJ 2004/177 (*Peters/Hofkens, Vallende schoonmaakster*), waarin samengevat werd geoordeeld, dat met art. 7:658 lid 1 BW is niet beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen (r.o. 3.4). Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of de in art. 7:658 lid 1 BW bedoelde zorgplicht meebrengt dat een werkgever in zijn bedrijf een bijgewerkte en geëvalueerde risico-inventarisatie in de zin van art. 4 Arbeidsomstandighedenwet dient te hebben. Op het moment dat kan worden aangenomen dat het ontbreken van een zodanige risico-inventarisatie in het concrete geval een tekortkoming van de werkgever tegenover de werknemer zou inhouden, kan de werkgever nog aan zijn aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat zelfs in het hypothetische geval dat een risico-inventarisatie aan de daaraan te stellen eisen zou hebben voldaan, het naleven van de zorgplicht het ongeval niet zou hebben voorkomen (hetgeen ziet op het causale verband tussen zorgplichtschending en schade, r.o. 3.7).

²⁰⁰⁸ Zie in deze zin ook A-G Spier onder 5.29. De norm lijkt niet geschreven voor werkgevers wiens werknemers slechts incidenteel of zeer kort beeldschermwerk verrichten. Waarschuwen lijkt in die gevallen niet noodzakelijk. Zie Spier onder 5.30.2 en 5.30.3.

²⁰⁰⁹ R.o. 4.4.3.

²⁰¹⁰ Zie in deze zin ook A-G Spier onder 5.27 en 5.28 bij zijn conclusie bij het RSI-arrest.

wettelijke eis ruimte voor andere oplossingen of methoden – zoals in het productveiligheidsrecht indien ter invulling van een essentiële eis wordt verwezen naar geharmoniseerde normen – dan is het aan de werkgever om aan te tonen waarom de gekozen oplossing qua veiligheidsniveau gelijkwaardig is aan de methode uit de wettelijke eis.²⁰¹¹

Ten overvloede zij opgemerkt dat de Europese wetgever in een aantal richtlijnen op het gebied van arbeidsomstandigheden, expliciete verplichtingen heeft opgenomen voor werkgevers ten aanzien van werktuigen en beschermingsmiddelen, waardoor productnormen ook via het arbeidsomstandighedenrecht betekenis krijgen.²⁰¹² Zo dient een werkgever, die volgens de Commissie als eindgebruiker moet worden gezien,²⁰¹³ alleen arbeidsmiddelen te gebruiken of aan te schaffen die op het moment dat zij voor de eerste keer aan een werknemer ter beschikking worden gesteld, voldoen aan de daarop toepasselijke EU-voorschriften.²⁰¹⁴ Daardoor zijn onder andere de Machinerichtlijn, de Verordening Persoonlijke beschermingsmiddelen en daarmee ook de daaronder hangende geharmoniseerde normen, direct relevant voor de werkgever.²⁰¹⁵ Van een werkgever mag als niet-fabrikant uiteraard wel een minder hoog kennisniveau van het product worden verwacht dan de fabrikant zelf. Dit is anders indien hij de machine heeft gemaakt of samengesteld en hij daarom fabrikant is. Arbonormen kunnen soms ook NEN-normen verwijzen, hetgeen verwarring kan veroorzaken over de achtergrond, de herkomst, de normadressaat en het beschermingsbereik van een normalisatienorm. Gaat het bijvoorbeeld om een productnorm gericht aan de producent of een algemenere arbonorm?

²⁰¹¹ Vgl. HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0181, *NJ 1991/420 (Roeffen/Thijssen)*, r.o. 3.2. Het ging in casu om een ongeval met een steiger op zwenkwielen zonder voorgeschreven remsysteem. De werkgever meende echter dat vastzetten met balken of latten een volwaardige alternatieve veiligheidsmaatregel was. Het ontbreken van een vastzetinrichting was in strijd met art. 7 lid 1 aanhef en sub e Veiligheidswet 1934 jo. art. 124 lid 2 Veiligheidsbesluit voor fabrieken of werkplaatsen 1938, S en J, nr. 57, 1986, p. 167 jo. de aanwijzingen in het publikatieblad, p. 151. Concl. A-G Bieman-Den Hartogh, onder 5; ‘*zoals de raadsman van Roeffen ook zelf vermeldt (cassatiedagvaarding sub 1.3 op p. 4 en schriftelijke toelichting, p. 5), kon aan de wettelijke bepalingen eveneens worden voldaan indien op andere wijze een even hoog niveau van veiligheid wordt bereikt (zie p. 151 sub 1, laatste alinea).*’ Zowel de Hoge Raad als de A-G was echter niet duidelijk waaruit die gelijkwaardigheid van deze oplossing zou blijken.

²⁰¹² Kaderrichtlijn: Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (*PbEG* 1989, L 183/1) en daaronder hangende instrumenten als bijvoorbeeld Richtlijn 2009/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid bij het gebruik door werknemers van arbeidsmiddelen op de arbeidsplaats (tweede bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG) (*PbEU* 2009, L 260/5). Zie voor de implementatie o.a. het Arbeidsomstandighedenbesluit, hoofdstuk 7 over arbeidsmiddelen en hoofdstuk 8 over persoonlijke beschermingsmiddelen.

²⁰¹³ Blue Guide 2016, paragraaf 2.5.

²⁰¹⁴ Artikel 4 Richtlijn 2009/104/EG (Arbeidsmiddelenrichtlijn); ‘1. Onverminderd artikel 3 moet de werkgever aanschaffen of gebruiken: a) arbeidsmiddelen die, indien zij na 31 december 1992 voor de eerste maal ter beschikking van de werknemers worden gesteld in de onderneming of inrichting, voldoen: i) aan de bepalingen van alle communautaire richtlijnen die ter zake van toepassing zijn;’

²⁰¹⁵ Richtlijn 2006/42/EG (Machines) en Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen).

Is een wettelijke eis niet rechtstreeks van toepassing, dan kan deze alsnog ‘zijdelings’,²⁰¹⁶ analoog of indirect van toepassing zijn. Van Maanen en Lindenbergh halen hiertoe het voorbeeld van de tienjarige Lars Ruröde aan die met zijn arm in een draaiende melkmachine van boer Vrieling was gekomen die niet voldeed aan het Landbouwveiligheidsbesluit. Het Landbouwveiligheidsbesluit (een arbonorm) was niet van toepassing nu boer Vrieling geen werknemers in dienst had, maar werd toch relevant geacht. De Hoge Raad overwoog:

‘Ook indien het Landbouwveiligheidsbesluit niet rechtstreeks van toepassing is, kan toch — zoals het hof terecht overweegt — niet-inachtneming van de daarin vervatte veiligheidsvoorschriften mede bepalend zijn voor de vaststelling van de mate van onzorgvuldigheid waarmee Vrieling ter zake van het onderhavige ongeval heeft gehandeld. Daarbij is niet beslissend of het slachtoffer van het ongeval er bij zijn gedragingen daadwerkelijk op heeft vertrouwd dat aan die voorschriften voldaan was.’²⁰¹⁷

Van Maanen en Lindenberg komen tot de volgende gezichtspunten ter bepaling van de betekenis van wettelijke normen:²⁰¹⁸

‘Een wettelijke norm zal eerder beslissend zijn voor het onrechtmatigheidsoordeel als deze is gebaseerd op een vrij concrete afweging van belangen.²⁰¹⁹ Is sprake van een zeer specifieke gedragsnorm (bijvoorbeeld bouwvoorschriften of veiligheidsvoorschriften) dan is daarmee de vraag naar onrechtmatigheid beslist. In andere gevallen draagt de overtreding van een wettelijke norm in belangrijke mate bij aan de vorming van het onrechtmatigheidsoordeel op grond van het handelen in strijd met het ongeschreven recht. De inhoud van de bepaling heeft dan vooral zijdelingse betekenis.’

Ten slotte wijzen zij er nog op dat schending van een wettelijke norm veelal een belangrijk ‘bewijslastvoordeel’ zal opleveren.²⁰²⁰

Uit deze arresten van de Hoge Raad blijkt wederom de sterke autonome positie van privaatrechtelijke normstelling.²⁰²¹

226 Vergelijking met de invloed van andere alternatieve regelgeving

In Nederland worden zorgvuldigheidsnormen dus niet een-op-een ingevuld met wettelijke normen, omdat deze, afhankelijk van omstandigheden van het geval en toegespitst op de concrete verhouding tussen partijen, soepeler of

²⁰¹⁶ In de woorden van Van Maanen en Lindenbergh, die ook wel spreken van reflexwerking op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, Van Maanen & Lindenberg 2015, p. 36.

²⁰¹⁷ HR 8 december 1989, NJ 1990/778 (CJHB) (*Vrieling/Ruröde*), r.o. 4.1.

²⁰¹⁸ Van Maanen & Lindenberg 2015, p. 36.

²⁰¹⁹ Onder verwijzing naar Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2015/nr. 14; Van Dam 1989, p. nr. 60 en *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 618.

²⁰²⁰ Onder verwijzing naar Van Dam 1989, p. 97 en Engelen 1986, p. 215-216.

²⁰²¹ Vgl. in algemene zin Ogus 2007, p. 377 e.v. als aangehaald door Van Boom 2020, p. 216.

strenger zijn dan de wettelijke normen.²⁰²² Voor de hand ligt dat voor normalisatienormen die invulling geven aan wettelijke vereisten eenzelfde uitgangspunt geldt. Hoewel de Hoge Raad zich slechts incidenteel heeft uitgelaten over betekenis van normalisatienormen in private verhoudingen (nr. 143 en 144), zijn meer arresten gewezen over het gebruik van andere alternatieve reguleringsinstrumenten bij de invulling van zorgplichten. Uit deze arresten blijkt dat alternatieve normen eveneens van invloed kunnen zijn, doch niet stevast als minimumnorm fungeren.²⁰²³

In *Kouwenberg/Rabobank* achtte de Hoge Raad art. 31f en 31m van het Reglement voor de Handel op de Optiebeurs (RHO) mede relevant voor invulling van de bancaire zorgplicht jegens cliënten, doch niet doorslaggevend.²⁰²⁴ Het oordeel van het hof dat er klaarblijkelijk vanuit gaat dat art. 31m RHO niet meebrengt dat wanneer niet aan de gebruikelijke margeverplichting wordt voldaan de bank zich steeds op straffe van aansprakelijkheid van de uitvoering van optieopdrachten moet onthouden, is volgens de Hoge Raad geenszins onbegrijpelijk.²⁰²⁵ De Hoge Raad verwijst in de verdere overwegingen naar eerdere rechtspraak waarin reeds andere gezichtspunten werden geformuleerd ter vaststelling van de bijzondere zorgplicht aan de hand van de omstandigheden van het geval.²⁰²⁶ De privaatrechtelijke gedragsnorm dient dus grotendeels los van het RHO te worden vastgesteld en te worden geconcretiseerd. Vranken verklaart de terughoudende toepassing van deze normen vanuit de alternatieve herkomst van de norm. De rechtvaardiging van dit oordeel zou erin zijn gelegen dat niet zeker is dat de eerdergenoemde procedurele waarborgen in acht zijn genomen.²⁰²⁷ Mijns inziens is het evenwel mogelijk dat niet zozeer de status van recht of het mogelijke gebrek aan procedurele waarborgen,²⁰²⁸ als wel de inhoud, strekking en de aan de norm ten grondslag liggende belangenafweging maken dat in het onderhavige geval de verplichting minder bruikbaar is voor invulling van de ongeschreven bijzondere zorgplicht.

In Nederland is ten aanzien van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars in *Achmea/Rijnberg* geoordeeld dat schending ervan kan resulteren in een ongerechtvaardigde en daarmee onrechtmatige

²⁰²² Zie voorheen al Stuurman 1995, p. 267 onder verwijzing naar Snijders 1987, p. 188 e.v. en Dommering-van Rongen 1991, p. 188-189.

²⁰²³ Het beeld in de feitenrechtspraak lijkt zeer diffuus. Zie voor een oudere steekproef Giesen 2008. Zie eveneens, aangevuld met meer recente rechtspraak, Bentvelzen 2016.

²⁰²⁴ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), zoals ook uitgebreid besproken door Vranken in *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005 /79 t/m 83. Zie over de status van recht, hoofdstuk 4.

²⁰²⁵ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), r.o. 3.5.2. 3 en 3.6.2.

²⁰²⁶ R.o. 3.6.3. Daarin worden genoemd de eventuele deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.

²⁰²⁷ *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005 /83. Die terughoudende toepassing zou blijken uit het oordeel van de Hoge Raad om de beslissing van het hof is stand te laten.

²⁰²⁸ R.o. 3.5.3.

inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een verzekerde.²⁰²⁹ De Hoge Raad overwoog:

‘Blijkens de inleiding is beoogd in de Gedragscode aan te sluiten bij bestaande wetgeving op het gebied van privacy, zoals de Wet bescherming Persoonsgegevens en wetgeving over het (heimelijk) gebruik van camera’s. Gelet op de inhoud en opzet van de Gedragscode, kan tot uitgangspunt worden genomen dat indien een verzekeraar in strijd met de code handelt, sprake is van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van verzekerde.’²⁰³⁰

Uiteraard is een geharmoniseerde norm inhoudelijk een ander instrument dan de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, maar de ratio zoals hier weergegeven gaat ook op voor geharmoniseerde normen. Deze zijn immers ook bedoeld om aan te sluiten bij bestaande wetgeving, maar dan op het gebied van productveiligheid hetgeen pleit voor grotere betekenis van die normen.

Gaat het om veiligheidsnormen, al dan niet vervat in instructies of alternatieve normen, dan lijkt de betekenis groter. Uit het arrest *Lekkende Kruik II* volgt dat indien een norm daadwerkelijk een veiligheidsnorm is en het ernstige gevaar waartegen de geschonden norm beoogt te beschermen heeft zich verwezenlijkt, de aansprakelijkheid van degene jegens wie de norm zich richt in beginsel is gegeven. Dit is anders indien voor het afwijken van de norm voldoende klemmende redenen bestonden en voldoende overige voorzorgsmaatregelen naar toenmalig inzicht zijn genomen.²⁰³¹ Het ging in die zaak om een kraamverzorgster die in strijd met de geldende veiligheidsvoorschriften die in een instructie van het kraamcentrum door de werkgever aan haar waren meegedeeld, een afsluitbare, inferieure kruik had gebruikt die was begonnen te lekken en daardoor brandwonden had veroorzaakt. Veiligheidsnormen lijken daarmee snel als minimumnormen te gelden (Vgl. wettelijke eisen nr. 225).²⁰³²

Alternatieve veiligheidsnormen mogen niet in het geheel worden genegeerd door de rechter indien een partij ze ten grondslag heeft gelegd aan de onderbouwing van haar stelling dat sprake was van een gebrekkig opstal in de zin van art. 6:174 lid 1 BW. Dit volgt uit *Reaal/Gemeente Deventer*, over zogeheten CROW-richtlijnen op het gebied van wegbeheer ten aanzien waarvan de wederpartij van de gemeente aanvoerde dat deze waren geschonden.²⁰³³ In deze zaak casseerde Hoge Raad wegens onbegrijpelijkheid

²⁰²⁹ HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *RvdW* 2014/600, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*), zoals besproken door Menting 2015.

²⁰³⁰ HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *RvdW* 2014/600, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*), r.o. 5.2.1.

²⁰³¹ HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1080, *NJ* 1993/182, m.nt. Brunner (*Van Uitert/Kraamzorg, Lekkende kruik II*), r.o. 3.6.

²⁰³² Stuurman wijst er, onder verwijzing naar *Lekkende Kruik II*, terecht op dat niet alle normalisatienormen als veiligheidsnormen kunnen worden gekwalificeerd, Stuurman 1995, p. 269.

²⁰³³ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*), r.o. 3.11.

een oordeel van het hof dat er samengevat op neerkwam dat, hoewel een bepaalde CROW-norm was geschonden, er geen concrete norm door de gemeente zou zijn geschonden door de aanwezigheid van een richel of spleet niet te hebben opgemerkt. De vraag is of dit oordeel van de Hoge Raad is ingegeven door procesrechtelijke motieven of door een bijzondere status van de norm; het eerste lijkt het geval te zijn.²⁰³⁴

Recent expliciteerde de Hoge Raad in een zaak over het plaatsen van een damwand, waarbij een kabel van Liander werd beschadigd, hoe de veiligheidsnormen uit de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION), het Besluit informatie-uitwisseling ondergrondse netten (BION) en de alternatieve Richtlijn Zorgvuldig Graafproces (CROW250), die is opgesteld met het oog op de WION, zich verhouden tot de ongeschreven zorgplicht van de grondroerder tot het voorkomen van leidingschades. Volgens de Hoge Raad is de grondroerder onder omstandigheden onder het ongeschreven recht tot meer zorg gehouden dan het volgen van de aan hem verstrekte tekeningen. Hoeveel meer specificeert de wettelijke regeling niet. Bij gebreken van concrete wettelijke normering komt in dat geval bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid, volgens de Hoge Raad, groot gewicht toe aan de CROW-richtlijn.²⁰³⁵ Indien de rechter een afwijkende invulling wil geven dient hij te motiveren welke concrete omstandigheden een afwijking rechtvaardigen. Deze grote rol van alternatieve normen en het aannemen van motiveringsgebreken door de Hoge Raad in dit concrete geval, worden klaarblijkelijk gerechtvaardigd door:

- de samenstelling waaronder de normen tot stand zijn gekomen, waardoor de normen in zekere mate representatief zijn voor de in de beroepsgroep geldende opvattingen;
- de bedoeling van de wetgever aangezien die op een specifiek punt expliciet ruimte heeft gelaten voor zelfregulering;
- het belang van rechtszekerheid in dit soort gevallen.²⁰³⁶

A-G Hartlief kwam eveneens tot gedeeltelijke honorering van de motiveringsklachten, doch via een zelfstandige uitleg van de wettelijke normen en de ongeschreven zorgplicht, die hij in navolging van de doctrine als resultaatsverbintenis van de grondroerder tot het lokaliseren van de

²⁰³⁴ De conclusie van A-G Spier is voor verdere duiding niet behulpzaam nu hij concludeert tot verwerping van het beroep.

²⁰³⁵ HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295, m.nt. Lindenberg (Liander/Grondroerder), r.o. 3.7.2.

²⁰³⁶ HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295, m.nt. Lindenberg (Liander/Grondroerder), r.o. 3.6.2: *'(...) groot gewicht toe aan de richtlijn, die, zoals het hof heeft overwogen, is vastgesteld door een breed samengesteld, technisch geschoold gezelschap waarin zowel opdrachtgevers, (grotere) grondroerders als beheerders vertegenwoordigd waren. Aldus vormt de Richtlijn immers de weerslag van binnen de beroepsgroep geldende opvattingen omtrent zorgvuldig handelen. Ook bij de totstandkoming van de WION is gewezen op het belang van door de sector te maken afspraken (zie hiervoor 3.4.4). Bovendien is het voor de graafpraktijk van belang dat duidelijkheid bestaat over de wijze waarop de bij graafwerkzaamheden betrokkenen hun zorgplicht moeten naleven. De rechter dient daarom bij invulling van de zorgplicht in beginsel aan te sluiten bij de Richtlijn. Indien hij een daarvan afwijkende invulling van de zorgplicht wil geven, dient hij te motiveren welke omstandigheden rechtvaardigen dat in het concrete geval van de Richtlijn mocht worden afgeweken.'*

leiding/kabel kwalificeert,²⁰³⁷ zonder daarbij dermate groot gewicht toe te kennen aan deze richtlijn. De aanpak van de Hoge Raad is echter toe te juichen, omdat deze concrete sturing geeft bij het bepalen van het gewicht van alternatieve normen voor de inhoud van het ongeschreven recht.

7.3.2.4 Nederlandse recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen

227 Zorgplichten in het kader van gevaarzetting en normalisatienormen

De (lagere) rechtspraak waarin normalisatienormen een rol spelen ziet met name op de invulling van zorgplichten van anderen dan de producent in het kader van gevaarzetting. Deze rechtspraak laat een diffuus beeld zien.

Een van de weinige zaken die de Hoge Raad heeft gehaald waarin NEN-normen een rol speelden bij de invulling van zorgplichten was de zaak *Gemeente Losser/Kruidhof*.²⁰³⁸ In cassatie stond de vraag naar de vergoeding van zorgkosten centraal en werd tegen de vaststelling van aansprakelijkheid geen middel meer gericht. Het ging in eerste aanleg en appel echter nog om de vraag of de school onrechtmatig zou hebben gehandeld. Het feitenrelaas is zeer bekend: de kleren van Johanna, destijds 11,5 jaar oud, hadden vlam gevat aan het gasfornuis tijdens de koffie- en theedienst op school toen zij uit het kastje boven het gasfornuis iets wilde pakken. Namens ouders en kind werd aangevoerd dat de keuken qua indeling niet zou voldoen aan de geldende NEN-norm voor keukens, NEN 3267, nu het gasfornuis niet was verzonken en een keukenkastje boven het fornuis was geplaatst. Het hof kwam eerst tot de volgende vaststelling (r.o. 4.6):

‘De stelling van de gemeente dat de NEN-normen 3267 niet uit een oogpunt van veiligheid zijn ontworpen, moet naar het oordeel van het hof worden verworpen. Niet alleen blijkt het tegendeel uit de algemene toelichting bij die normen (overgelegd bij conclusie van repliek), maar ook uit de aard van deze normen blijkt dat zij mede zijn bedoeld om de veiligheid in de keuken zoveel mogelijk te waarborgen. Zij zijn weliswaar geen officiële, door de overheid opgestelde of gesanctioneerde dwingende voorschriften, maar bevatten richtlijnen en uitgangspunten voor de veiligheid in de keuken, voor welke veiligheid de school heeft in te staan.’

Vervolgens speelde de schending van de NEN-norm volgens het hof een rol bij de vraag of de in het leven geroepen situatie als gevaarscheppend was aan te merken (r.o. 4.7):

‘Door het gasstel óp het aanrecht en onder een keukenkastje te plaatsen, heeft de school, in ieder geval voor kinderen een gevaarscheppende situatie in het leven geroepen. In die omstandigheden immers is het gevaar van vlam vatten als men iets uit dat kastje wil pakken, onaanvaardbaar groot, omdat de kans bestaat dat loshangende kleren te dicht bij de brandende gaspits komen. Dit geldt te meer

²⁰³⁷ Overweging 3.40 en 3.42, Concl. A-G Hartlief.

²⁰³⁸ HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Losser/Kruidhof*).

indien kinderen van Johanna's leeftijd in de keuken werkzaam zijn, omdat het gasstel dan relatief (voor de kinderen) nog hoger geplaatst is.'

Omdat de school daarbij onvoldoende andere veiligheidsmaatregelen had getroffen om de veiligheid van de leerlingen te garanderen, zoals het houden van toezicht, had zij onrechtmatig gehandeld.²⁰³⁹ Opvallend is dat het hof oordeelt dat een school voor de veiligheid van de keuken heeft in te staan, waarna het voor invulling van die veiligheid mede aansluit bij een NEN-norm die eerder geadresseerd lijkt aan keukenproducenten en -installateurs.²⁰⁴⁰ Men kan zich afvragen of van een school verwacht mag worden dat deze op de hoogte is van NEN-normen over de veiligheid van keukens, iets dat niet de primaire taak van de school behelst. Gezien het oordeel lijkt dit irrelevant. De norm geeft klaarblijkelijk informatie over het objectieve veiligheidsniveau, waardoor deze norm ook werking krijgt jegens andere personen dan de primaire normadressaat. Vergelijk de Duitse benadering die de norm in verband brengt met *anerkannte Regeln der Technik* die iets zeggen over een objectief veiligheidsniveau. Een andere verklaring zou kunnen zijn dat het hof wellicht onbewust een vermoedelijke fout van een niet-ondergeschikte, namelijk de keukenleverancier of installateur aan wie de norm wél is geadresseerd, impliciet toerekent aan de school.²⁰⁴¹ Wat daar ook van zij, mijns inziens moet bij partijen anders dan degenen aan wie de norm is geadresseerd goed worden nagedacht over de rechtvaardiging voor het toekennen van privaatrechtelijke betekenis en het mechanisme dat daarvoor wordt gekozen. De schending van de norm lijkt in het onderhavige geval niet doorslaggevend voor de vaststelling van de schending van de zorgplicht: het is één van de omstandigheden die voor dit oordeel pleit. Wat nu indien de norm niet zou zijn geschonden en toch deze schade zou zijn ontstaan? Is het niet per definitie onbetamelijk om kinderen van 11,5 jaar binnen een onderwijsinstelling zonder toezicht met een gasfornuis te laten werken, aangezien een gasfornuis een gevaar op zich vormt en toezicht een minimale voorzorgsmaatregel is bij gebreke waarvan de onrechtmatigheid vaststaat? Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, zou de motivering daarbij moeten blijven en dienen niet-dragende omstandigheden wellicht niet bij de motivering te worden betrokken. Hier ziet de rechter zich geconfronteerd met een dilemma: de jurisprudentie van de Hoge Raad dwingt immers tot inachtneming van alle omstandigheden van het geval en de ernst van het ongeval maakt dat de rechter wellicht zoveel mogelijk munitie wil ter onderbouwing van de

²⁰³⁹ R.o. 4.8 t/m 4.10.

²⁰⁴⁰ Vgl. ook een geval van opstalaansprakelijkheid van de gemeente voor letselschade van een kind dat is gevallen in een pannakooi, waarbij de kantonrechter een NEN-EN-norm bij het oordeel betreft die primair gericht is aan de producent van voetbalkooien, Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, RVR 2018/70 (*Pannakooi*)

²⁰⁴¹ Vgl. art. 6:170 lid 1 BW of art. 6:171 lid 1 BW. Ziet men de relatie tussen ouders, kind en school als een overeenkomst dan is maar de vraag of de keuken een hulpzaak zou kunnen zijn ex art. 6:77 BW, omdat kan worden betwijfeld of hij wordt gebruikt bij de uitvoering van een verbintenis. Zie over de geschiktheid van het overeenkomstenrecht voor de onderwijsverhouding Voskamp 2018, p. 1 e.v.

onrechtmatigheid. Met het toekennen van betekenis aan normalisatienormen in relatie tot partijen waaraan die norm niet is gericht, moet mijns inziens behoedzaam worden omgegaan.

Uit de nationale jurisprudentie blijkt dat schending van NEN-normen vaak als extra argument ter onderbouwing van aansprakelijkheid wordt aangevoerd, maar slechts zelden een doorslaggevend argument is bij vaststelling van eventuele schending van een zorgplicht.²⁰⁴² Ook in de lagere jurisprudentie blijven rechters de *Kelderluik*-criteria tot uitgangspunt nemen, waarna ze de schending van een NEN-norm daarmee in verband brengen. Zo oordeelde de rechtbank Arnhem ten aanzien van een brand die was ontstaan op een dak in een door Giesbers Materieel verhuurde zwerfkast:

‘Daarbij verdient het opmerking dat zelfs als vast zou komen te staan dat de betreffende zwerfkast niet is onderhouden conform NEN 3140 [toevoeging auteur: de norm voor controle van elektrische installaties], dit niet zonder meer betekent dat Giesbers Materieel onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvoor is vereist dat de mate van waarschijnlijkheid van brandschade als gevolg van verhuur van een zwerfkast die niet conform de norm NEN 3140 is onderhouden, zo groot is dat Giesbers Materieel zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van verhuur had moeten onthouden. Of dit het geval is, zal worden beoordeeld aan de hand van de antwoorden van de deskundige. Mocht in rechte vast komen te staan dat Giesbers Materieel ter zake onrechtmatig heeft gehandeld, dan heeft Reaal [toevoeging: de gesubrogeerde verzekeraar ten aanzien van het pand] slechts recht op schadevergoeding indien ook het causaal verband tussen het nalaten van onderhoud conform NEN 3140 en de brand vast komt te staan’.²⁰⁴³

Aldus wordt de NEN-norm telkens vertaald en ingepast in de privaatrechtelijke gedragsnorm.²⁰⁴⁴

Bij bouwwerkzaamheden speelt de geschonden norm een prominentere rol bij het vaststellen van de zorgplicht. Zo oordeelde het hof Den Haag over de vraag of dakbedekking deugdelijk was aangebracht door een onderaannemer dat een maatschappelijke verplichting bestond voor de onderaannemer dat de dakbedekking aan NEN 3850 zou voldoen,²⁰⁴⁵ maar ook dat deze norm ziet op

²⁰⁴² Zie bijvoorbeeld HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2204, NJ 1998, 567 (*Bos/Althuisius, Bos/erven Althuisius*), waarin bij rechtbank en Hof het verweer wordt gevoerd dat een in bruikleen gegeven ladder gebrekkig is nu de bruikleengever de ladder in strijd met NEN-normen zelf heeft gerepareerd of door een derde zou hebben laten repareren.

²⁰⁴³ Rb. Arnhem 22 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1090, r.o. 4.11. Zie ook Hof Arnhem 19 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9404 in het kader van een eigenschuld verweer in een geschil tussen twee kabeleigenaren op grond van vermeende gevaarzetting. Zie ook Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11552, r.o. 4.13.’

²⁰⁴⁴ Vgl. ook Rb. Arnhem 12 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC7707. In NEN-normen zijn soms procedurevoorschriften voor veilig werken vervat, denk aan brandgevaarlijke werkzaamheden als slijpen. Volgens de Rechtbank Arnhem is ook los van de instructies in een NEN-norm, het slijpen zonder voorafgaand onderzoek naar brandgevaar, in het onderhavige geval onzorgvuldig, omdat betrokkene alternatieve en minder brandgevaarlijke mogelijkheden had moeten onderzoeken.

²⁰⁴⁵ Hof ‘s-Gravenhage 11 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8168, RAV 2009,29, r.o. 14: ‘Voormolen had immers, als redelijk bekwaam en er redelijk handelend dakdekker, een zelfstandige (maatschappelijke)

de voorkoming van een specifiek gevaar (schade aan een dakconstructie door windbelasting), alsmede dat deze norm niet alleen strekt tot bescherming van de belangen van de bij de overeenkomst van onderaanneming betrokken partijen, maar ook de belangen van derden als de eigenaar van het pand. Voor de toepasselijkheid van de norm sluit het hof aan bij het deskundigenbericht.²⁰⁴⁶

Het temporele toepassingsbereik van normalisatienormen wordt veelal gerespecteerd indien van een actor niet een hoger kennisniveau dan kennis van technische normen mag worden verwacht.²⁰⁴⁷

Bij veiligheidsnormen in de vorm van NEN-normen hoeft overigens niet altijd te worden gedacht aan fysieke veiligheid. Ook kan worden gedacht aan digitale veiligheid in de zin van art. 13 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), zo blijkt uit een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof gebruikt NEN 7512 om dit artikel uit de Wbp nader in te kleuren ter beantwoording van de vraag of het elektronisch patiëntendossier onrechtmatig, want onvoldoende veilig is. Dat NEN 7512 de Wbp nader invult, stond tussen partijen vast. Het dossier kan echter de toets aan de NEN-norm doorstaan. Ook andere omstandigheden kunnen niet tot onveiligheid en dus onrechtmatigheid leiden.²⁰⁴⁸

Het bevreemdt overigens niet dat een kort geding naarmate het feitenrelaas bij gevaarzetting in relatie tot normen complexer wordt, zich minder leent voor uitgebreide discussies over normalisatienormen en de toepassing ervan.²⁰⁴⁹

228 Zorgplichten van kabel- en leidingbeheerders

Met enige regelmaat wordt, nadat schade is ontstaan aan kabels of andere opstellen op de openbare weg door onzorgvuldig handelen, betoogd dat de leidingbeheerder in strijd met de NEN-normen een leiding of verdeelkast op

verplichting om ervoor te zorgen dat de door haar aan te brengen dakbedekking op zodanig deugdelijke wijze werd aangebracht dat deze aan de veiligheidseisen van NEN-norm 3850 zou voldoen. Bijzondere omstandigheden die een uitzondering op deze zorgplicht kunnen rechtvaardigen, zijn gesteld noch gebleken. Het enkele feit dat er na de onderhavige storm een brochure op de markt is verschenen waarin de gevolgen van storm worden geëvalueerd en waarin wordt geadviseerd ten aanzien van de wijze waarop dakbedekking moeten worden aangebracht, is onvoldoende. Zoals reeds eerder is overwogen, moet er in dit geding van uit worden gegaan dat NEN-norm 3850 ten tijde van de onderhavige werkzaamheden van Voormolen in elk geval al bestond. Voormolen behoorde naar het oordeel van het hof, als redelijk bekwaam dakdekker, in voldoende mate kennis van die norm te hebben. Dit betekent ook dat, anders dan Voormolen meent, zij niet slechts rekening diende te houden met de (contractuele) normen die hoofdaannemer Hijbeek aan de door Voormolen uit te voeren werkzaamheden stelde.'

²⁰⁴⁶ Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8168, RAV 2009,29, r.o. 18.

²⁰⁴⁷ Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1301, r.o. 3.9 over de beoordeling van een anti-sliplaag op tegels in een toilet van een tankstation die de oorzaak zouden zijn van een val, waarvoor de eigenaar van het tankstation aansprakelijk wordt gehouden. Ten tijde van het ongeval waren nog geen NEN-normen beschikbaar, maar wel een zogeheten Nederlands Technische Afspraak c.q. protocol. Het hof acht de enkele schending van dit protocol echter onvoldoende voor onrechtmatigheid en loopt verder de *Kelderluik*-criteria af.

²⁰⁴⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1697, r.o. 17. Eerste aanleg: Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3097

²⁰⁴⁹ Vgl. Rb. Limburg 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8581, r.o. 4.2.1.

een bepaalde plek heeft aangebracht.²⁰⁵⁰ In een arrest van het hof Arnhem werd de aansprakelijkheid van NUON voor brandschade ontstaan door kortsluiting in een van haar kabels aan andere kabels van KPN gestoeld op art. 6:174 lid 1 BW. NUON verweerde zich door te stellen dat KPN zelf onzorgvuldig zou hebben gehandeld door haar kabels in strijd met NEN-normen 1738 en 1739 (legvoorschriften) te dicht bij de NUON kabels te leggen.²⁰⁵¹ Volgens het hof vormen deze NEN-normen een referentiekader voor de door leidingbeheerders te betrachten zorgvuldigheid, maar daarmee is nog niet gegeven dat de tussen leidingbeheerders in het maatschappelijk verkeer te betrachten zorgvuldigheid meebrengt dat de in de NEN-normen voorgeschreven afstanden zonder meer moeten worden nageleefd. Een en ander hangt volgens het hof af van alle omstandigheden van het geval en van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de verweten gedragingen of nalatigheden, waarbij het hof aansluit bij de *Kelderluik*-factoren, namelijk:

‘de hoegrootheid van de kans op schade bij het niet naleven van de in de NEN-normen voorgeschreven afstanden, de ernst van de schade en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen ter voorkoming van schade. Daarbij moet het gevaar voor KPN kenbaar zijn geweest.’²⁰⁵²

Aangezien KPN ten aanzien van deze overige omstandigheden onvoldoende had gesteld, concludeert het hof tot instandhouding van het vonnis in eerste aanleg. Het resultaat was honderd procent aansprakelijkheid van NUON.²⁰⁵³ Zie voor leidingschades voorts het arrest van de Hoge Raad als besproken onder nr. 226.

²⁰⁵⁰ Zie bijvoorbeeld een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden over het raken van een verdeelkast in een berm bij maaiwerkzaamheden. Het hof komt tot de conclusie dat, mocht de NEN-norm van toepassing zijn, deze in de gegeven omstandigheden in ieder geval niet is geschonden. De overige omstandigheden kunnen evenmin tot onzorgvuldigheid leiden, Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6308. Zie ook Rb. Noord-Nederland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3827.

²⁰⁵¹ Hof Arnhem 19 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9404. Zie ook de uitspraak in eerste aanleg bij dit arrest Rb. Zutphen 23 juni 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AP8627. Zie voor een niet-succesvol eigenschuldverweer op grond van NEN-normen nu een kabelbeheerder onvoldoende zou hebben gewaarschuwd voor de aanwezigheid van een elektriciteitsstation in een container die bij wegwerkzaamheden van zijn plaats is geraakt waardoor kortsluiting is ontstaan, Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5256

²⁰⁵² R.o. 4.14.

²⁰⁵³ Vgl. een geschil over de te verwachten diepte van olieleidingen in verband met een leidingschade in cassatie, HR 12 april 2004, ECLI:NL:HR:2002:AD9112, *JBO* 2005/341, r.o. 5.3: ‘Het Hof heeft niet miskend dat het bij de *Pijpleidingcode* en de *NEN-norm* gaat om niet-bindende regels en evenmin dat deze code en norm niet betrekking hebben op een situatie als hier aan de orde. Uit de onder meer in 1992 noodzakelijk geachte revisie van de *Pijpleidingcode* en de daarin voor diepteligging gestelde norm kon en mocht het Hof echter afleiden, dat op grond van voortschrijdende kennis omtrent en inzicht in de gevaren van het transport van gevaarlijke stoffen en de noodzaak tot bescherming van het milieu, waaronder het grondwater, in de huidige tijd andere (zwaardere) eisen worden gesteld aan diepteligging van HD-leidingen dan in de tijd van aanleg van de onderhavige leiding. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering.’

229 Opstalaansprakelijkheid en normalisatienormen

De rechtbank Dordrecht oordeelt ten aanzien van een ongeval waarbij een kind met zijn hand door het glas van een deur is gegaan, dat het niet-voldoen van het glas aan de NEN-norm niet doorslaggevend is voor gebrekkigheid:

‘Voor een verplichting tot het gebruik van veiligheidsglas bestaat – zoals de Woningstichting terecht heeft aangevoerd – geen wettelijke grondslag. Dienaangaande bestaat wel NEN 3569, maar naleving van deze norm is, anders dan bij sommige andere NEN-normen, niet dwingendrechtelijk voorgeschreven.’

Indirecte toepassing volgt evenmin:

‘Anders dan zou volgen uit de stellingen van [eiser] maakt het enkele feit dat NEN 3569 als de huidige norm (“state of the art”) voor de toepassing van veiligheidsbeglazing zou hebben te gelden, niet dat van deze norm afwijkend glas in een voordeur per definitie gebrekkig is. Temeer niet nu de opstal, meer specifiek (het glas in) de voordeur, blijkens de onbetwist gelaten stelling van de Woningstichting, voldoet aan de in het Bouwbesluit 2003 gestelde vereisten voor bestaande bouw. In het Bouwbesluit 2003 worden geen specifieke eisen gesteld voor de toepassing van (veiligheids-)glas.’²⁰⁵⁴

Andere omstandigheden waren door eiser niet gesteld. Ten aanzien van een vergelijkbaar incident, maar dan in een roc waarbij een student met zijn vuist door een klapdeur gaat, komt een rechtbank op grond van de omstandigheden van het geval tot een ander oordeel:

‘De rechtbank is van oordeel dat bij dergelijke grote hoeveelheden, volgens ROC Rijn IJssel ‘veelal volwassen’, maar kennelijk deels dus nog minderjarige, leerlingen die de klapdeur passeren niet onwaarschijnlijk is dat een van hen niet de benodigde oplettendheid en voorzichtigheid in acht neemt en dat daaruit een ongeval ontstaat waarbij glas in de klapdeur breekt. Feit van algemene bekendheid is voorts dat ‘normaal’ (float)glas breekbaar is en bij breuk scherpe scherven kan opleveren die, mogelijk ernstige snijwonden kunnen veroorzaken. ROC Rijn IJssel heeft voorts de stelling van [eiser] dat het voorzien van de klapdeur van veiligheidsglas niet zeer bezwaarlijk is niet gemotiveerd betwist.’²⁰⁵⁵

Het naleven van wettelijke voorschriften en/of normalisatienormen is uiteraard geen verweer tegen gebrekkigheid in de zin van art. 6:174 lid 1 BW indien de norm niet rekening houdt met een gevaar zoals dat zich in de praktijk heeft verwezenlijkt.²⁰⁵⁶ Het ging in die zaak om een ongeval met een roltrap: een kind was beklemd geraakt in het gat tussen de draaiende leuning van de

²⁰⁵⁴ Rb. Dordrecht 9 december 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6932, JA 2010/24, r.o. 4.3 en 4.4.

²⁰⁵⁵ Rb. Gelderland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4565, r.o. 4.3.

²⁰⁵⁶ Hof Amsterdam 24 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL4918, r.o. 3.1 onder c. alsmede 3.8 en 3.9. Zie ook deze zaak in eerste aanleg, Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558, zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 192.

trap en de vloer, met letsel tot gevolg. In die zaak werd gebrekkigheid aangenomen ondanks dat de NEN-norm was nageleefd.

Gaat het om een NEN-norm die juist expliciet rekening houdt met een bepaald risico, dan komen aan de daarin verdisconteerde risicoanalyse en het gekozen risicomanagement onder omstandigheden groot gewicht toe. Een zaak bij de rechtbank Den Haag zag op een ongeval op een schoolplein met een speeltoestel bestaande uit blokken tot maximaal 50 centimeter hoog waar kinderen van de ene steen naar de andere kunnen springen, waaronder geen rubberen tegels of andere valbescherming was aangebracht. De rechtbank oordeelde dat deze *stepping stones* niet gebrekkig zijn in de zin van art. 6:174 BW indien zij aan de NEN-normen voldoen, omdat daarin een *risk/benefit*-afweging is gemaakt, waarbij de kans om aanvaardbare risico's aan te gaan als onderdeel van een stimulerende leeromgeving onder meer als baten werden gezien.²⁰⁵⁷ Aangezien in de NEN-normen ook het risico op springen was verdisconteerd, de vergelijking met het plaatsen van matten tijdens de gymles volgens de rechtbank niet opging en er geen sprake was van andere omstandigheden op grond waarvan bijzonder toezicht moest worden gehouden, was de opstalbezitter volgens de rechtbank niet aansprakelijk.²⁰⁵⁸ Door de *risk/benefit*-overwegingen die aan de norm ten grondslag liggen in de motivering te betrekken, krijgt de motivering scherpte en wint deze aan overtuigingskracht.

In de zaak over een ongeval met een brede familiewaterglijbaan in een zwembad – die reeds onder nr. 229 aan de orde kwam voor wat betreft het productaansprakelijkheidsdeel – staat het voldoen van de glijbaan van de producent aan de NEN-EN 1069-1 niet aan gebrekkigheid van de opstal in de weg. De gebrekkigheid was hier volgens de rechtbank gelegen in het gebrekkige toezicht door de opstalbezitter, met name door niet vanaf het platform bovenaan de glijbaan maar slechts vanaf de kant toezicht te houden.²⁰⁵⁹ Deze zaak roept overigens wel de vraag op in hoeverre het meenemen van deze gedragingen van de opstalbezitter zich verhoudt tot art. 6:174 lid 1 BW en het gebrekkigheids criterium, en of art. 6:162 lid 1 BW niet

²⁰⁵⁷ Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167, r.o. 4.6: *'In die NEN-normen zijn blijkens de inleiding op die normen de kenmerken van kinderspel en de daaraan verbonden risico's verdisconteerd met daarin een balans tussen enerzijds de kans voor kinderen om aanvaardbare risico's aan te gaan als onderdeel van een stimulerende, uitdagende en gecontroleerde leeromgeving en anderzijds de noodzaak het kind te vrijwaren van ernstig letsel. (...) Blijkens de toepasselijke NEN-normen is in het geval van speeltoestellen met een vrije valhoogte tot maximaal 60 cm, en die geen gedwongen beweging van het lichaam van de gebruiker veroorzaken, geen valdempende ondergrond vereist. Speeltoestellen met een gedwongen beweging, waarbij altijd een valdempende ondergrond aanwezig moet zijn die geschikt is voor een valhoogte van minimaal 100 cm zijn schommels, wippen, veertoestellen, draaitoestellen, kabelbanen en de uitloop van glijbanen. De genoemde eisen werden blijkens de overgelegde informatie van de website "allesoverspelen", onderdeel van de website www.veiligheid.nl als acceptabel gezien omdat de Europese normcommissie wilde vermijden dat overal speciaal bodemmateriaal moet worden aangebracht.'*

²⁰⁵⁸ R.o. 4.7-4.8. De vordering op grond van art. 6:162 lid 1 BW e.v., mede jegens de exploitant van de school, slaagt evenmin.

²⁰⁵⁹ Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055, VR 2018/110, r.o. 5.18

een passendere grondslag is in dit soort situaties. (NB: Volgens de rechtbank is aan de vereisten van beide grondslagen voldaan.)²⁰⁶⁰

De rechtbank Oost-Brabant oordeelt over een geval waarin een vrouw van een buiten-fitnessapparaat in een park is gevallen en een dwarslaesie heeft opgelopen, dat de stelling van gelaedeerde dat ondanks conformiteit met de geldende normen er extra voet- en rugsteunen als veiligheidsmaatregelen hadden moeten worden geplaatst, niet kon worden gevolgd. Er zou onvoldoende duidelijk zijn gemaakt in hoeverre zulke maatregelen gebruikelijk zijn, zeker nu het gaat om een openlucht apparaat waaraan andere eisen op het punt van onderhoud en duurzaamheid kunnen worden gesteld dan een sportschoolapparaat, bijvoorbeeld dat deze ‘hufter proof’ is. Ook hier wordt de conformiteit aan normen dus aan de *Kelderluik*-criteria gerelateerd.²⁰⁶¹ Ook bij andere kwalitatieve aansprakelijkheden zoals bij mijnbouwschade ex art. 6:177 BW kunnen NEN-normen een rol spelen bij de beoordeling van de constructieve veiligheid van woningen en het bestaan van ernstige en onmiddellijke dreiging in de zin van art. 6:184 lid 1 sub a BW.²⁰⁶²

230 Werkgeversaansprakelijkheid en normalisatienormen

In de praktijk wordt bij de beoordeling van de geschiktheid van arbeidsmiddelen door de rechter soms het criterium gebruikt of deze ‘voldoen aan de eisen die uit veiligheidsoogpunt daar redelijkerwijs aan konden worden gesteld, gelet op de stand van de wetenschap en techniek’. Hierbij is het al dan niet voldoen aan EN-normen een van de relevante omstandigheden, naast verdere veiligheidskeuringen en dergelijke.²⁰⁶³ Voldoet een bureaustoel niet aan de NEN-normen, dan is dit een van de omstandigheden die bijdragen aan het oordeel dat de werkgever zijn zorgplicht niet in acht heeft genomen ten aanzien van het voorkomen van RSI.²⁰⁶⁴ Een NEN-norm kan alleen relevant zijn

²⁰⁶⁰ Als gezegd komt het *Kelderluik*-gezichtspunt ‘welke onderhouds en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn’ terug in *Wilnis* waar toezicht onder valt te scharen, maar het past wellicht niet bij de ratio van de aansprakelijkheid aangezien het geven van mondelinge waarschuwingen en toezicht op het gebruik van een object meer op het gedrag van de laedens ziet (lees: art. 6:162 lid 1 BW) en niet de veiligheid van het object sec (art. 6:174 lid 1 BW). Voor wegbeheerdersaansprakelijkheid voor op de weg aanwezige, doch daar niet toe behorende objecten heeft de HR inmiddels geoordeeld dat dat geen gebreken zijn ex art. 6:174 lid 1 BW, HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283. Zo zullen zich, zoals al door diverse auteurs is opgemerkt, naar verwachting meer zaken aandienen die om nadere uitwerking van *Wilnis* vragen door de HR.

²⁰⁶¹ Rb. Oost-Brabant 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4414, r.o. 4.7. Bij de beoordeling van gemeentelijke aansprakelijkheid voor onvoldoende algemeen preventief toezicht op opstallen die in strijd met de NEN-normen zijn, wordt rekening gehouden met de gebruikelijke beleidsvrijheid en de vraag of de gemeente zelf het gevaar in het leven heeft geroepen. Zie Rb. Gelderland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2014:8176, JA 2015/25, r.o. 4.7, aangaande de val van een persoon in een bouwput die was afgesloten met een tijdelijk hek terwijl het hek langer ter plaatse zou blijven en volgens de NEN-normen daarom aan strengere eisen diende te voldoen. Is de gemeente zelf opstalbezitter of wegbeheerder, dan kunnen NEN-normen mede een rol spelen bij de beoordeling van gebrekkigheid. Zie Hof Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5222, r.o. 3.3.4; Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, RVR 2018/70 (*Pannakooi*), r.o. 3.7.

²⁰⁶² Rb. Noord-Nederland (vrz.) 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2977.

²⁰⁶³ Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1437, r.o. 4.13 en 4.20. Vgl. Rb. Zeeland-Westbrabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2163.

²⁰⁶⁴ Hof 's-Gravenhage 1 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU1864, r.o. 11.2.

indien deze ook daadwerkelijk iets regelt ten aanzien van het voor de werknemer aanwezige risico.²⁰⁶⁵

NEN-normen waarnaar in de Arbowet wordt verwezen zijn minimumnormen, aldus hof Leeuwarden, in een zaak over een ladder waar een glazenwasser vanaf is gevallen. Bovendien is de NEN-norm van toepassing op ladders in het algemeen, maar niet toegesneden op gebruik van een ladder in een bijzonder geval, waardoor naleving van de NEN-normen niet altijd naleving van de algemene eisen van het Arbobesluit met zich brengt.²⁰⁶⁶ Over een wasmachine met chemische middelen die voldeed aan de toepasselijke EN-normen oordeelde het hof dat de werkgever toch onzorgvuldig heeft gehandeld aangezien vast was komen te staan dat een aanpassing de machine naar alle waarschijnlijkheid nóg veiliger zou hebben gemaakt,²⁰⁶⁷ hetgeen de eerder aangegeven samenhang tussen arbowetgeving en productveiligheidsrecht illustreert als het gaat om machineveiligheid. Uit het oordeel blijkt echter niet expliciet dat het hof zich rekenschap heeft gegeven van de overige *Kelderluik*-factoren.²⁰⁶⁸

231 Zorgplicht van anderen dan de producent buiten gevaarstelling en normalisatienormen

Niet alle NEN-normen zijn veiligheidsnormen. In een zaak over stankhinder ex art. 5:37 BW door een pluimveebedrijf liet de Hoge Raad een oordeel van het hof in stand, dat was gebaseerd op een rapport van een deskundige waarin het feitelijke geurniveau was berekend naar 'objectieve maatstaven volgens recente inzichten'. De deskundige had daarbij gebruikgemaakt van de NVN 2818 norm, een zogeheten voornorm of ontwerp-NEN-norm, vooruitlopend op het toen nog niet voor het pluimveebedrijf geldende wettelijk toetsingskader van de Wet geurhinder en veehouderij (Wgv), op grond waarvan de geuroverlast werd vastgesteld op niveau 'onaangenaam' tot 'zeer onaangenaam'.²⁰⁶⁹

NEN-normen met geluidslimieten kunnen van toepassing zijn ter beoordeling van geluidshinder tussen burens indien en voor zover deze van toepassing zijn in het concrete geval. Volgens het hof Den Haag maakt het feit dat het een oud pand betrof en het splitsingsreglement evenmin melding maakte van de norm, dat niet tot onrechtmatige hinder op grond van

²⁰⁶⁵ Rb. Gelderland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5786, r.o. 4.8.

²⁰⁶⁶ Hof Leeuwarden 3 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4480, JAR 2009, 74, r.o. 20.

²⁰⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4164, JA 2006/95, VR 2007/38, r.o. 4.4.4.

²⁰⁶⁸ Zie eerdergenoemd arrest HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, JAR 2005/287 (*Bayar/Wijnen*), r.o. 3.3.2.

²⁰⁶⁹ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106. A-G Langemeijer, die eveneens in deze zin concludeert, wijst hierbij (onder 2.11 en 2.12) op HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1058, NJ 2001/420, m.nt. T. Koopmans, *RvdW* 2001/83 (*Luchthaven Soesterberg*). Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5073, r.o. 6.22 waarin appellanten het naleven van een NEN-norm bij het aanleggen van een hemelwaterafvoer gebruiken om aan te tonen dat geen sprake meer is van hinder ex art. 5:52 BW (gebrekkige afwatering) ook al is de norm volgens appellanten strikt genomen alleen van toepassing bij nieuwbouw, waarna het Hof deze norm eveneens als richtsnoer neemt (6.29).

schending van de NEN-norm kan worden geconcludeerd.²⁰⁷⁰ Ten aanzien van hinder in de zin van ontnemen van zonlicht concludeerde de voorzieningenrechter te Maastricht:

‘Zelfs als juist zou zijn dat de NEN-norm is gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek en wordt gebruikt door gemeenten en de (bestuurs)rechter –het antwoord kan in het midden blijven –, oordeelt de voorzieningenrechter dat wanneer voormelde normen worden overtreden, dit nog niet automatisch betekent dat er sprake is van onrechtmatige hinder.’²⁰⁷¹

NEN-normen die meetinstructies bevatten worden soms indirect gebruikt ter onderbouwing van de aansprakelijkheid van een makelaar jegens de bank, onder meer voor onjuist opgeven van de maten van een woning, waarna de laatste op basis van een onjuist taxatierapport een te hoge lening in relatie tot het verhypothekerde heeft verstrekt.²⁰⁷² Zoals hiervoor besproken (nr. 145) accepteert Hoge Raad evenwel – anders dan A-G Valk – dat de norm direct wordt gebruikt ter invulling van de betamelijkheid jegens kopers, daar waar het een NVM-makelaar betreft, nu de NVM de meetinstructie verplicht heeft gesteld en potentiële kopers daaraan vertrouwen kunnen ontleen.²⁰⁷³

NEN-normen worden ten slotte soms aangevoerd in geschillen over intellectuele eigendom,²⁰⁷⁴ bijvoorbeeld als verweer tegen de stelling dat een ontwerp een onrechtmatige inbreuk zou opleveren omdat de kenmerken van

²⁰⁷⁰ Hof 's-Gravenhage 8 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3091, r.o. 14.

²⁰⁷¹ Rb. Maastricht 18 augustus 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY8418, r.o. 3.6.1.

²⁰⁷² Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5843, r.o. 2.5.

²⁰⁷³ Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, *NJF* 2017/120 en daarop volgend HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*NVM, Meetinstructie*), voor aansprakelijkheid van de makelaar jegens de koper. In deze laatste zaak ligt de nadruk op het feit dat het een NVM-makelaar betreft en NVM als beroepsorganisatie de NEN-norm verplicht heeft gesteld. Zie anders en geen relatie met voorgaande zaak, Rb. Noord-Nederland 21 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11289 en Rb. Amsterdam 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8388. Zie ook, in lijn met de HR, Rb. Rotterdam 7 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10074.

²⁰⁷⁴ Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8116, r.o. 4.28 t/m 4.31. De zaak is ook in appel en cassatie behandeld, doch in die instanties speelden NEN-normen geen rol (meer), zie o.a. HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:510 (art. 81 RO).

het ontwerp zijn ingegeven door NEN- of arbonormen²⁰⁷⁵ of als verweer bij slaafse nabootsing.²⁰⁷⁶

Over het eerdergenoemde risico op marktafscherming door middel van normalisatienormen met daarin gepatenteerde technieken, dat in de literatuur wordt genoemd (nr. 101), lijkt vooralsnog niet te worden geprocedeerd in Nederland.

7.3.2.5 Nederlands recht – betekenis voor de hier onderzochte rechtsverhoudingen

232 Productaansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW: reflexwerking

Om de betekenis van productnormen voor normstelling voor de producent en andere marktdeelnemers via het ongeschreven recht te kunnen bepalen, moet eerst helder zijn welke ongeschreven normen voor deze actoren gelden en aan de hand van welke gezichtspunten deze worden vastgesteld. Het privaatrechtelijke beoordelingskader – kort gezegd: *Kelderluik* of reflexwerking met toerekenbaarheid krachtens schuld – is niet altijd even helder.

²⁰⁷⁵ Rb. Arnhem (vrz.) 9 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4917, over het ergonomisch ontwerp van een bureau, r.o. 9: *‘Eltink voert aan dat het nog maar de vraag is of de (eventuele) auteursrechten op de asymmetrische lijnen aan achterkant en zijkant maar ook aan de voorzijde (het computerblad) bij Brink rusten. Zij heeft daartoe enkele foto’s van andere producenten overgelegd die ook asymmetrische, schuin aflopende zijden vertonen. De schuin aflopende uitsparing aan de voorzijde zou zijn ingegeven door arbo- en NEN-normen. Na bestudering van deze foto’s is de voorzieningenrechter van oordeel dat hiermee onvoldoende aannemelijk is geworden dat het ontwerp ‘Contour’ van Brink niet meer oorspronkelijk dus auteursrechtelijk beschermd is, omdat de schuine, asymmetrische zijden in al deze bureaus van andere fabrikanten anders verlopen (terwijl ze ook aan arbo-eisen moeten voldoen) en ook niet bekend is of deze werken van eerdere datum zijn dan de ‘Contour’ bureaus van Brink.’* Zie ook het Hof Amsterdam r.o. 3.4.2 alsmede de A-G in cassatie in de *Stokkestoel*-procedure, Conclusie Parket Hoge Raad van 22 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY1529 (*Stokke stoel*), overweging 5.18 van de conclusie. De NEN-EN 1887 wordt door de wederpartij van Stokke aangehaald als één van de omstandigheden ter onderbouwing van het argument dat bepaalde aspecten van het ontwerp zijn ingegeven door functionaliteit (veiligheid voor kinderen) en niet zijn gebaseerd op creatieve keuzes van de eerdere ontwerper. Zie voor een geschil over een mogelijk auteursrecht op bestekken, Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4029.3.3.: *‘[gedaagde] voert gemotiveerd verweer. Hij bestrijdt in de eerste plaats dat de bestekvoorwaarden in de Bestekken van Vendrig auteursrechtelijk beschermd zijn. Het gaat volgens [gedaagde] om technische specificaties die regelrecht voortvloeien uit toepasselijke regelgeving en voorschriften, meestal gebaseerd op NEN-normen en ISO-normen. Van oorspronkelijke werken is daarom geen sprake volgens hem. Hierover oordeelt de rechtbank: 4.2. De bestekvoorwaarden beslaan in de overgelegde Bestekken van Vendrig tussen de 22 en 33 bladzijden. In de overwegingen 2.5 tot en met 2.8 heeft de rechtbank, bij wijze van voorbeelden, een kleine selectie gemaakt van de teksten in die bestekvoorwaarden. Vendrig heeft onweersproken gesteld dat de bestekvoorwaarden geen letterlijke herhaling van de toepasselijke wet- en regelgeving zijn. In die voorwaarden is – naar de rechtbank aanneemt – wel wet- en regelgeving verwerkt. Dat neemt echter niet weg dat de maker bij zijn woordkeus, zinsconstructies, volgorde van behandelde onderwerpen en indeling persoonlijke keuzes heeft gemaakt. (...) Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de door [gedaagde] gebruikte bestekvoorwaarden uit de Bestekken van Vendrig auteursrechtelijk beschermd zijn.’*

²⁰⁷⁶ HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, NJ 2011, 302 (*Lego*), r.o. 3.5.2: *‘Dat een bij afnemers van de producten bestaande behoefte aan standaardisatie een rechtvaardiging kan zijn voor het verwarringwekkend nabootsen van een product, zoals reeds was beslist in HR 12 juni 1970, AC2520, AB7836, 1970/434, brengt niet mee dat bij de aanwezigheid van een dergelijke behoefte op de nabootser niet langer de in HR 1 december 1989, nr. 13682, te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door de als gevolg van de aanpassing aan de standaard bestaande gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt. Beslist is slechts dat gevaar voor verwarring niet in de weg staat aan rechtmatige nabootsing, indien de zojuist genoemde verplichting is nageleefd.’*

De schuldaansprakelijkheid van de producent jegens de gebruiker voor letselschade en schade aan andere zaken was voor invoering van de Richtlijn Productaansprakelijkheid onder de maatschappelijke betamelijkheid reeds tot ontwikkeling gekomen (artikel 1401 oud BW), thans art. 6:162 lid 2 BW). Productaansprakelijkheid was een bijzondere toepassing van het gevaarzettingsleerstuk (*Moffenkit* en *Lekkende Kruik*).²⁰⁷⁷

In de aanloop naar de invoering van de richtlijn is bij de uitleg van deze zorgvuldigheidsnorm op de invoering van de richtlijn door een hof geanticipeerd in de *Halcion*-zaak. Het hof gebruikte in deze zaak voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het in het verkeer brengen van een medicijn tegen slapeloosheid met bijwerkingen het Europese gebrekkigheidscriterium. Hiertegen kwam producent Upjohn op, stellende dat het hof de gevaarzettingsmaatstaf had moeten hanteren nu de richtlijn temporeel niet op het geval van toepassing was. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof de gevaarzettingsmaatstaf in feite had toegepast.²⁰⁷⁸ De beoordeling in *Halcion* behelsde mede een *risk/benefit* analyse; het hof woog het risico op ernstige bijwerkingen van het medicijn af tegen het positieve effect van het middel, te weten het bestrijden van de (door het hof niet ernstig geachte) kwaal van slapeloosheid. Dit oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten. In het licht van het betoog onder nr. 181 bevreedt het niet dat ik deze aanpak toejuich, net als het gegeven dat het hebben van een vergunning de producent niet kon baten (vgl. nr. 178). Mijns inziens komt aan het naleven van productnormen in die omstandigheden wel groot gewicht toe, maar draagt de producent een verzwaarde motiveringsplicht (vgl. nrs. 184 en 213). Overigens achtte het hof voor de verwijtbaarheid mede van belang in hoeverre Upjohn met de mogelijke bijwerkingen bekend was.²⁰⁷⁹

²⁰⁷⁷ HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)*). Zie toegespitst op productaansprakelijkheid: HR 2 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6726, *NJ* 1973, 315 (*Lekkende Kruik I*). Op grond van het arrest HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*) werd wel aangenomen dat voor onrechtmatigheid bijkomende omstandigheden nodig waren naast het enkele in het verkeer brengen van een gebrekkig product dat schade veroorzaakt om tot onrechtmatigheid te komen. Deze lijn is later echter losgelaten; zie onder meer HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), r.o. 4.4.2. Het arrest HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982, 614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natronloog*) wordt ook wel in deze lijn genoemd, doch dat zou ik niet als nationale productaansprakelijkheid kwalificeren aangezien de laedens geen deel uitmaakte van de handelsketen.

²⁰⁷⁸ HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), r.o. 4.4.2: 'De klachten falen omdat het hof deze norm [toevoeging: de gevaarzettingsmaatstaf] in feite heeft toegepast. Het hof heeft — slechts in zoverre de maatstaf van de EEG richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid gebruikende — geoordeeld dat een geneesmiddel gebrekkig is 'wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen'. Dit oordeel is juist.'

²⁰⁷⁹ R.o. 4.4.2 vervolg: 'Daarbij heeft het hof — zoals uit de verdere overwegingen van het arrest blijkt — alle omstandigheden die in de door de onderdelen bedoelde norm worden genoemd in aanmerking genomen: de door Upjohn gestelde geringe frequentie van die ernstige bijverschijnselen enerzijds (r.o. 17), het bestaan van ongevaarlijke andere slaapmiddelen anderzijds (r.o. 5), en de produktinformatie (r.o. 8). Voor de aansprakelijkheid als zodanig heeft het hof, aldus de Hoge Raad, niet de maatstaf van de richtlijn aangehouden, maar onderzocht of een onrechtmatige daad is gepleegd door het middel op de wijze als zij heeft gedaan in het verkeer te brengen, waarbij het hof voor wat betreft de verwijtbaarheid met name van belang heeft geacht in hoeverre Upjohn met de mogelijke ernstige bijwerkingen bekend was.' Zie voor kritiek op deze laatste zinsnede, Bolt & Spier 1996, p. 239 en 242.

Door de Hoge Raad werd op het *Halcion*-arrest, de daarin gehanteerde invulling van de betamelijkheid aan de hand van de gebrekkigheid en het gemaakte onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld, in verschillende daaropvolgende arresten voortgebouwd. De Hoge Raad oordeelde in *Du Pont/Hermans* en *Koolhaas/Rockwool* dat het in het verkeer brengen van een product dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was schade veroorzaakt, onrechtmatig is (later ook bekend als het *Du Pont*-criterium).²⁰⁸⁰ Het ging in beide zaken om schade aan andere zaken van professionele gebruikers, hetgeen niet onder het materiële toepassingsbereik van de richtlijn viel.²⁰⁸¹ Schuld bleef vereist, doch uit het *Du Pont*-arrest werd een verzwaarde motiveringsplicht ter betwisting ervan voor de producent afgeleid.²⁰⁸²

De letterlijke bewoordingen van het *Du Pont*-criterium strekten verder dan het gebrekkigheids criterium uit de richtlijn en het werd daarom terecht bekritiseerd.²⁰⁸³ In de literatuur werd aangenomen dat het klaarblijkelijk de bedoeling van de Hoge Raad was om de onrechtmatigheid in B2B-rechtsverhoudingen op gelijke wijze in te vullen als de gebrekkigheid onder de richtlijn: zogeheten *reflexwerking*.²⁰⁸⁴ Reflexwerking²⁰⁸⁵ of *spill over effect*²⁰⁸⁶ van EU-consumentenrecht komt wel vaker voor. Het is een niet door EU-recht opgelegde keuze van de nationale rechter om open normen van privaatrecht buiten het materiële toepassingsbereik van het EU-instrument naar analogie met EU-recht te interpreteren, soms ook in andere

²⁰⁸⁰ 'Ook naar het in 1982 geldende recht is het in het verkeer brengen van een produkt dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het (...) bestemd was, schade veroorzaakt als hier aan de orde is [toevoeging GV: namelijk aan andere zaken doch voor professioneel gebruik], onrechtmatig.'

²⁰⁸¹ HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, NJ 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.4 en 3.5 zoals herhaald in HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*), r.o. 3.4, waarin de zinsnede 'als hier aan de orde' alleen niet meer terugkomt: Duyvensz 2010, p. 660. In dat laatste arrest merkte de Hoge Raad verder op dat dit criterium ook onder het recht na 1992 geldt. Deze regeling moet volgens de Hoge Raad in dat arrest geen uitzondering lijden op grond van de enkele omstandigheid dat het om een halffabrikaat (steenwol) gaat en dat het product niet in absolute zin ongeschikt is gebleken voor het door de rechtstreekse afnemer beoogde doel.

²⁰⁸² *Du Pont/Hermans*, R.o. 3.5. Zie Dommering-van Rongen 2000, p. 33 en 34 onder verwijzing naar Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 118, zoals ook aangehaald door Keirse 2015a, p. 157 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/258. Zie anders Giesen 2001, p. 232.

²⁰⁸³ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/259 in navolging van annotator Bloembergen bij HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*), mede nu systeem schade bij tabak en geneesmiddelen hier naar de letter van het criterium ook onder vallen. Zij pleitten voor het aansluiten bij het richtlijncriterium, hetgeen het hof deed in HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, NJ 2003/50 (*Helm/Aerts, Thiram*).

²⁰⁸⁴ Deze vorm van reflexwerking was reeds gesuggereerd door o.a. Dommering-Van Rongen, die als argument hiervoor noemde dat de risicoaansprakelijkheid is voortgevloeid uit een ontwikkeling in de lidstaten die zich niet beperkte tot schade van particulieren, Dommering-van Rongen 1991, p. 67-68. Zie kort voor het eerste arrest nog Spier (in Bolt & Spier 1996, p. 243) die deze vraag al opwierp. Zie later ook Dommering-van Rongen 2000, p. 32 en 33, Bloembergen bij HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*), Keirse 2015a, p. 157 onder verwijzing naar Van Doorn & Van Boom 2004, p. 101 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/259.

²⁰⁸⁵ Dommering-van Rongen 2000, p. 13 e.v., en Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, afd. 3 Boek 6 BW, inleiding, aant. 2.2.1 en aldaar genoemde bronnen (actueel t/m 04-05-2019).

²⁰⁸⁶ O.a. Van Loock e.a. 2017, p. 403 e.v. Dit is één van de vormen van een *spill over effect*.

verhoudingen. De reden om voor reflexwerking te kiezen is vaak het bevorderen van coherentie of omdat achter een instrument een bepaalde beschermingsgedachte schuilgaat, die ook opgaat voor andere partijen in andere rechtsverhoudingen.²⁰⁸⁷ Voor schade aan bedrijfsmatig gebruikte zaken is dat op het eerste gezicht een aansprekende gedachte, mede in het licht van art. 1, 1^e protocol EVRM, dat ziet op de bescherming van eigendom van zowel natuurlijke als rechtspersonen, mede nu de richtlijn voor wat betreft letselschade evenmin onderscheid maakt tussen particulieren en bedrijfsmatige gebruikers.

De Hoge Raad liet vervolgens in *Helm/Aerts* uit 2002 – eveneens gewezen onder het oude recht – het oordeel van het hof in stand, dat een tussenhandelaar tevens EEG-importeur onrechtmatig zou hebben gehandeld door een schimmelbestrijdingsmiddel in het verkeer te brengen dat bij normaal gebruik waarvoor het product bestemd was ‘niet de veiligheid bood die de slatellers mochten verwachten’.²⁰⁸⁸ Hier werd voor het eerst een formulering gebruikt die gelijk was aan het gebrekkigheids criterium onder de richtlijn. Het oordeel van het hof dat erop neerkwam dat uit dezelfde omstandigheden ook verwijtbaarheid volgde, strandde bij de Hoge Raad. Voor zover het hof ervan uit was gegaan dat voor de EEG-importeur in het onderhavige geval een risicoaansprakelijkheid bestond, miskende het – aldus de Hoge Raad – dat *schuld* vereist is aan diens onrechtmatig handelen.²⁰⁸⁹ In latere arresten komt de bekritiseerde *Du Pont*-formulering echter toch weer terug.²⁰⁹⁰

De vraag is in welke gevallen enige vorm van reflexwerking geldt (toepassingsbereik), wat de strekking van de met reflexwerking vastgestelde norm is en ten aanzien van welke belangen, schade en wijze van intreden hij geldt (relativiteit). De reflexwerking van het gebrekkigheids criterium uit de richtlijn lijkt zich, naast bij samenloop van art. 6:162 lid 1 e.v. BW met de richtlijn, ingevolge *Du Pont/Hermans*, *Koolhaas/Rockwool* en *Helm/Aarts* in ieder geval uit te strekken tot producenten en EU-importeurs voor schade aan zaken bestemd voor en/of gebruikt buiten de privésfeer. In het *Haagman/Schoemaker*-arrest – dat voor *Helm/Aarts* werd gewezen – keerde het *Du Pont*-criterium echter niet terug. Een leverancier van plasmapoeder als ingrediënt voor soepballetjes werd aangesproken, niet door een gebruiker van

²⁰⁸⁷ Vgl. bijvoorbeeld Ancery & Pavillon 2014 die wijzen op de beschermingsgedachte achter de richtlijn oneerlijke bedingen.

²⁰⁸⁸ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, NJ 2003/50 (*Helm/Aerts, Thiram*), r.o. 3.6.3: ‘Het oordeel van het Hof getuigt echter niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het gebruik door slatellers van de — door Helm AG als tussenhandelaar in het verkeer gebrachte — TMTD 80 als schimmelbestrijder was blijkens de vaststellingen van het Hof normaal gebruik waarvoor het product — mede — was bestemd en de TMTD 80 bood derhalve, het verwachte gebruik in aanmerking genomen, niet de veiligheid die de slatellers ervan mochten verwachten. In het midden kan blijven of het geleverde in overeenstemming was met de overeenkomst tussen Helm AG en haar directe afnemers: slatellers die hun sla met een schimmelbestrijder bespuiten om die gezond te houden, behoeven er niet op verdacht te zijn dat dit product mede een onkruidbestrijder bevat waardoor de sla juist schade oploopt. De rechtsklacht van onderdeel 3.1 faalt dan ook.’

²⁰⁸⁹ R.o. 3.8.2.

²⁰⁹⁰ Bijv. HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, NJ 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), r.o. 3.3.2.

het eindproduct, maar door een afnemer van het plasmapoeder die het in de soepballetjes had verwerkt en die reeds de economische schade aan de afnemers van de soepballetjes had vergoed. Het ging in die zaak niet om een veiligheidsgebrek, maar om een smaakafwijking van de balletjes. Het hof gebruikte in die zaak geen reflexwerking maar een strengere maatstaf in het verlengde van het gevaarzettingsleerstuk ter beoordeling van de onrechtmatigheid.²⁰⁹¹ Het oordeel van het hof, dat de gebrekkigheidsregel uit *Du Pont/Hermans* toepassing mist indien de leverancier producent is noch met de producent gelijk kan worden gesteld, getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting.²⁰⁹²

In *Eternit/Horsting* werd ten volle gebruikgemaakt van het nationale gevaarzettingsleerstuk bij de beoordeling van de onrechtmatigheid, wellicht omdat het ging om feiten die speelden ruim voor invoering van de richtlijn.²⁰⁹³ In recente arresten is ook op andere punten aangesloten bij begrippen uit de richtlijn.²⁰⁹⁴

233 Nadelen van reflexwerking vanuit nationaal en Europeesrechtelijk perspectief

Mijns inziens zijn er een aantal belangrijke nadelen verbonden aan reflexwerking van gebrekkigheid, waardoor er behoedzaam mee om moet worden gegaan.

De Richtlijn Productaansprakelijkheid is een strak afgebakende remedie die beperkt is tot specifieke schade en daarvoor aansprakelijke personen, mede doordat de regeling een politiek compromis is. Aan de hand van de meerledige, soms zelfs tegenstrijdige, doelen van de richtlijn productaansprakelijkheid (nr. 177) is het zeer lastig de inhoud, aard en omvang van reflexwerking van die normen te bepalen buiten de daarin geregelde rechtsverhoudingen. Zo is in de feitenrechtspraak met toepassing van reflexwerking al eens schade bestaande uit tijdverlet toegewezen, zijnde

²⁰⁹¹ R.o. 6.2 van het tussenarrest, als weergegeven in 1.5.7 van het Hoge Raad arrest, namelijk of de leverancier van het plasmapoeder ‘door het onderhavige product in het verkeer te brengen op de wijze als in dit geval is geschied, een bijzonder gevaar, waaronder te begrijpen een aanmerkelijk risico dat het product bij de verwerking schade zou veroorzaken, in het leven heeft geroepen waarop derden niet verdacht behoeften te zijn en dat VSCI als voorzienbaar had kunnen en moeten voorkomen.’ Dit is ook betoogd door A-G Hartkamp in zijn conclusie bij *Haagman/Schoemaker* onder 8, zoals aangehaald door A-G Bakels in zijn conclusie bij *Helm/Aerts* onder 2.27 en noot 35. Bakels noemde de gevaarde koers echter ‘ongelukkig’.

²⁰⁹² HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7239, NJ 2000/644 (*W. Haagman & co c.s./Vaessen-Schoemaker Chemische Industrie BV, Soepballen*), r.o. 3.5 mede onder verwijzing naar HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*). Dommering-van Rongen 2000, p. 33, meende eerder dat het *Du Pont*-criterium ook voor tussenhandelaren gold, onder verwijzing naar Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 120. Deze laatste meenden echter dat het gegeven dat de persoon die het product in het verkeer heeft gebracht een tussenhandelaar is, zou kunnen meewegen bij de vraag of die persoon onzorgvuldig heeft gehandeld.

²⁰⁹³ HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

²⁰⁹⁴ Zoals bij het ‘in het verkeer brengen’ in HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, NJ 2017/48 (*DAF/Achmea*), r.o. 3.3.4 onder verwijzing naar HvJ EG 9 februari 2006, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93, NJ 2006/402, m.nt. Mok (*O’Byrne/Sanofi Pasteur, O’Byrne I*). De klachten tegen het arrest van het hof in deze procedure beperkten zich tot het ‘in het verkeer brengen’ en niet tot het oordeel of het *Du Pont*-criterium ook toepassing vindt bij schade aan het product zelf.

economische schade die niet voortvloeit uit schade *aan andere zaken*, waarvan men zich kan afvragen of productaansprakelijkheid daarvoor is bedoeld en of relativiteit van de met reflexwerking vastgestelde norm aanwezig is.²⁰⁹⁵

Voorts is reflexwerking dogmatisch lastig in ons systeem in te passen. Vanuit ons nationale aansprakelijkheidsrecht bezien moeten onrechtmatigheid en toerekenbaarheid strikt worden onderscheiden. De normering van het gedrag van personen vindt traditioneel onder de onrechtmatigheid plaats, en de koppeling van het gedrag aan de persoon onder de toerekenbaarheid.²⁰⁹⁶ Het hanteren van een criterium onder onrechtmatigheid voor anderen dan de producent dat de facto niet hun gedrag normeert, maar dat qua perspectief focust op de eigenschappen van het product, vereist een bijzondere rechtvaardiging die er thans niet is.²⁰⁹⁷ De Engelse doctrine, het Duitse recht en de nationale literatuur zijn eensgezind in de opvatting dat van andere partijen in de handelsketen in beginsel minder kennis van het product mag worden verwacht dan van de fabrikant (vgl. 7.3.2.1 en 7.3.2.2 hiervoor). Iedere schakel in de handelsketen draagt een eigen bijzondere verantwoordelijkheid, afhankelijk van wat zij wist of behoort te weten van het product. Daarbij wordt gekeken naar haar rol binnen de keten en verdere omstandigheden van het geval. De zorgplicht per actor verschilt dan ook. Een vergelijkbaar verschil in verantwoordelijkheid, de geobjectiveerd te verwachten kennis van de naleving van productnormen en de te verwachten zorg ziet men terug in de sectorspecifieke productveiligheidsinstrumenten en daarin vervatte verplichtingen omschreven in hoofdstuk 2 (met uitzondering van de RAPV). Dogmatisch gezien is het zuiverder dit verschil in verantwoordelijkheid ook tot uiting te laten komen bij de normering van het gedrag onder de onrechtmatigheid in plaats van alleen bij de koppeling van het gedrag aan de persoon onder de toerekenbaarheid. Bij reflexwerking bestaande uit het invullen van de onrechtmatigheid met de gebrekkigheid, toetst men onder onrechtmatigheid de te verwachten veiligheid van het product in het licht van de omstandigheden van het geval en bij de toerekenbaarheid het gedrag van de actor in het licht van de omstandigheden van het geval. Dat is in theorie mogelijk, maar kan door de perspectiefwisseling (product of gedrag)

²⁰⁹⁵ Zie HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, *NJ* 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), r.o. 3.2.1, doch tegen het hierin weergegeven oordeel van het hof op het punt van de schade waren in cassatie geen klachten gericht. Zie ook concl. A-G Spier onder 5.18.

²⁰⁹⁶ Sieburgh 2000, p. 97-99 en 255; Jansen 2007; Memelink 2009, p. 143-144. Zie voor nadere bronnen: Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant.9.6.1 (actueel t/m 8 maart 2019). Zie anders Giesen in zijn noot bij HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*), onder 9: '*Het vereiste [lees: toerekenbaarheid] lijkt zijn functie verloren te hebben aan de 'maatschappelijke zorgvuldigheid'*'. In dit arrest werden toerekening en onrechtmatigheid niet expliciet onderscheiden. Dit was anders in eerdergenoemde arresten HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*), HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*) en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, *NJ* 2003/50 (*Helm/Aerts, Thiram*).

²⁰⁹⁷ Zie anders en mijns inziens ten onrechte over de invulling van onrechtmatigheid in relatie tot toerekenbaarheid bij aansprakelijkheid voor producten: Concl. A-G Bakels onder *Helm/Aerts*. Zijn opvatting wordt verderop in nr. 233 besproken.

verwarring oproepen en is vanuit proceseconomisch oogpunt niet heel efficiënt.

Een andere opvatting lijkt A-G Bakels in zijn conclusie bij *Helm/Aarts* toegedaan. Hij gaat in zijn conclusie uitgebreid in op het *Haagman/Schoemaker*-criterium en vraagt zich af of hierin een gelukkige koers is gevaren:

‘Als men, zoals de Hoge Raad, in zaken als deze inderdaad wil onderscheiden tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, valt het naar mijn mening vanuit de gezichtshoek optiek van de benadeelde moeilijk te verklaren waarom het in het verkeer brengen van een gebrekkig product dat bij gebruik overeenkomstig zijn bestemming schade veroorzaakt, wél onrechtmatig is als dit door de producent daarvan geschiedt maar niet als een tussenhandelaar datzelfde doet. Dit neemt niet weg dat, ook naar mijn mening, de aansprakelijkheid van de tussenhandelaar een lichtere dient te zijn dan die van de producent. De Hoge Raad zou m.i. echter beter doen dit tot uiting te brengen in de aan de toerekenbaarheid te stellen eisen.’²⁰⁹⁸

Zijn advies om in *Helm/Aarts*, anders dan in *Haagman/Schoemaker*, het *Du Pont*-criterium tot uitgangspunt te nemen werd gevolgd. Ik vind voornoemde de redenering van Bakels om het gebrekkigheids criterium ook bij een tussenhandelaar onder onrechtmatigheid toe te passen niet overtuigend, aangezien het perspectief en de verwachting van de benadeelde bij de invulling van de onrechtmatigheid niet doorslaggevend is. Het komt de coherentie van ons nationale recht ook niet ten goede; blijkens de nationale rechtspraak en doctrine is het geobjectiveerde kennisniveau van de actor een belangrijk gezichtspunt voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag en bij de formulering van zorgplichten in andere rechtsverhoudingen (nr. 223).

Een dogmatisch minder overtuigend, doch een praktisch relevant aspect is dat toerekenbaarheid in de praktijk al vaak het ondergeschoven kindje is in het partijdebat. Wanneer ongeschreven zorgvuldigheidsnormen worden toegespitst op of worden geformuleerd aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals bij gevaarstelling, dan worden bij het vaststellen van de zorgvuldigheidsnorm vaak direct aan de persoon gerelateerde omstandigheden omstandigheden en daarmee toerekeningsvragen betrokken.²⁰⁹⁹ Toerekenbaarheid krachtens schuld of verkeersopvatting zal daardoor veelal direct zijn gegeven.²¹⁰⁰ Terwijl bij andere

²⁰⁹⁸ Concl. onder 2.28 en 2.27, en noot 35. Zie eerder ook Dommering-van Rongen 2000, p. 33 en Jansen & Duyvensz 2001, p. 404.

²⁰⁹⁹ Zoals blijkt uit de bekende vraag of de laedens in kwestie wist of behoorde te weten dat zijn gedragschade zou kunnen veroorzaken, als onderdeel van het vaststellen van de onrechtmatigheid, Jansen 2007, p. 225.

²¹⁰⁰ Zie o.a. Giesen 2001, p. 233 en p. 114 en 115, en Keirse & Van den Berg 2002 onder verwijzing naar Lindenbergh, ‘Aansprakelijkheid producent van halffabrikaten’, *NbBW* 1999, p. 14, Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 118 en HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.5, zoals later herhaald in Keirse 2015a, p. 157.

onrechtmatigheidscategorieën onder invloed van (geobjectiveerde) zorgplichten steeds meer convergentie optreedt tussen onrechtmatigheid en toerekening,²¹⁰¹ zou reflexwerking hier in de praktijk dwingen tot een strak en lastig te hanteren onderscheid.

Vult men ongeschreven zorgplichten een-op-een aan de hand van de gebrekkigheidstoets onder de richtlijn in, dan komt bij andere actoren in de handelsketen noodzakelijkerwijs veel nadruk te liggen op het vereiste van toerekenbaarheid. Uit de rechtspraak over het personele toepassingsbereik van de richtlijn in relatie tot maximumharmonisatie (nr. 176) – en dan met name het *Skov/Bilka*-arrest – wordt in onze nationale literatuur wel afgeleid dat de leverancier bij schade in de zin van de richtlijn op grond van het ongeschreven recht slechts aansprakelijk kan zijn indien het slachtoffer schuld van de leverancier weet te bewijzen.²¹⁰² Indien de zorgplicht van leverancier zou worden ingevuld aan de hand van het gebrekkigheidsvereiste en vervolgens toerekenbaarheid zou worden aangenomen op grond van de verkeersopvatting, dan zou de aansprakelijkheid van de leverancier via het nationale onrechtmatigedaadsrecht gelijk worden gesteld met die van de producent onder de richtlijn. Een dergelijke uitbreiding van de richtlijnaansprakelijkheid via het nationale recht zou in strijd kunnen zijn met de volledige (lees: maximum) harmonisatie onder de richtlijn.²¹⁰³ Wordt de zorgplicht van de leverancier bij onrechtmatige daad echter zelfstandig geformuleerd aan de hand van alle omstandigheden van het geval, dan vormt de aansprakelijkheid krachtens onrechtmatige daad in wezen een andere aansprakelijkheid onder andere vereisten dan de richtlijnaansprakelijkheid. Zelfs indien die zorgplicht in enige mate wordt geobjectiveerd, waarna krachtens verkeersopvatting wordt toegerekend, blijft strijd met de richtlijn mijns inziens buiten beeld.

Nog een belangrijk nadeel van het aansluiten bij het gebrekkigheids criterium onder de richtlijn ter invulling van de maatschappelijke betamelijkheid is dat het nationale recht en de nationale rechtsontwikkeling tot op zekere hoogte niet meer zal worden gestuurd door onze nationale hoogste instantie, maar door het Hof van Justitie.

²¹⁰¹ Zie over objectivering van het schuldbegrip, namelijk of de laedens rechtens een verwijt kan worden gemaakt ook Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 9.1.5.1, onder verwijzing naar S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/69 en A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2015, nr. 17.3. Zie ook C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, nr. 909, en C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* (Mon. BW nr. B45), Deventer: Kluwer 2009, nr. 25 waar wordt betoogd dat onder 'schuld' moet worden verstaan zowel het geval dat de dader wist dat hij onrechtmatig handelde als het geval dat de dader dit behoorde te weten. Zie anders Sieburgh 2000, p. 157 en 160.

²¹⁰² Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 5 (actueel t/m 04-05-2019), bij zijn bespreking van het arrest *Skov/Bilka*: 'Het is slechts dan mogelijk de leverancier subsidiair aansprakelijk te stellen, als de benadeelde schuld van die leverancier weet te bewijzen, aldus uitdrukkelijk het Hof.' Zo uitdrukkelijk staat dat alleen niet in het arrest. Daar staat slechts dat de route van onrechtmatige daad wel open staat, zie HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 46 t/m 48, alsmede indirect Van Doorn & Pape 2006 onder 7 en noot 24.

²¹⁰³ Vgl. ook Hiemstra 2018, p. 325.

Ontwikkelingen in diens rechtspraak zullen hun weerslag hebben op het niet-geharmoniseerde nationale recht, omdat daaronder bij het Europese criterium wordt aangesloten. Daarbij dient men zich te realiseren dat het Hof van Justitie zich soms bevoegd acht om nationaal recht uit te leggen dat buiten het harmonisatiebereik van het oorspronkelijke EU-instrument aansluiting zoekt bij begrippen uit het Europese recht uit een oogpunt van coherentie.²¹⁰⁴ De koers die het Hof zal varen onder de gebrekkigheid is als gezegd ongewis. Wil de Hoge Raad bij aansprakelijkheid voor producten ex art. 6:162 lid 1 BW in de pas blijven lopen met de nationale ontwikkelingen onder onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden, waarbij hij klaarblijkelijk *risk/benefit*-benaderingen toestaat (nr. 221), dan lijkt het mij raadzaam op dit punt een eigen koers te varen. Per actor zouden zelfstandige, geobjectiveerde zorgplichten moeten worden geformuleerd of vastgesteld. Bij de toets aan onrechtmatigheid kan gebrekkigheid in de zin van de richtlijn mijns inziens wel een aanwijzing vormen, bijvoorbeeld een grond voor een vermoeden van onrechtmatigheid of een verzwaarde motiveringsplicht voor de desbetreffende marktdeelnemer, doch het kan niet constitutief zijn. (Vgl. de Duitse *Hühnerpest*-benadering; een vermoeden dat ziet op zowel onrechtmatigheid als schuld, nr. 213). De geschreven plichten voor marktdeelnemers uit hoofdstuk 2 kunnen dan als minimumnormen ter concretisering van de ongeschreven zorgplichten fungeren.

Reflexwerking kan binnen het toepassingsbereik van de richtlijn echter soms noodzakelijk zijn uit een oogpunt van doeltreffende toepassing van de richtlijn, bijvoorbeeld daar waar de tijdelijke regeling verhaalsrechten (art. 6:197 BW) aan toepassing van art. 6:185 lid 1 e.v. BW in de weg staat.²¹⁰⁵ Ook kan via reflexwerking in combinatie met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid worden voldaan aan artikel 6 EVRM indien een vordering onder de richtlijn zou zijn vervallen, maar het slachtoffer geen gelegenheid zou hebben gehad een vordering in te stellen.²¹⁰⁶

Kiest men uit een oogpunt van coherentie en beschermingsgedachte echter voor ruimere reflexwerking (ook in B2B-verhoudingen), hetgeen niet mijn voorkeur heeft maar thans wel de heersende leer lijkt te zijn, dan dient deze mijns inziens beperkt te blijven tot schade in de zin van de richtlijn en

²¹⁰⁴ Vgl. HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, Jur. 1997, p. I-04161, *NJ* 1998/793 (*Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst*), waarin het HvJ zich bevoegd achtte tot uitleg van begrippen van nationaal recht die waren overgenomen uit het EU-recht. Een plicht tot richtlijnconforme interpretatie bestaat evenwel niet. Vgl. o.a. HvJ EG 7 november 1989, C-125/88, ECLI:EU:C:1989:401 (*HFM Nijman*) en Van Loock e.a. 2017, p. 405 en 406 onder verwijzing naar Duitse literatuur waar onverplichte richtlijnconforme interpretatie ook wel *quasi-richtlijnenconforme* of *richtlijn-oriënteerde Auslegung* wordt genoemd.

²¹⁰⁵ Zie eerder Veldt & van Boom 2015

²¹⁰⁶ Uit rechtspraak van het EHRM blijkt dat een absolute verjaringstermijn die het voor een slachtoffer feitelijk onmogelijk maakt om op enig moment een claim te hebben kunnen hebben ingediend in strijd kan komen met artikel 6 EVRM, EHRM 11 March 2014, 52067/10 and 41072/11 (*Moor/Suisse*), zoals besproken door De Graaff 2016. Vooralsnog ligt open in hoeverre een beroep op de verjarings- en vervaltermijnen uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn (vgl. de doorbreking van de verjaringstermijn op grond van de redelijkheid en billijkheid uit de nationale asbestjurisprudentie).

zaakschade in bedrijf (*Du Pont* e.a.).²¹⁰⁷ Daarbij dient dan ook reflexwerking toe te komen aan het personele toepassingsbereik uit de richtlijn, waarmee ik bedoel dat de zuivere leverancier die voldoet aan zijn wegwijsplicht alleen aansprakelijk kan zijn voor zaak- en letselschade bij schending van een zelfstandige zorgplicht (mede in het licht van *Skov/Bilka*). Wordt de zorgvuldigheid bij bijvoorbeeld een importeur een-op-een ingevuld met gebrekkigheid, dan dient het verschil in zorg en verantwoordelijkheid te worden verdisconteerd bij de toerekenbaarheid.

234 Reflexwerking: kenbaarheid en het ontwikkelingsrisicoverweer

In de gevallen waarin reflexwerking van de richtlijn wordt aangenomen binnen de onrechtmatige daad, zou het ontwikkelingsrisicoverweer als ingevuld in *VK/Commissie* in ieder geval tot ondergrens van de aansprakelijkheid moeten worden genomen in verhoudingen tot de gelaedeerde (zie reeds nr. 179 en vgl. nr. 222).²¹⁰⁸ Zou men de strekking van de richtlijn volledig volgen dan zou het verweer – net als onder de richtlijn – een bevrijdend verweer moeten vormen tegen aansprakelijkheid als geheel en niet slechts een verweer tegen gebrekkigheid, of in dit geval de onrechtmatigheid.²¹⁰⁹ Omdat dat dogmatisch echter lastig in ons systeem valt in te passen, kan het als bevrijdend verweer tegen de onrechtmatigheid en/of toerekenbaarheid worden behandeld.²¹¹⁰

235 Zorgplichten producent

Aangenomen wordt dat – buiten reflexwerking – uit de maatschappelijke betamelijkheid nog een aantal bijzondere verplichtingen voor de producent voortvloeien, zoals ongeschreven corrigerende actieplichten. Deze plichten vormen door de producent te nemen (voorzorgs)maatregelen bij

²¹⁰⁷ Toerekenen krachtens verkeersopvatting zou bij bedrijfsmatige zaakschade mogen, zie HvJ EG 4 juni 2009, C-285/08, ECLI:EU:C:2009:351 (*Moteurs Leroy Somer/Dalkia France en Ace Europe*).

²¹⁰⁸ Het bepalen van het ijkpunt van wetenschap is in het verleden lastig gebleken. In de Nederlandse asbestjurisprudentie over werkgevers aansprakelijkheid is het proefschrift van Stumpius uit 1967 als ijkpunt genomen waarin voor het eerst het verband werd gelegd tussen asbest en mesothelioom. Het verband tussen asbest in hogere hoeveelheden en ziektes als asbestose was al eerder bekend. In HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*) werd vastgesteld dat producent Eternit, in 1967 op de hoogte was van het risico. Dat objectieve kenbaarheid van het risico ook de ondergrens vormt bij andere nationale kwalitatieve aansprakelijkheden lijkt te volgen uit HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.5.

²¹⁰⁹ De Hoge Raad lijkt het ontwikkelingsrisico bij opstalaansprakelijkheid niet als bevrijdend verweer te zien tegen de aansprakelijkheid maar als onderdeel van het tegenbewijs tegen een vermoeden (*res ipsa loquitur*) van gebrekkigheid van de dijk door de kadeverschuiving, HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.5. Zowel de A-G (concl. onder 6.42) als annotator Hartlief onder 10, onder verwijzing naar andere auteurs, meenden dat op het punt van het ontwikkelingsrisico moest worden aangesloten bij de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Het verweer is in een productaansprakelijkheidszaak door de Rechtbank Haarlem gehonoreerd, Rb. Haarlem 18 februari 1992, *NJ* 1993/521 (*Forbo*), zoals besproken door Giesen 2001, p. 236.

²¹¹⁰ Vgl. Dommering-van Rongen 2000, p. 36, die het verweer als schuldelement onder de richtlijn bestempeld, doch over het algemeen wordt aangenomen dat ‘niet kunnen weten’ ook de onrechtmatigheid aan de daad ontnemt. Zie in deze zin over het kennisvereiste, Jansen 2012, p. 367 e.v.

gevaarstelling. Importeurs en distributeurs kunnen onder het ongeschreven recht slechts tot het nemen van zulke maatregelen gehouden zijn voor zover redelijkerwijs bekend waren dan wel zijn geworden met het gevaar (zie nrs. 237 en 238).²¹¹¹ Deze plichten vormen een bevestiging dat ook onder het ongeschreven recht qua zorgplicht wordt gedifferentieerd al naar gelang de hoedanigheid van de diverse actoren.

236 Zorgplicht producent en gesloten producteisen vastgesteld uit hoofde van het voorzorgsbeginsel

De grootste aanscherping van de privaatrechtelijke zorgplicht van de producent door productnormen vindt plaats door producteisen die zijn vastgesteld uit hoofde van voorzorg. Indien bij onzekere risico's een geschreven norm ontbreekt, zal een rechter de grootst mogelijke moeite hebben te bepalen of een product gebrekkig is (zie nr. 232), zeker nu hij voor wat betreft de feiten gebonden is aan het partijdebat.²¹¹² Indien die geschreven productnorm van toepassing is en door de producent is geschonden, zal niet alleen direct sprake zijn van schending van een wettelijke plicht ex art. 6:162 lid 1 BW, maar in beginsel ook van strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Relativiteit in de zin van art. 6:163 BW lijkt evenmin een moeilijke hobbel: de norm strekt immers tot bescherming van het belang van mogelijke toekomstige potentiële slachtoffers tegen vooralsnog onbekende zaak- en letselschade. (Causaliteit kan echter wel een grote hobbel zijn voor schadevergoeding, zie nr. 254 e.v.). Daar waar de gesloten producteisen

²¹¹¹ Storm 1985, p. 23; Kuipers 2001, p. 107; Kroes 2004; Kroes 2005; Van Boom & Van Doorn 2006, p. 267. Zie ook Schuurmans 2013, p. 1 e.v. onder verwijzing naar HR 22 november 1974, *NJ* 1975/149 (*Heddema/De Coninck, Struikelende broodbezorger, Springtouwte*). Vgl. ook HR 7 mei 1982 ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478, m.nt. Brunner (*Omgewaaiide boom*) en HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/720, m.nt. Scheltema (*August de Meijer, Wrakopruiingsarrest*). Zie ook Rb. Haarlem 18 februari 1992, *NJ* 1993/521 (*Forbo*) en Rb. Alkmaar 30 december 1999, *NJ Kort* 2000/11 (*Mazda*)(*Vlaar/APB*). Naar analogie met voornoemde arresten wordt in de literatuur wel betoogd dat voor aansprakelijkheid van importeurs en distributeurs voor schade als gevolg van niet door hen veroorzaakte gebreken subjectieve wetenschap bij hen nodig is (bewust zijn of weten van het gevaar). Geobjectiveerde kennis (redelijkerwijs kunnen of behoren te weten) lijkt mij gezien de professionele hoedanigheid van deze partijen mede voldoende. Hijma ziet de corrigerende actie als de nawerking van een contractuele zorg- of garantieplicht in het kader van koop en de schadebeperkingsplicht ex art. 6:101 BW (in dat geval een *obligenheit*): reeds in Asser-Hijma, 5-I, 2001, nr. 320, zoals ook aangehaald door Meijer 2002, p. 96. Voorts kan corrigerende actie onderdeel zijn van de bereddingsplicht in het verzekeringsrecht ex art. 7:957 lid 1 en 2 BW, Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/416 onder verwijzing naar Wansink 2006, p. 347 e.v. Zie ook HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7230, *NJ* 1998/281, m.nt. M.M. Mendel (*Centraal Beheer/Forbo*), welk arrest zag op de vraag in hoeverre het ontwikkelen van een verwijderingsmethode voor Novilon met asbest en de kosten voor het waarschuwen van consumenten voor vergoeding onder een AVB-verzekering in aanmerking moet komen.

²¹¹² Zie voor een uitgebreid theoretisch kader en een bespreking van diverse soorten van onzekerheid, De Jong 2016, p. 1 e.v. De rechtspraak over ongeschreven voorzorgsplichten is schaars, vgl. bijv. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda, eerste aanleg*), waarbij de rechtbank t.a.v. het onrechtmatigheidsoordeel sterk werd geholpen door het zeer beperkte partijdebat over de waarde en inhoud van het door Urgenda aangedragen wetenschappelijke onderzoek over klimaatverandering. Zie Castermans 2016, p. 38. Zie later ook Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *JA* 2019/37. Vgl. Van der Wiel 2017, p. 17 die terecht opmerkt dat de hamvraag op het gebied van voorzorgsaansprakelijkheid is waar het omslagpunt ligt tussen aanvaardbaar nietsdoen en de rechtsplicht om in beweging te komen.

voldoende specifiek, up-to-date en adequaat is, treedt de externe norm in de plaats van de ongeschreven norm die mede aan de hand van de *Kelderluik*-criteria dient te worden vastgesteld. Onzekerheid over de effectiviteit van voorzorgsmaatregelen, de kans op schade, de aard en de ernst van de gevolgen, hoeven dan niet meer aan een positief onrechtmatigheidsoordeel in de weg te staan; het product is simpelweg niet op de markt toegestaan. De geschreven norm kan zodoende vele malen strikter zijn dan de ongeschreven norm en meer bescherming bieden.

237 Zorgplicht van de quasi-producent en de importeur jegens de gebruiker

Over de zelfstandige zorgplichten van de importeur en quasi-producent in Nederland is nauwelijks geschreven en rechtspraak ontbreekt.²¹¹³ Gaat men uit van reflexwerking, dan is onduidelijk in welke omstandigheden het in het verkeer brengen van een gebrekkig product krachtens schuld of verkeersopvatting aan de EER-importeur of de quasi-producent valt toe te rekenen. De omstandigheden die in de Duitse en Engelse rechtspraak en doctrine zijn geïnventariseerd (nr. 214 respectievelijk nr. 219) zijn mijns inziens voor ons nationale recht bij de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid eveneens van belang en daarbij kan aansluiting worden gezocht.

Zoals in hoofdstuk 2 en onder nr. 214 is opgemerkt, worden onder de RAPV de importeur en de quasi-producent volledig met de producent gelijkgesteld. De importeur of quasi-producent pleegt jegens de gebruiker een onrechtmatige daad wegens strijd met de wet bij schending van art. 18 Warenwet jo. art. 1 lid 1 sub b Warenwetbesluit algemene productveiligheid, dat in het licht van art. 2 sub b RAPV (veilig product) jo. art. 2 sub c onder ii of iii RAPV (dat de importeur en quasi-producent met de producent gelijkstelt) en art. 3 lid 1 RAPV (dat een gebod inhoudt veilige producten op de markt te brengen) dient te worden geïnterpreteerd. Deze actoren hebben onder de RAPV dus voor de veiligheid van het product in te staan. Vergelijken we het geschreven kader met de uitgangspunten onder het ongeschreven recht dan kan de RAPV via de categorie 'strijd met de wet' ten opzichte van het ongeschreven recht ook in Nederland aansprakelijkheidverhogend werken. Zo geldt op basis van het ongeschreven recht immers slechts incidenteel een testplicht voor de importeur/quasi-producent (vgl. nr. 214). Bovendien is toerekenbaarheid vereist van de onrechtmatige daad en voor die toerekenbaarheid zijn – ook bij reflexwerking van de gebrekkigheid – bijkomende omstandigheden nodig. De toegevoegde waarde van deze aanscherping is als gezegd echter beperkt in het licht van de Richtlijn Productaansprakelijkheid die sowieso meer bescherming biedt.

Onder het sectorspecifieke productveiligheidsrecht heeft de importeur alleen een controleplicht of de fabrikant de juiste conformiteitsbeoordelingsprocedure heeft uitgevoerd, of de technische documentatie is opgesteld, of het product voorzien is van de vereiste

²¹¹³ Slechts summier Dommering-van Rongen 1991, p. 129-131 die met name ingaat op de richtlijnaansprakelijkheid van deze actoren.

conformiteitsmarkering(en) en of het vergezeld gaat van de vereiste documenten. Kan schending van een producteis door de producent voor de importeur kenbaar zijn uit deze stukken en is het product toch in de handel gebracht, dan zal daarmee een zelfstandige onrechtmatige daad wegens strijd met diens wettelijke plicht alsmede wegens strijd met de maatschappelijke betamelijkheid en toerekenbaarheid veelal gegeven zijn. Kan schending van een geharmoniseerde norm voor de importeur kenbaar zijn uit deze stukken, dan is schending van de geharmoniseerde norm een belangrijke aanwijzing voor strijd met het ongeschreven recht en toerekenbaarheid hiervan aan de importeur (gelaagde toepassing). De concretisering van de zorgplicht in het sectorspecifieke productveiligheidsrecht kan gevolgen hebben voor de toerekenbaarheid, die bij niet-naleving van geschreven plichten veelal zal zijn gegeven (vgl. eerder nr. 207). Dit is met name van belang voor bedrijfsmatige gebruikers die geen direct beroep kunnen doen op productaansprakelijkheid. Voor privégebruikers voegt het productveiligheidskader niet veel toe aan de privaatrechtelijke bescherming onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid vanwege de vereiste toerekenbaarheid ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW.

De ongeschreven zorgplichten van fulfilmentdienstverleners zijn thans nog onduidelijk. Vanaf 2021 worden zij krachtens de Marktoezichtverordening wat betreft hun takenpakket met de importeur gelijkgesteld. Mijns inziens worden hun ongeschreven zorgplichten op vergelijkbare wijze door het geschreven recht geconcretiseerd (nr. 65).

238 Zorgplicht van de zuivere leverancier jegens gebruikers

Zoals ik hiervoor heb betoogd handelt een leverancier die bij zaakschade heeft voldaan aan zijn wegwijsplicht alleen onrechtmatig indien hij een eigen zorgplicht heeft geschonden (nr. 233).

De hogere rechtspraak in Nederland over de vraag welke zorg een zuivere leverancier die niet met de producent gelijk kan worden gesteld in acht moet nemen jegens gebruikers van het product ter voorkoming van zaak en/of letselschade alvorens hij het product op de markt brengt, is zeer beperkt (vgl. *Haagman/Schoemakers* voornoemd).²¹¹⁴ Zowel in de Nederlandse doctrine²¹¹⁵ als naar Duits (nr. 215) en Engels recht (nr. 219) wordt aangenomen dat een leverancier minder kennis en middelen heeft dan een producent om productgevaaren te herkennen en tegen die gevaren in te grijpen en dat in dat kader minder van hem mag worden verwacht om schade als gevolg van onveilige producten te voorkomen.²¹¹⁶ Voor een zelfstandige beperkte

²¹¹⁴ Dommering-Van Rongen wijst er terecht op dat *Du Pont* in eerdergenoemd arrest niet de producent was van het product, maar dat niet ter verdediging had aangevoerd, Dommering-van Rongen 2000, p. 33.

²¹¹⁵ Barendrecht & Duyvensz 2000b, p.102, die opmerken dat de omstandigheid dat de persoon die het product in het verkeer brengt enkel tussenhandelaar is, kan meewegen bij de beantwoording van de vraag of de tussenhandelaar onzorgvuldig heeft gehandeld. Zie ook Dommering-van Rongen 2000, p. 33. Zie eerder onder vermelding van Amerikaanse rechtspraak Dommering-van Rongen 1991, p. 135.

²¹¹⁶ Deze argumenten worden ook door de Europese Commissie genoemd tegen uitbreiding van de richtlijnaansprakelijkheid tot de zuivere leverancier buiten de reeds in art. 3 van de richtlijn genoemde

zorgplicht kan voorts steun worden gevonden in de ratio achter de Richtlijn Productaansprakelijkheid, waarin juist van een ruime aansprakelijkheid van de leverancier is afgezien (nr. 177).

De leverancier in het privaatrecht is veelal distributeur onder het productveiligheidsrecht; hun zorgplichten zijn vergelijkbaar. De distributeur heeft niet de zelfstandige plicht om een product te testen of conformiteitsbeoordelingsprocedures (opnieuw) te doorlopen. De zorgplicht van de distributeur onder het geschreven recht op het moment van het op de markt brengen van het product is afhankelijk van wat hij weet of op grond van de hem ter beschikking staande gegevens beroepshalve had moeten concluderen. Een schending van een geharmoniseerde norm kan relevant zijn ter vaststelling of hij een wettelijke plicht, namelijk zijn geschreven zorgplicht heeft geschonden, maar de schending van de geharmoniseerde norm is daarvoor niet doorslaggevend. De zorgplicht van de leverancier onder het ongeschreven recht wordt vastgesteld aan de hand van het gevaarzettingsleerstuk, waarbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen de gevallen waarin:

1. de leverancier het gebrek zelf veroorzaakt en onrechtmatig en toerekenbaar handelt (door bijvoorbeeld in strijd met het geschreven recht, nr. 68, elektronica in een vochtige omgeving op te slaan waardoor een verhoogd risico op kortsluiting ontstaat);
2. de leverancier het gebrek niet zelf heeft veroorzaakt, maar een onrechtmatige gevaarstelling creëert door een gevaarlijk product op de markt te brengen een terwijl hij beroepshalve wist of behoorde te weten dat het gevaarlijk was, of;
3. nadat de leverancier rechtmatig een product op de markt brengt, nieuwe informatie over het product bekend wordt die de leverancier heeft bereikt, waarna hij alsnog niet tijdig tegen het gevaar heeft ingegrepen. In privaatrechtelijke zin gaat het dan om een zuiver nalaten en in publiekrechtelijke zin om het niet naleven van post-marketingverplichtingen als het waarschuwen voor of het terughalen of -roepen van een product (nr. 54). Over zuiver nalaten in het privaatrecht wordt wel gezegd dat subjectieve bekendheid van het gevaar nodig is voor onbetamelijkheid en toerekening,²¹¹⁷ maar bij professionele partijen als leveranciers/distributeurs, die krachtens het productveiligheidsrecht ook registratieplichten hebben, is mijns inziens voorzienbaarheid in de zin van geobjectiveerde bekendheid (behoren te kennen) voldoende (vgl. nr. 223).

Deze zorgplichten komen zowel in het geschreven (§ 2.4.4) als ongeschreven recht terug.²¹¹⁸ Schending van een producteis of een geharmoniseerde norm is een belangrijke aanwijzing voor schending van alle

gevallen, COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 26.

²¹¹⁷ Op grond van o.a. HR 22 november 1974, NJ 1975/149 (*Heddema/De Coninck, Struikelende broodbezorger, Springtouwte*), zoals ook aangehaald door Jansen 2012, p. 436 e.v.

²¹¹⁸ Voor het ongeschreven recht in Nederland zie kort, Dommering-van Rongen 2000, p. 97 e.v.

drie de categorieën. Of de plichten nu vastliggen in een geschreven of een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, de werking van de productnorm is indirect in die zin dat zij slechts één aanwijzing vormt in een grotere catalogus van omstandigheden. Hoewel de leverancier/distributeur niet de primaire normadressaat is, hoeft dit niet aan indirecte werking van productnormen in de weg te staan. Er zijn echter bijkomende omstandigheden nodig, wil het in het verkeer brengen of houden van een inbreukmakend product door een leverancier/distributeur zowel onrechtmatig als toerekenbaar zijn. Net als het gebruik van normalisatienormen in andere rechtsverhoudingen dienen productnormen te worden gerelateerd aan de *Kelderluik*-factoren in het licht van de overige omstandigheden van het geval om vast te stellen welke concrete ongeschreven gedragsnorm door de distributeur is geschonden (vgl. 7.3.2.3 en 7.3.2.4).

Andere productveiligheidsverplichtingen kunnen de gebruiker helpen bij het bewijs van onrechtmatig en toerekenbaar handelen van de leverancier/distributeur. Zo bestaat voor de distributeur geen gecodificeerde plicht tot het bijhouden van RAPEX-meldingen online, maar kan mijns inziens worden betoogd dat het onderdeel is van diens algemene zorgplicht om deze database met enige regelmaat te raadplegen. Zoals besproken in hoofdstuk 2 hebben de grote online platforms zich reeds vrijwillig hiertoe gecommitteerd.

Het invoeren van een plicht tot publicatie van de *DoC* zou een eveneens grotere betekenis van geharmoniseerde normen in de keten tot gevolg kunnen hebben: waar distributeurs nu niet wettelijk gehouden zijn de verklaring op te vragen, kan uit zo'n nieuwe plicht wellicht onder omstandigheden een ongeschreven plicht voor de distributeur worden afgeleid om te controleren of de producent de verklaring van overeenstemming openbaar heeft gemaakt. Heeft de producent de verklaring niet openbaar gemaakt en brengt de distributeur het product toch in de handel, dan doet hij dit mijns inziens voor eigen risico. Heeft de producent de verklaring wel openbaar gemaakt, dan kan echter niet van hem worden gevergd dat hij deze inhoudelijk op juistheid controleert.

Voor zuivere vermogensschade van opvolgende leveranciers in de keten moet schending van een op dat geval toegesneden zorgvuldigheidsnorm worden gevonden (met het oog op die belangen en die schade, zoals in *Haagman/Schoemaker*). Mijns inziens mag niet te gemakkelijk worden geoordeeld dat de tussenhandelaar jegens een afnemer eenzelfde zorg dient te betrachten met een oog op diens economische belangen als jegens een eindgebruiker met het oog op diens lichaam en zaken (zie nader nr. 240 en 241).

239 Zorgplichten jegens concurrenten

Zoals besproken bestaat onduidelijkheid over de relativiteit van de geschreven verplichtingen in relatie tot concurrentiebelangen (hoofdstuk 3 en nr. 204). Onder het ongeschreven recht komt het vaststellen van de norm die geldt tussen concurrenten veelal neer op een belangenafweging. In de regel plegen

belangen van concurrenten door het ongeschreven recht te worden beschermd.²¹¹⁹ Een schending van productnormen kan via de correctie-Langemeijer – die juist voor het eerst is aangenomen in een zaak waarin de relativiteit van marktregulering ontbrak – extra gewicht in de schaal leggen voor het aannemen van onbetamelijkheid.²¹²⁰ Vanuit een oogpunt van preventie lijkt dat in theorie ook wenselijk nu concurrenten de markt het beste kennen en snel door zullen hebben welke concurrent zich niet aan de regels houdt. Voor geharmoniseerde normen zou deze constructie naar analogie kunnen worden toegepast, ook al zijn die normen niet bindend. De geharmoniseerde norm wordt dan gebruikt ter invulling van de geschreven norm, die als extra argument bij de correctie-Langemeijer wordt meegewogen (lees: gelaagde toepassing binnen de correctie-Langemeijer).

Vanwege het eerdergenoemde risico op marktafscherming via geharmoniseerde normen (nr. 101) rijst de vraag of het toekennen van privaatrechtelijke rechtsbescherming aan concurrenten op basis van de schending van geharmoniseerde normen in dit soort verhoudingen de eventuele marktverdelende werking van een geharmoniseerde norm kan versterken. In zeer uitzonderlijke gevallen zou de ‘normsteller’, indien de invloed van een marktdeelnemer op het normalisatieproces extreem groot is, dan via het privaatrecht ook tot ‘handhaving’ kunnen overgaan. Dit risico ligt op de loer bij internationaal samenwerkende producenten (kartels), die samen de normstelling binnen de normcommissies beïnvloeden. Hoe dient de civiele rechter in de praktijk met dit risico om te gaan? De heersende opvatting in de nationale en internationale literatuur lijkt te zijn dat de rechter in zo’n geval dient na te gaan of procedurele waarborgen – zoals die genoemd in hoofdstuk 4 – in acht zijn genomen,²¹²¹ omdat een inhoudelijke toets of een norm bijvoorbeeld mededingingsbeperkend is in de praktijk zeer lastig zal zijn. Of de civiele rechter in de praktijk wel aan een dergelijke procedurele beoordeling toekomt is echter de vraag in het licht van het partijdebat (nr. 267).

240 Zorgplichten van marktdeelnemers in de keten met het oog op transactieschade en productnormen

Transactieschade, waaronder ik hier versta de schade aan het product zelf,²¹²² komt traditioneel gezien niet voor vergoeding in aanmerking op grond van productaansprakelijkheid, niet op grond van de richtlijn maar ook niet onder

²¹¹⁹ Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, IV Ongeoorloofde mededinging, paragraaf IV.2.2.18 (actueel t/m 14 oktober 2018), mede onderverwijzing naar Verkade 1986, p. nr. 18 en 19.

²¹²⁰ HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos, Tandartsen*). Zie ook HR 24 maart 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AU7935*, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*) (nr. 206).

²¹²¹ Zie hoofdstuk 4, alsmede o.a. Kristic e.a. 2009, p. 578 die voor toepassing in de rechtzaal enige ‘principes van de interne moraliteit van private regelgeving’ formuleren die voornamelijk zien op procedurele waarborgen. Zie ook Lee 2011 p. 752-758 die voor de betekenis van allerlei vormen van regulering voor normstelling in het delictuele aansprakelijkheidsrecht focust op ‘*three process questions (purpose, tools and participation)*’.

²¹²² Transactieschade is een begrip met een contractuele lading. De koper krijgt minder dan dat het op grond van de overeenkomst voor de overeengekomen prijs was toegezegd.

het nationale ongeschreven recht.²¹²³ Van het risico op schade aan het product zelf wordt aangenomen dat deze contractueel worden gealloceerd binnen de handelsketen (met uitzondering van dwingend recht en de regresregelingen bij consumentenkoop, zie nr. 170).²¹²⁴ De introductie van een directe actie jegens de producent voor transactieschade in het kader van de harmonisatie van het consumentenkooprecht strandde eerder.²¹²⁵ Hartkamp en Sieburgh menen in navolging van Duyvensz dat de transactieschade op grond van een reguliere onrechtmatige daad van de producent zou kunnen worden gevorderd.²¹²⁶ Duyvensz noemt als belangrijkste argument hiervoor het beginsel van volledige compensatie.²¹²⁷ Tegelijkertijd meent ook hij dat daarvoor aanvullende omstandigheden nodig zijn,²¹²⁸ zoals bijzondere mededelingen die over het product zijn gedaan²¹²⁹ of een marktdeelnemer die het product blijft verhandelen terwijl hij wist dat het product ondeugdelijk was of indien het product zich al bij de kopers bevindt en hij nalaat hen daarover te informeren.²¹³⁰ De enkele gebrekkigheid van het product is daarvoor onvoldoende. De Hoge Raad heeft zich nog niet over deze vraag uitgelaten.

Lagere rechters wijzen een vordering op de producent tot vergoeding van transactieschade wel eens toe met toepassing van het *Du Pont*-criterium, zoals in *DAF/Achmea* in lagere instantie. Het cassatiemiddel was echter niet gericht tegen de door het hof toegewezen transactieschade, maar tegen het oordeel over het in het verkeer brengen. Uit dit arrest mag dan ook niet de conclusie worden getrokken dat het vorderen van transactieschade met toepassing van het lichte criterium voor productaansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW op basis van dit arrest is toegestaan.²¹³¹ Desalniettemin acht ook ik het voorstelbaar dat indien de gedraging maar voldoende ernstig is, de vergoeding van transactieschade op enig moment toch in beeld kan komen in de zin dat ook een ongeschreven norm die strekt tot vergoeding van transactieschade

²¹²³ Keirse 2015a, p. 151 voor productaansprakelijkheid. Du Perron 1999, p. 286 voor art. 6:162 lid 1 e.v. BW zoals ook aangehaald door Duyvensz.

²¹²⁴ Art. 9 richtlijn resp. art. 6:190 BW. Zie ook Veldt & van Boom 2015, p. 389 met de kanttekening dat het hof in *Boston* spreekt over de vervangingskosten, waar wellicht onbedoeld ook de transactiekosten ook onder zouden kunnen vallen. HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13)*, *Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*), r.o. 50.

²¹²⁵ Zie hierover uitgebreid alsmede, Ebers e.a. 2009, p. 1 e.v.

²¹²⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/259 onder verwijzing naar Duyvensz 2010, p. 659 e.v.

²¹²⁷ Duyvensz 2010, p. 661.

²¹²⁸ Duyvensz verwijst in dat verband de gezichtspunten uit HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

²¹²⁹ HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*).

²¹³⁰ Het enkel rekening hoeven houden met de belangen van derden acht hij een relevante, doch niet doorslaggevende omstandigheid, omdat in de praktijk een koopovereenkomst veelal deelt uitmaakt van een keten, Duyvensz 2010, p. 663. Hij trekt een parallel met HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, *NJ* 2010/83 (*Moerings/Mol, Pootaardappelen*) dat echter een contractueel geschil betrof waarbij verplaatste schade, namelijk schade van de afnemers van Mol, van Moerings als producent van pootaardappelen werd gevorderd.

²¹³¹ A-G Hartlief haalt in zijn conclusie bij HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, *NJ* 2017/48 (*DAF/Achmea*) onder 5.6 en 5.8 reflexwerking van de gebrekkigheid aan, doch in de procedure werd de schade aan de gebrekkige DAF zelf gevorderd. Zie enthousiast positief, doch later in de tekst met dezelfde belangrijke nuancerings ook Van Huizen 2017, p. 12 en 16.

wordt geschonden. Ik betwijfel of de drempels hiervoor niet nog hoger liggen dan door Duyvensz aangegeven, waarbij ik denk aan opzet of bewuste roekeloosheid (vgl. Duitsland nr. 210 en Engeland nr. 217). De enkele schending van productnormen lijkt voor de vergoeding van transactieschade in ieder geval niet voldoende. Anders gezegd; zou men eventuele relativiteit van productnormen en de daarmee samenhangende plicht voor de producent aannemen in de zin van een beschermd belang van marktdeelnemers in de handelsketen of van eindgebruikers met het oog op transactieschade (of verplaatste schade),²¹³² dan zou dat mijns inziens een verzwaring van de thans bestaande aansprakelijkheid van de producent krachtens het ongeschreven recht met zich kunnen brengen.

241 Zorgplichten van marktdeelnemers in de keten met het oog op economische belangen en zuivere vermogensschade: een economisch Kelderluik

In de praktijk zal het regelmatig voorkomen dat het schenden van productnormen een productcrisis binnen de handelsketen veroorzaakt en grote economische schade teweegbrengt; denk aan terughaal- en vernietigingskosten, kosten als gevolg van bedrijfsstagnatie, gedeerde winst, reputatieschade en verlies aan marktaandeel. Keirse wijst erop dat dit soort gevallen zich met enige regelmaat – naar mag worden aangenomen – voordoen, waarbij het om aanzienlijke bedragen zal gaan. Zij vindt het daarom verrassend dat er relatief weinig jurisprudentie bestaat.²¹³³ Naast diverse praktische verklaringen voor het uitblijven van rechtszaken (zie ook nr. 9),²¹³⁴ bestaat er een juridische verklaring voor dit fenomeen. Hoewel de wet en de jurisprudentie geen onderscheid maken in de vergoedbaarheid van zaak-, letselschade of zuivere vermogensschade, lijkt de Nederlandse doctrine wel van een terughoudendere benadering van de vergoeding van economische schade uit te gaan.²¹³⁵ Het Nederlandse privaatrecht gaat niet zover als

²¹³² Vgl. over verplaatste schade HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, NJ 2010/83 (*Moerings/Mol, Pootaardappelen*).

²¹³³ Keirse 2015a, p. 156.

²¹³⁴ Zo kan marktmacht in de keten en wederzijdse afhankelijkheid maken dat kosten worden gemaakt, maar geen rechtzaken worden aangespannen, vgl. De Hoon & Van Doorn 2013. Dergelijke schade is – met uitzondering van bereddingskosten bij een onmiddellijk dreigend gevaar – bovendien niet onder reguliere AVB-verzekeringen verzekerd, waardoor regres door een verzekeraar wellicht uit zal blijven, *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/546*. Daar waar die afhankelijkheid niet bestaat, volgen op wanpresteren in de keten veelal niet-juridische sancties zoals het beëindigen van een relatie of passeren van een leverancier voor een latere transactie. Dit wordt ook wel de *rational theory of contracts* genoemd: Van Erp 2013, p. 352 onder verwijzing naar uitgebreide theorievorming en empirische studies.

²¹³⁵ Zie Barendrecht 1998, p. 115 e.v., die erop wijst dat de terughoudende benadering impliciet blijkt, onder meer uit de invulling van andere vereisten, zoals ook aangehaald door Hesselink 1999, p. 220. Vgl. Hijma in zijn noot bij HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*) in het kader van relativiteit: 'Voor een verschil in bejegening pleit, dat personenschade in ons recht een hogere status heeft dan andere schadesoorten en in diverse opzichten eerder voor vergoeding in aanmerking komt.' Vgl. ook het uitgangspunt dat economische schade voor wat betreft de omvangfase ex art. 6:98 BW minder snel kan worden toegerekend dan personen- of zaakschade, alsmede de aanname dat economische schade eerder kan worden gematigd ex art. 6:109 BW, Hartlief 2015, p. 255.

bijvoorbeeld het Engelse of het Duitse recht waaronder *pure economic loss* onder het ongeschreven recht in de regel uitgesloten is, maar de categorieën van normen die strekken tot bescherming tegen zuivere vermogensschade lijken in de praktijk toch beperkt te zijn. Het beschermen tegen letsel- en zaakschade lijkt van groter normatief gewicht en van groter belang dan het beschermen tegen economische schade.²¹³⁶ Een opvallende zaak vormt het arrest *Amlin/Deutz (scheepsdieselmotor)* waarin het hof schade bestaande uit tijdverlet (gemiste omzet door stilliggen) heeft toegewezen onder de noemer productaansprakelijkheid.²¹³⁷ Dit soort gevallen vallen mijns inziens echter buiten enige vorm van reflexwerking. Qua materieel criterium valt men onder het Nederlandse recht terug op de kern van het leerstuk van de betamelijkheid, namelijk de gerechtvaardigde verwachting van justitiabelen onderling en de vraag in hoeverre een actor op het belang van de ander bedacht moet zijn en zijn gedrag hierdoor mede moet laten leiden.²¹³⁸ Aan de hand van de omstandigheden van het geval dient te worden bepaald of een professionele partij in bepaalde situaties rekening dient te houden met de (economische) belangen van een andere professional. Buiten traditionele gevaarzetting met het oog op fysieke gevaren, zijn de gevallen waarin rechtens rekening moet worden gehouden met financiële gevaren voor andere professionals vrij beperkt. Als besproken vormt concurrentievervalsing of oneerlijke mededinging een categorie waartegen het ongeschreven recht van oudsher beschermt. Buiten concurrentievervalsing lijkt in B2B-verhoudingen echter veel toegestaan.

Vanuit normatief oogpunt lijkt geen twijfel mogelijk of een schending van productnormen via het ongeschreven recht tot een onrechtmatige daad zou moeten leiden. Opvolgende schakels in de handelsketen worden het eerst geraakt door niet-naleving van producteisen of geharmoniseerde normen door voorschakels. Dat opvolgende schakels als eerste – veelal economische – schade zullen ondervinden bij de niet-naleving van productnormen lijkt evident en voorzienbaar. In dat licht lijkt de verwachting dus meer dan gerechtvaardigd dat voorschakels hun gedrag daarop afstemmen en zich mede door die economische belangen laten leiden. Zeker aangezien de bescherming van die economische belangen indirect zou kunnen bijdragen aan de bescherming van het fysieke en zakelijke belang van de uiteindelijke gebruiker. Aanneمة van een zorgplicht met die strekking zou – in ieder geval in theorie – een prikkel kunnen vormen voor marktdeelnemers tot het voorkomen van schade. Op die manier zou het toestaan van schadevergoeding in dat soort gevallen in theorie kunnen bijdragen aan de preventie van schade bij deze

²¹³⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/61 noemen als categorieën van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen die strekken tot bescherming tegen economische schade o.a. ongeoorloofde mededinging, misbruik van machtspositie, misleidende reclame, benadeling van schuldeisers, overeenkomsten en derden en beroepsfouten.

²¹³⁷ HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, NJ 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), zoals blijkt uit r.o. 1.6 en 2.2 waarin het hof mijns inziens ten onrechte het Du Pont-criterium hanteert.

²¹³⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/56 en 75. Vgl. ook HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196 (*Staat/Shell*).

partijen en bij derden. Marktdeelnemers in de keten bevinden zich immers in een optimale informatiepositie waar het gaat om inbreuken (nr. 87),²¹³⁹ zeker omdat zij op grond van het verdere productveiligheidsrecht klachten en andere incidenten door te geven aan eerdere schakels in de keten (zie eerder hoofdstuk 2). Economische schade treedt naar verwachting eerder op dan zaak- of letselschade, waardoor marktdeelnemers een niet-naleving van productnormen eerder in de portemonnee zullen voelen. Bovendien zullen zij veelal over meer middelen beschikken dan de gemiddelde productgebruiker. De twijfel slaat echter toe wanneer we kijken naar de bredere ratio achter een terughoudende vergoeding van *pure economic loss* in delictuele verhoudingen. Economische schade behoort tot het bestaande bedrijfsrisico. Dit wordt binnen de keten via contracten gealloceerd en aan de marktwerking overgelaten. Een terughoudendere vergoeding van zuiver economische schade is mede gelegen in macro-economische argumenten als het voorkomen van *floodgates* en hoge systeemkosten, de eerdergenoemde betaalbaarheid van producten die moet worden gewaarborgd en de verzekeraarbaarheid van risico's.²¹⁴⁰ Productaansprakelijkheid vormt van oudsher een belangrijke uitzondering op het uitgangspunt dat risico's op schade binnen de handelsketen worden gealloceerd.²¹⁴¹ Om aan te nemen dat in het belang van de rechtsbescherming en een doeltreffende toepassing van EU-recht relativiteit in dit soort gevallen klakkeloos moet worden aangenomen, is te kort door de bocht. Voor deze rechtspolitieke keuzes die – bij gebreke van aanwijzingen van de EU-wetgever en het Hof van Justitie – thans op het bord van de nationale civiele rechter liggen, bestaat thans onvoldoende informatie over onder meer de invloed van aansprakelijkheid op het gedrag van dit soort professionele actoren ter bepaling of een prikkel bestaat dan wel nodig is en over de impact op de verzekeraarbaarheid en de kosten van producten. Ik kom hier in de slotbeschouwing nader op terug (nr. 285). De vraag is of de civiele rechter zich in deze omstandigheden maar afwachtend moet opstellen en aansprakelijkheid stelselmatig moet afwijzen. Ik meen dat indien bijkomende omstandigheden aanwezig zijn naast de schending van productnormen – vgl. de genoemde omstandigheden bij transactieschade, nr. 240 – en de opvolgende marktdeelnemers in de keten de hoge drempel van het bewijzen van een causaal verband kunnen overwinnen er thans reeds voldoende normatieve rechtvaardiging bestaat om schadevergoeding toe te wijzen op

²¹³⁹ Vgl. Van Boom maar dan ten aanzien van de handhaving van het privaatrecht zelf via privaatrechtelijke remedies, van Boom 2007b, p. 9. Zie meer in het algemeen Van Boom 2006a, p. 30 onder verwijzing naar Shavell 1984b, p. 271 e.v.

²¹⁴⁰ Vgl. Van Boom e.a. 2004, p. 43-46. Vgl. voor Engels recht Bernstein 2013, paragraaf 1.4, waarin wordt geïllustreerd dat de achterliggende rechtvaardiging voor de beperkte vergoeding van *pure economic loss* in de rechtspraak naar Engels recht niet zo zeer was gelegen in een principieel verschil in de aard van de schade alswel in het voorkomen van een situatie van onbeheersbare aansprakelijkheid. Onbeheersbare aansprakelijkheid zou dreigen indien te ver verwijderde schade voor vergoeding in aanmerking zou komen.

²¹⁴¹ Dommering-van Rongen 1991, p. 8 e.v. voor de historische ontwikkeling van het productaansprakelijkheidsrecht. Zie ook Stapleton 1994, p. 89 e.v. over de onderliggende theorieën van aansprakelijkheid voor producten.

grond van schending van het ongeschreven recht. De schending van een productnorm kan bijdragen aan het oordeel dat een ongeschreven norm is geschonden, maar resulteert mijns inziens niet een-op-een in schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm jegens deze partijen. Voor de wetgever (denk aan impact assessments) en de rechtswetenschap is hier echter nader werk aan de winkel voor onderzoek naar het nut en de effecten van dit soort aansprakelijkheden.

Ten slotte is nog denkbaar dat een fabrikant betoogt te zijn aangetast in zijn eigen economische belangen door schending van productveiligheidsverplichtingen door een distributeur, indien de laatste bijvoorbeeld in strijd met het productveiligheidsrecht niet tijdig melding maakt bij de producent van een ontdekte inbreuk op productnormen, waardoor de producent zijn schade niet heeft kunnen beperken (denk aan extra productaansprakelijkheidsclaims die voorkomen hadden kunnen worden of reputatieschade). Thans is nog onduidelijk wanneer op grond van ongeschreven recht een meldplicht bestaat, of deze meldplicht onder invloed van het geschreven recht kan worden aangescherpt en of deze meldplicht strekt tot bescherming van de economische belangen van de fabrikant en diens economische schade. Ook hier wreekt zich het gebrek aan kennis over de effecten van vergaande aansprakelijkheid.

242 Marktdeelnemers als opstal- en zaakbezitters en productnormen

Een dienstverlenende fabrikant, importeur of distributeur, die de eigendom van zaken niet overdraagt en ter uitvoering van de dienst gebruikmaakt van een product of zaak die hij bezit, zal bij schade aan personen of andere zaken veelal (ook) aansprakelijk kunnen worden gehouden als bezitter ex art. 6:173 BW voor gebrekkige roerende zaken en ex art. 6:174 lid 1 BW voor gebrekkige opstallen voor zover het product daar bestanddeel van is geworden (behoudens onder de eerste grondslag de kanalisatie naar de producent bij productaansprakelijkheid ex art. 6:173 lid 2 BW). Productnormen kunnen onder de gebrekkigheid aan de geobjectiveerde *Kelderluik*-factoren worden gerelateerd, zoals dat thans ook al gebeurt met andere wettelijke normen en normalisatienormen (§§ 7.3.2.3 en 7.3.2.4).

7.3.3 Tussenconclusie

243 Strijd met de wet, de hoge eisen in de Nederlandse jurisprudentie aan relativiteit en het vereiste van toerekenbaarheid

Uit de voorgaande uiteenzetting volgt dat voor een beroep op 'strijd met de wet' schending van een AVV vereist is. Producteisen vormen in combinatie met de verplichtingen voor marktdeelnemers AVV's. Een schending van een geharmoniseerde norm kan nooit resulteren in 'strijd met de wet', maar geharmoniseerde normen kunnen wel een belangrijke aanwijzing vormen voor 'strijd met de wet' en gelaagd van toepassing zijn.

Naar Engels en Duits recht lijkt relativiteit van producteisen met het oog op de belangen van gebruikers in ieder geval aanwezig. Voor concurrenten en

andere marktdeelnemers lijkt echter geen schadevergoedingsactie uit reguliere onrechtmatige daad wegens strijd met de wet open te staan. *Pure economic loss* lijkt in ieder geval niet onder het beschermingsbereik van de nationale implementatiebepalingen van het productveiligheidsrecht te vallen. Zie voor een verbodsactie voor concurrenten in Duitsland echter nr. 246. Naar Nederlands recht lijkt relativiteit bij schending van de verplichtingen door marktdeelnemers veelal te ontbreken door de hoge eisen die blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad voor de aanwezigheid van relativiteit worden gesteld. Het Europese recht focust namelijk op algemene doelen en de nationale wetgever heeft geen expliciete aanwijzingen gegeven over eventuele privaatrechtelijke remedies. Men zou ervoor kunnen kiezen om op nationaal niveau minder strenge eisen aan de aanwijzingen voor relativiteit te stellen door uit de bescherming van algemene belangen de bescherming van individuele belangen af te leiden. Op die manier worden producteisen in de rechtsverhouding tussen producent en de gebruiker daadwerkelijk minimumnormen. In het licht van de doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming als genoemd in hoofdstuk 3 kan ervoor worden gekozen zo'n ruime benadering ook te hanteren voor de belangen van bijvoorbeeld concurrenten; hun individueel belang correspondeert met het algemene belang van een eerlijke mededinging. Rechtsbescherming kan echter ook worden gecreëerd via het ongeschreven recht met toepassing van de correctie-Langemeijer. Deze correctie hoeft echter niet altijd te worden gehonoreerd, hetgeen tot meer rechtsonzekerheid zal leiden. De correctie geeft wel ruimte voor maatwerk.

Schending van een AVV is – anders dan naar Engels recht – naar Nederlands recht niet per definitie toerekenbaar, maar aannemelijk is dat op grond van de verkeersopvatting zo'n onrechtmatige daad al snel aan een marktdeelnemer kan worden toegerekend in het licht van onder andere het profijt- en het gevaarzettingsbeginsel. De slechte kenbaarheid van geharmoniseerde normen staat mijns inziens vooralsnog niet aan toerekening van een met gelaagde toepassing vastgestelde onrechtmatige daad in de weg.

244 Strijd met het ongeschreven recht: het relateren van productnormen aan het kennisniveau van de actor en aan de gezichtspunten bij gevaarzetting

Naar Nederlands recht zijn de objectieve kenbaarheid van het risico en de voorzienbaarheid van het risico voor de laedens in kwestie belangrijke factoren voor het bepalen van de ongeschreven zorgplicht van de desbetreffende persoon. Wij hanteren in ons nationale recht – anders dan in Duitsland – echter geen nadere indeling in het type kennis dat van een laedens mag worden verwacht dat kan worden gerelateerd aan het informatieniveau dat vastligt in een bepaalde norm. In Duitsland hanteert men een indeling in diverse kennisniveaus: *'anerkannte Regeln der Technik'*, *'Stand der Technik'* en *'Stand von Wissenschaft und Technik'*. In het licht van het productveiligheidsrecht kan daar nog een niveau aan toe worden gevoegd:

producteisen die zijn vastgesteld uit voorzorg (nr. 236). Deze indeling kan ook onder ons nationale recht bruikbaar zijn voor het vertalen van de inhoud van de norm en het informatieniveau dat daarin vastligt, naar de kennis die van een bepaalde laedens mag worden verwacht (zie slotbeschouwing nr. 276 en 279) als factor waarom aan een productnorm meer of minder betekenis toekomt.

In Nederland is in de jurisprudentie een ontwikkeling gaande waarbij de gezichtspunten die onder het ongeschreven recht bij gevaarzetting relevant worden geacht, geobjectiveerd worden gebruikt bij de invulling van andere kwalitatieve aansprakelijkheden. Bij het bepalen van de betekenis van andere wettelijke normen en normalisatienormen voor privaatrechtelijke normstelling in andere rechtsverhoudingen ziet men dat deze normen indirect relevant worden geacht en veelal moeten worden gerelateerd aan de gezichtspunten bij gevaarzetting (of buiten gevaarzetting: de gezichtspunten voor andere zorgplichten). De betekenis en toepassing lijkt in de praktijk echter altijd indirect te zijn in de zin dat de norm slechts één relevante factor is. De geschreven norm is zelden doorslaggevend, of het nu een AVV, vergunningsvoorwaarden, andere alternatieve normen of normalisatienormen betreft. Het gewicht van de norm wordt groter naar mate zij concreter is. Het gewicht wordt ook groter naar mate de norm meer is toegespitst op het risico in kwestie en rekening houdt met het mogelijke management ervan (lees: de te treffen voorzorgsmaatregelen). Zie nader nr. 278.

245 Strijd met het ongeschreven recht: reflexwerking van gebrekkigheid en productennormen en de aansprakelijkheid van andere marktdeelnemers

Als gezegd is het onduidelijk welke invulling het Hof van Justitie in de toekomst aan het gebrekkigheidsvereiste zal geven. Indien reflexwerking wordt aangenomen van de gebrekkigheid in de zin dat het gebrekkigheids criterium de maatschappelijke betamelijkheid een-op-een invult dan is aannemelijk dat in de praktijk meer nadruk zal komen te liggen op het vereiste van toerekenbaarheid, aangezien de heersende opvatting is dat de zorgplichten en verantwoordelijkheden van de diverse partijen in de handelsketen onderling verschillen. Aangezien de ongeschreven plichten van andere marktdeelnemers in de keten jegens gebruikers in de doctrine nauwelijks zijn uitgewerkt, kan inspiratie worden geput uit het geschreven recht (hoofdstuk 2) alsmede het uit het Duitse en het Engelse recht. In de buitenlandse jurisprudentie zijn concrete omstandigheden genoemd aan de hand waarvan de ongeschreven zorgplichten van deze actoren ook in Nederland nader kunnen worden vormgegeven. Productnormen zijn voor deze zorgplichten indirect van betekenis; de norm vormt slechts een eerste aanwijzing en is slechts een van de relevante omstandigheden van het geval. De zorgplichten van marktdeelnemers met het oog op de belangen andere partijen in de handelsketen (*B2B*) zijn het meest onduidelijk. Voor zover relativiteit van de geschreven plichten met het oog op deze belangen ontbreekt, meen ik dat er

thans al goede argumenten zijn om via het ongeschreven recht toch al enige rechtsbescherming aan deze partijen toe te kennen. Nader onderzoek is echter nodig om een volledig beeld te krijgen over de daadwerkelijke effecten van dergelijke aansprakelijkheden (nr. 285).

De verschillende doorwerkingsmechanismen die in paragraaf 7.3 zijn geïnventariseerd, zijn in een schema weergegeven dat als Annex II bij dit onderzoek is gevoegd.

7.4 BIJZONDERE BUITENCONTRACTUELE EN HYBRIDE NORMEN

246 Duitsland: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Onder Duits recht bestaan voor concurrenten ruimere mogelijkheden om te ageren tegen schendingen van productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen op grond van de Duitse mededingingswet (UWG). Deze remedies staan ook open voor consumenten – zowel individueel als ook via een collectieve actie – en consumentenorganisaties. De UWG functioneert mede als implementatiewet voor de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame.²¹⁴² Aangezien die normen hierna separaat worden behandeld en richtlijnconform dienen te worden geïnterpreteerd, zullen de bepalingen uit de UWG die daarop zien niet worden besproken. Binnen de UWG vormt § 3a UWG (voorheen § 4 Abs. 11 UGW), beter bekend als de *Rechtsbruch*, de voor dit onderzoek een bijzonder onderscheidende en belangrijke categorie.²¹⁴³ Voor een *Rechtsbruch* is vereist dat 1) in strijd is gehandeld met een voorschrift dat bestemd is om in het belang van de marktdeelnemer marktgedrag te reguleren, 2) de schending het marktgedrag van marktdeelnemers, consumenten of concurrenten merkbaar kan beïnvloeden en 3) er tussen de overtreder en de concurrent een concurrentieverhouding bestaat.²¹⁴⁴ Uit de rechtspraak van het Bundesgerichtshof blijkt dat bepalingen die strekken tot bescherming van de volksgezondheid tegen productrisico's als normen ad 1 – zijnde bestemd om in het belang van de marktdeelnemer marktgedrag te reguleren – kunnen worden gekwalificeerd.²¹⁴⁵ Van de meeste productformaliteiten (nr. 20), zoals de CE-markering (nr.49) en de identificatieplichten voor producenten (nr. 50) is in de feitenrechtspraak deze strekking eveneens aangenomen.²¹⁴⁶ Ook tegen

²¹⁴² Richtlijn 2005/29/EG (Oneerlijke handelspraktijken) en § 4 UWG met een negatieve lijst die grotendeels overeenstemt met die van voornoemde richtlijn, respectievelijk Richtlijn 2006/114/EG (Misleidende en vergelijkende reclame) en § 5 en 6 UWG.

²¹⁴³ § 3a UWG: '*Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.*'

²¹⁴⁴ Götting/Hetmank UWG § 3a Rechtsbruch, Rn. 3.

²¹⁴⁵ Weiß 2008, p. 415 onder verwijzing naar oudere rechtspraak. Zie ook Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler 2019 Rn. 1.25.

²¹⁴⁶ Zie uitgebreid Hartmannsberger & Herzig 2016. p. 434 onder verwijzing naar feitenrechtspraak. Vgl. ook BGH 9.7.2015, I ZR 224/13, GRUR 2015, 1021 (*Kopfhörer-Kennzeichnung*) over § 3 Nr. 9 ElektroG, dat een identificatieplicht van de fabrikant inhoudt; de fabrikant moet kenbaar worden gemaakt op de verpakking van het product, omdat hij krachtens het EU-recht met het oog op het milieu verplicht is voor de afvoer van oude apparaten zorg te dragen. Importeurs en distributeurs mogen geen elektronica op de markt brengen waarop

een importeur of distributeur kan ex § 3a UWG worden geageerd, mits zij krachtens het productveiligheidsrecht een uitdrukkelijke plicht hebben om de aanwezigheid van een CE-markering en de andere gegevens te controleren.²¹⁴⁷ Over de niet-naleving van normalisatienormen wordt opgemerkt dat zij niet direct kunnen resulteren in een *Rechtsbruch*, omdat het geen bindende rechtsnormen zijn. Het ten onrechte propageren dat een product aan normalisatienormen voldoet, kan evenwel een oneerlijke handelspraktijk vormen (§ 5 UWG).²¹⁴⁸

Hoewel bepalingen die strekken tot bescherming van de belangen van marktdeelnemers *in de keten* als bepalingen ad 1 kunnen worden gezien (vgl. ook het beschermingsdoel van de UWG als genoemd in § 1 UWG), staan hen zolang zij niet concurreren met hun voor- of naschakel geen remedies ten dienste op grond van de UWG. Slechts indien zij concurrent (*Mitbewerber*) zijn, kunnen zij ageren (zie § 8 Abs. 3 UWG en § 9 Abs. 1 UWG).²¹⁴⁹

Als remedies kunnen een vordering tot staken van wederrechtelijk handelen of een gebodsactie tot recall of vernietiging van de goederen (*Beseitigungsanspruch* of *Unterlassungsanspruch*, § 8 Abs. 1 en 3 UWG), schadevergoeding (*Schadenersatzanspruch*, § 9 Abs. 1 UWG) of winstaftocht aan de Staat (§ 10 Abs. 1 UWG) worden ingesteld. Conform § 8 Abs. 4 UWG moet een *Beseitigungsanspruch* of *Unterlassungsanspruch* worden afgewezen indien er sprake is van misbruik. Conform § 9 Abs. 1 UWG is schuld vereist voor schadevergoeding.²¹⁵⁰

een vermelding van de fabrikant ontbreekt. Deze plicht vormt volgens het BGH ook een *Rechtsbruch* in voornoemde zin.

²¹⁴⁷ Zie uitgebreid Hartmannsberger & Herzig 2016, p. 434.

²¹⁴⁸ Götting/Hetmank UWG § 3a Rechtsbruch, Rn. 58 en Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler 2019, Rn 159.

²¹⁴⁹ Hoewel dit wellicht vreemd doet voorkomen in het licht van de algemene doelstelling van § 1 UWG, waarin *sonstige Martteilnehmer* wel zijn genoemd, zijn de remedies beperkt opengesteld. Een niet-concurrerende marktdeelnemer in de keten is geen *Mitbewerber* in voornoemde zin. Zie bijvoorbeeld Büscher/Fezer/Bücher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG 3. Auflage 2016 § 8 Beseitigung und Unterlassung, Rn. 14-15: 'Gläubiger des Beseitigungsanspruchs sind die in § 8 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 aufgeführten Mitbewerber, Verbände, Einrichtungen, Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern. Das ergibt sich nunmehr kraft ausdrücklicher Verweisung in § 8 Abs. 3 auf die in § 8 Abs. 1 angeführten Ansprüche, war jedoch zuvor schon allgemein anerkannt.' En Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler 2019 § 9, Rn. 1.10: '§ 9 S. 1 ist nicht analog auf Verbraucher und sonstige Marktpartner anzuwenden. Die Normen des Wettbewerbsrechts bezwecken nämlich keinen Individualschutz im Vertikalverhältnis für Verbraucher und sonstige Marktpartner (zum früheren Recht bereits Bornkamm GRUR 1996, 527 (528 f.)). Ein Schadensersatzanspruch lässt sich auch nicht auf dem Umweg über § 823 II BGB begründen. Denn § 3 stellt kein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB dar. (...) Der Schutz im Vertikalverhältnis wird vielmehr ausreichend durch die Normen des Bürgerlichen Rechts gewährleistet. Soweit es um den außervertraglichen Rechtsgüterschutz geht (zB Schutz der Privatsphäre vor belästigender Werbung), sind die §§ 823 ff. BGB einschlägig. Soweit es um den Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit und den quasivertraglichen und vertraglichen Schutz von Vermögensinteressen geht, geben die §§ 119, 123 BGB, die Vorschriften über die Widerrufsrechte bei bestimmten Absatzverträgen (zB §§ 312 ff. BGB), über die Mängelhaftung (§§ 434 ff. BGB) sowie über die culpa in contrahendo (§§ 311 II, 280 BGB) usw. ausreichenden Schutz. Eine Schutzlücke ist insoweit nicht zu erkennen.'

²¹⁵⁰ Hetgeen blijkt uit de woorden 'vorsätzlich oder fahrlässig', Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler 2019, § 9 UWG, Rn. 1.17.

247 Hybride: oneerlijke handelspraktijken

De Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken (hierna 'Richtlijn OHP') laat de sanctionering aan de lidstaten. Deze richtlijn is in ons nationale recht oorspronkelijk als bijzondere categorie van onrechtmatigheid geïmplementeerd (art. 6:193a e.v. BW), hetgeen de reden is waarom ik haar op deze plek behandel. In 2014 is in ons nationale recht echter mede een vernietigingsactie voor overeenkomsten gesloten onder invloed van oneerlijke handelspraktijken opgenomen (art. 6:193i lid 3 BW).²¹⁵¹ Doordat de regeling ingrijpt op zowel het contractuele als het buitencontractuele recht is hij hybride. De Richtlijn OHP biedt in het licht van dit onderzoek en de reeds ruime bescherming onder de Richtlijn Consumentenkoop met name aanvullende bescherming buiten koop. Art. 6:213 BW voor gemengde overeenkomsten schept de mogelijkheid om de levering van een product in het kader van een dienst toch via de koopbepalingen te normeren, waardoor de praktische relevantie van de Richtlijn OHP waar het gaat om de schending van productnormen beperkt zal zijn.²¹⁵² De vereisten onder de regeling OHP zijn bovendien erg hoog. Voorts ontbreekt rechtspraak over oneerlijke handelspraktijken in relatie tot producteisen, geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen. De norm zal hier dan ook zeer beperkt aan de orde zal komen.

Ten onrechte propageren dat een product voldoet aan producteisen of geharmoniseerde normen is een vorm van onjuiste informatieverstrekking, hetgeen op grond van art. 6 lid 1 aanhef en sub b Richtlijn OHP een misleidende handelspraktijk kan zijn,²¹⁵³ mits de informatie van de ondernemer de gemiddelde consument ertoe brengt een besluit over een transactie te nemen die hij anders niet had genomen (causaal verband). Het weglaten van *essentiële informatie* kan voorts een misleidende omissie ex art. 7 lid 1 en 2 Richtlijn OHP vormen, mits het gebrek aan informatie de gemiddelde consument brengt of kan brengen tot een besluit over een transactie dat hij anders niet had genomen (causaal verband).²¹⁵⁴ Art. 7 lid 4 en 5 Richtlijn OHP geven aan welke informatie als essentieel kan worden beschouwd (o.a. lid 4 sub b, informatie over '*de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin zulks gezien het medium en het product*

²¹⁵¹ Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193j BW, aant. 6.

²¹⁵² Vgl. ook Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

²¹⁵³ Art. 6 lid 1 OHP: '*Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen (...) b) de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles.*' Het artikel is in Nederland geïmplementeerd in art. 6:193c BW, in Duitsland in § 5 Abs. 1 UWG en in het VK in Reg. 5 (2) jo (4 t/m 6) CPR 2008.

²¹⁵⁴ Art. 7 lid 1 en 2 OHP zijn in Nederland geïmplementeerd in art. 6:193d lid 1 t/m 3 BW, in Duitsland in § 5A Abs.2 UWG en in het VK in Reg. 6 (1) CPR 2008.

passend is en in lid 5; *‘overeenkomstig de communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie, inclusief reclame en marketing, wordt als essentieel beschouwd (een niet-limitatieve lijst staat in bijlage II)’*. Secundair productveiligheidsrecht staat niet in Bijlage II opgenomen. Desalniettemin kan secundair productveiligheidsrecht dwingen tot het geven van bepaalde informatie en kunnen producteisen en geharmoniseerde normen – net als andere geschreven normen – betrekking hebben op informatie die in voornoemde zin essentieel kan zijn voor de consument. Denk bijvoorbeeld aan eisen aan de informatie op speelgoed over de leeftijd van gebruikers,²¹⁵⁵ de identiteit van de fabrikant (nr. 50) en geharmoniseerde normen die testmethoden geven ten aanzien van stoffen die uiteindelijk op het etiket van cosmetica moeten worden vermeld.²¹⁵⁶ Voorts verklaart de producent met het aanbrengen van de CE-markering dat het product overeenstemt met het toepasselijke producteisen, hetgeen misleidend kan zijn indien het product daar niet aan voldoet.²¹⁵⁷ Hetzelfde kan gelden voor de geharmoniseerde normen genoemd in de DoC indien het product daaraan niet voldoet (nr. 48).²¹⁵⁸ De vraag is alleen hoe aannemelijk het is dat een consument zich bij een aankoopbeslissing laat leiden door technische informatie uit een DoC (causaal verband).

Pavillon en Tiggelaar stellen met betrekking tot de vernietigingsactie naar aanleiding van de Volkswagen-affaire de vraag aan de orde in hoeverre (niets vermoedende) professionele verkopers het risico van oneerlijke praktijken van producenten moeten dragen. Art. 6:193j lid 3 BW vereist namelijk een *‘door hem [lees: handelaar] gepleegde oneerlijke handelspraktijk’*. Volgens hen kan, mits de causaliteit wordt aangetoond, de koopovereenkomst met een officiële dealer zonder meer worden vernietigd. De niet-erkende dealer of garage zou volgens hen langs de weg van art. 6:193j lid 2 BW kunnen aantonen dat de misleidende praktijk hem niet kan worden toegerekend: *‘Dan is van een oneerlijke handelspraktijk gepleegd door de wederpartij geen sprake en is vernietiging op de voet van artikel 6:193j lid 3 BW niet mogelijk.’*²¹⁵⁹ In het licht van het productveiligheidsrecht werkt het verschil in onderzoekplicht van distributeurs onder de diverse instrumenten (hoofdstuk 2) op vergelijkbare wijze door. Is de distributeur niet gehouden noch in staat om bijvoorbeeld de aanwezigheid van een verklaring van overeenstemming te controleren – hetgeen een aanwijzing kan vormen of de CE-markering wel of niet terecht is aangebracht – dan kan bij het op de markt brengen van product met ten onrechte aangebrachte CE-markering in beginsel geen sprake zijn van een *‘door hem gepleegde’* oneerlijke handelspraktijk, waardoor uit hoofde van deze grondslag niet kan worden vernietigd.

²¹⁵⁵ Art. 14 lid 2 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed) alsmede bijlage V daarbij.

²¹⁵⁶ Overweging 53, art. 19 en art. 20 lid 1 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica).

²¹⁵⁷ Art. 6:193g sub b en sub i BW dat Bijlage I onder 2 en onder 9 OHP implementeert.

²¹⁵⁸ Beweren dat een NB het product heeft gekeurd is tevens misleidend ex art. 6:193g sub d alsmede sub i BW.

²¹⁵⁹ Pavillon & Tiggelaar 2018, p. 78.

Handelaren kunnen zich als ‘klant van een andere handelaar (‘B2B’)' niet beroepen op art. 5, 6 en 7 en bijlage I van de Richtlijn OHP als geïmplementeerd in het BW.²¹⁶⁰ Of een concurrent een beroep op een oneerlijke handelspraktijk jegens een andere concurrent (‘B2B’) toekomt is onderwerp van debat, hetgeen samenhangt met onduidelijkheid over de relativiteit van de in het nationale recht geïmplementeerde normen. De oorzaak voor deze onduidelijkheid is met die van het productveiligheidsrecht vergelijkbaar:²¹⁶¹ de EU-wetgever laat de sanctionering van de OHP expliciet aan de lidstaten ex art. 11 OHP (vgl. nr. 72). De considerans van de OHP noemt echter mede het belang van concurrenten als beschermd belang (vgl. nr. 86).²¹⁶² De nationale wetgever implementeerde de OHP in het BW echter als remedie voor consumenten (separaat van de misleidende reclame voor B2B-verhoudingen) en de parlementaire geschiedenis zwijgt over de bescherming van de belangen van concurrenten (vgl. nr. 74). De feitenrechtspraak loopt in de toepassing van de regeling tussen concurrenten uiteen (vgl. nr. 202).²¹⁶³

De argumenten in het academische debat voor of tegen relativiteit in voornoemde zin kunnen worden teruggevoerd op drie klassieke verschillen in opvattingen over de rol en functie van het privaatrecht:

- Op het punt van de taakverdeling tussen de wetgever(s) en de civiele rechter. Dit leidt tot een verschil in interpretatie van de opmerkingen in de considerans van de richtlijn en het zwijgen van de nationale wetgever. Sommige auteurs zien het zwijgen van de wetgever als een vrijbrief voor de rechter tot het aannemen van relativiteit.²¹⁶⁴ Volgens anderen pleit dit voor een terughoudende opstelling van de rechter (vgl. nr. 203).²¹⁶⁵
- Over de vraag of rechtssubjecten via het privaatrecht alleen voor zuiver eigen belangen kunnen optreden of mede voor die van anderen.²¹⁶⁶

²¹⁶⁰ Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW nr. B49a) 2009/7.

²¹⁶¹ Zie voor een overzicht van het debat Van Nispen, *GS Onrechtmatige daad, afd. 3A Boek 6 BW*, aant. 13 en Tigelaar 2017, p. 188-192. Over het antwoord op de vraag of relativiteit aanwezig is, zijn de meningen verdeeld. Zie voor een volmondig ‘ja’ o.a. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW nr. B49a) 2009/7, de aldaar genoemde auteurs en feitenrechtspraak, omdat art. 11 de lidstaten de mogelijkheid zou laten een actierecht aan concurrenten toe te kennen, de bescherming van hun belang met zoveel woorden uit de considerans blijkt en uit het zwijgen van de nationale wetgever niet zomaar mag worden afgeleid dat relativiteit zou ontbreken. Zie voor een ‘nee’, omdat de Nederlandse wetgever niet expliciet voor sanctionering door concurrenten zou hebben gekozen, uit het systeem van de wet een onderscheid tussen oneerlijke handelspraktijken (B2C) en misleidende en vergelijkende reclame (B2B) blijkt en concurrenten niet zouden opkomen voor eigen belangen maar voor belangen van derden, o.a. Van Boom 2008b, p. 17; Kroon & Mastenbroek 2008, p. 260 en 261.

²¹⁶² Overweging 6 en 8 van de considerans.

²¹⁶³ Tigelaar 2017, p. 193; Van Nispen, *GS Onrechtmatige daad, afd. 3A Boek 6 BW*, aant. 13.

²¹⁶⁴ Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW nr. B49a) 2009/7 en aldaar genoemde auteurs.

²¹⁶⁵ Van Boom 2008b, p. 17.

²¹⁶⁶ Van Boom 2008b, p. 17 in relatie tot art. 6:162 BW en mogelijke reflexwerking daaronder, hetgeen volgens hem een nieuwe interpretatie van relativiteit zou zijn. Zie ook Kroon & Mastenbroek 2008, p. 260 en 261, zoals ook aangehaald door Tigelaar 2017, p. 88, onder vermelding van nog meer auteurs. Anders: Verkade voornoemd, die het eigen belang van concurrenten beschermt ziet, een belang dat al sinds *Lindebaum/Cohen* ook in het ongeschreven recht bescherming toekomt.

- Over de vraag of privaatrechtelijke sanctionering in potentie zou kunnen bijdragen aan de handhaving van plichten. Overigens lijken ook de auteurs die strenger in de leer zijn en die relativiteit thans nog niet aanwezig achten, uiteindelijk voor het toekennen van een remedie voor concurrenten te zijn. Concurrenten zitten immers vaak in een betere informatiepositie, zullen eerder willen ageren tegen deze praktijken dan consumenten en beschikken veelal over grotere financiële middelen.²¹⁶⁷ Vergelijkbare argumenten noemde ik eerder reeds onder nr. 239 t/m 241 ter beantwoording van de vraag of markdeelnemers in de keten en concurrenten rechtsbescherming zou moeten worden geboden op schendingen van productveiligheidsrecht. Zie nader nr. 285.

248 Misleidende en vergelijkende reclame ('B2B')

De Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame is in ons BW geïmplementeerd in art. 6:194 BW als bijzondere categorie van onrechtmatig handelen.²¹⁶⁸ Sinds de invoering van de bepalingen over oneerlijke handelspraktijken staat een beroep op art. 6:194 BW slechts open voor personen die handelen in beroep of bedrijf (handelaren). De rechtsgrond is derhalve tot B2B-verhoudingen beperkt. Handelaren kunnen concurrenten zijn of marktdeelnemers in dezelfde handelsketen.²¹⁶⁹ Er moet sprake zijn van een mededeling met betrekking tot goederen of diensten die openbaar is gemaakt. De reeds onder oneerlijke handelspraktijken genoemde mededelingen over de gevolgte productnormen die uit hoofde van het productveiligheidsrecht op of bij het product moeten zitten, kunnen een mededeling in deze zin zijn, ervan uitgaande dat deze veelal gericht zijn op zowel opvolgende schakels in de keten als de eindgebruiker.²¹⁷⁰ Ter beantwoording van de vraag of de mededeling misleidend is, wordt volgens de MvT gekeken of 'deze zodanige onwaarheden of halve waarheden bevat dat het publiek in goed vertrouwen afgaat op de juistheid van de gedane mededelingen en als gevolg daarvan bijvoorbeeld tot aankoop van de aangeprezen goederen overgaat'.²¹⁷¹ Daarbij werd in de zaak *Gut Springerheide* onder de oude richtlijn nog de consument-maatman tot uitgangspunt genomen. Thans betoogt Verkade om naar analogie een handelaar-maatman tot uitgangspunt te nemen voor mededelingen die

²¹⁶⁷ O.a. Van Boom 2008b, p. 17 en aldaar genoemde auteurs. Zie ook Van Nispen, Huydecoper, Cohen Jehoram, *Industriële eigendom* 3, 2012, nr. 6.2.6. Van Bochove 2013, p. 330 pleit voor een oplossing via reflexwerking. Zie voor andere bronnen, Van Nispen, *GS Onrechtmatige daad, afd. 3A Boek 6 BW*, aant. 13.

²¹⁶⁸ Richtlijn 2006/114/EG (Misleidende en vergelijkende reclame). Art. 6:194 aanhef BW: '*Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is, zoals ten aanzien van: (...)*'

²¹⁶⁹ Verkade (*Mon. BW nr. B49b*) 2011, nrs. 8 en 14.

²¹⁷⁰ Vgl. Verkade (*Mon. BW nr. B49b*) 2011, nr. 20 onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en Asser, *Hartkamp & Sieburgh* 6-VI* 2011, nr. 316.

²¹⁷¹ Verkade (*Mon. BW nr. B49b*) 2011, nr. 33 onder verwijzing naar Kamerstukken II 1975/1976, 13 611, nr. 3, p. 10 (MvT).

alleen op handelaren zijn gericht, hetgeen mij juist lijkt.²¹⁷² Het ten onrechte aanbrengen van een CE-markering en het ten onrechte hanteren van een markering die door een ander is aangevraagd, is in de feitenrechtspraak meermaals bestempeld als een misleidende mededeling zijn ex art. 6:194 sub f en i BW.²¹⁷³ Het ten onrechte melden dat een product conform de geharmoniseerde normen een bepaald energieverbruik heeft eveneens.²¹⁷⁴ Een productnorm kan direct voor de mededeling van betekenis zijn indien conformiteit met een productnorm of andere normalisatienorm wordt beweerd. Productnormen kunnen ook indirect worden gebruikt om de juistheid van een andere claim – bijvoorbeeld dat een product veilig of geschikt is – of de onjuistheid daarvan aan te tonen. In een procedure die de Hoge Raad heeft gehaald gebruikte een gerechtsdeskundige uit eigen beweging een zuiver private KIWA-norm (BRL 4101-4) ter beoordeling van de juistheid van de mededeling dat gevelbekleding uv-bestendig was. De zaak werd in cassatie ex art. 81 RO afgedaan.²¹⁷⁵

Overigens valt op dat alle procedures ex art. 6:194 BW in relatie tot productnormen tot nu toe concurrenten betroffen. Een vordering tot een ge- of verbod zal door concurrenten veelal worden ingesteld in kort geding. Voor zover de juistheid van tests of een certificering bij de voorzieningenrechter in twijfel wordt getrokken, is voor de rechter uiteraard terughoudendheid geboden aangezien in kort geding slechts beperkte bewijsverrichtingen kunnen plaatsvinden en een verbod of gebod vergaande gevolgen kan hebben.²¹⁷⁶ Art.

²¹⁷² HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, NJ 2000/374 (*Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*) en Verkade (*Mon. BW nr. B49b*) 2011, nr. 12 en 35. Vgl. Rb. Amsterdam 19 januari 2011, zaaknummer /rolnummer: 428586 / HA ZA 09-1631, *IEPT* 20110119 (*Stybenex/Rockwool*), welke uitspraak Verkade enigszins kritisch benaderd (zie nr. 12).

²¹⁷³ Rb. Arnhem 22 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO2174 (*Basic Holdings, Glen Duplex/Bouwmaterialenhandel De Heuning*); Rb. Arnhem (vrz.) 23 juni 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU1580 (*Microtek Medical/Beldico*).

²¹⁷⁴ Rb. Breda 28 juli 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AQ5694, *IER* 2004, 98.

²¹⁷⁵ Conc. A-G Harlief van 18 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:244, onder 18.1.6 bij HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:444.

²¹⁷⁶ Vgl. Rb. Dordrecht (vrz.) 13 oktober 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU4279, waarin een verbod op het verhandelen van een Kedge wordt afgewezen, doch een gebod tot staken van de mededeling dat de Kedge voldoet aan de EN 795 en een gebod tot rectificatie wordt toegewezen. In r.o. 36: 'KSS bestrijdt de testmethodes en -resultaten van Satra (en andere onderzoeksinstituten) waaruit blijkt dat de Kedge niet aan EN 795 voldoet. De omstandigheid dat de betreffende beproevingen van de Kedge door Satra (en andere onderzoeksinstituten) niet zijn uitgevoerd ten overstaan van KSS of na behoorlijke oproeping van deze brengt met zich dat in het beperkte kader van dit kort geding niet van de juistheid en volledigheid van die beproevingen c.q. resultaten kan worden uitgegaan. Hetzelfde geldt voor de in opdracht van Latchways in september 2005 in Houston, Verenigde Staten uitgevoerde beproevingen, waartoe Latchways KSS wel heeft uitgenodigd, omdat van KSS in redelijkheid niet verwacht kon worden (financieel bij te dragen aan de uitvoering van die beproevingen en) daarvoor naar Houston te reizen, terwijl de voor de testen gewenste gunstige weersomstandigheden zich in die maand aanmerkelijk dichtbij het bedrijf van KSS voordeden.' En r.o. 46: 'Weliswaar zijn in kort geding de regels omtrent bewijslastverdeling niet (zonder meer) van toepassing, maar gelet op de voor het onderhavige rechtsgebied uit art. 6:195 BW voortvloeiende bewijslastverdeling, de gedocumenteerde onderbouwing van de stellingen van Latchways c.s. en de omstandigheid dat de discussie tussen partijen over dit onderwerp kennelijk al sedert begin juli 2005 gaande is, lag het op de weg van KSS om de juistheid en volledigheid van haar onder 44. bedoelde mededelingen in kort geding te staven, althans de gedocumenteerde falsificatie van die mededelingen door Latchways c.s. te ontzenuwen. KSS heeft, echter, niet

6:195 BW bevat een omkering van de bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid; de laedens dient de juistheid of volledigheid van de feiten en/of de mededeling te bewijzen.²¹⁷⁷ Naast schadevergoeding kan een verbod of rectificatie worden gevorderd (art. 6:196 BW), eventueel ook door middel van een collectieve actie (art. 3:305a BW).²¹⁷⁸ In de zaak *Stybenex/Rockwool* werd een collectieve actie ingesteld door piepschuimhandelaren tegen Rockwool als producent van isolatiemateriaal met steenwol in verband met een brochure, waarin onder verwijzing naar testmethoden uit EN-normen werd betoogd dat steenwol onbrandbaar zou zijn. De piepschuimhandelaren achtten dit misleidend, omdat steenwol in de praktijk nooit puur wordt toegepast, maar in ander materiaal wordt verwerkt om als isolatie kunnen dienen. Opvallend is dat de rechter in deze zaak mede keek naar het doel en de strekking van de EN-normen aan de hand van de toelichting daarbij, ter bepaling of de daaraan verbonden conclusie in brochure misleidend was. Uiteindelijk achtte de rechter de verwijzing naar de EN-norm, de daaraan verbonden conclusie en het gebruik van een tabel uit een andere NEN-norm niet, maar de rest van de brochure wel misleidend.²¹⁷⁹

In relatie tot misleidende mededelingen is nog een zaak bij de rechtbank Den Haag noemenswaardig. De rechtbank oordeelde dat de Consumentenbond, die beschermfactor voor zonnebrand had getest overeenkomstig de NEN-EN-ISO-normen, de vervolgens bekendgemaakte testresultaten niet hoefde te rectificeren.²¹⁸⁰

249 Vreemde eend: de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordeningen Medisch hulpmiddelen

In nr. 58 is een revolutionaire bepaling uit de nieuwe Verordeningen voor medische hulpmiddelen behandeld, namelijk de aansprakelijkheid van de gemachtigde. De overeenkomst met de gemachtigde (de interne verhouding) is onder nr. 146 besproken. Hier komt de vordering van de patiënt op de gemachtigde aan de orde (de externe verhouding). Voor deze norm is de niet-naleving van producteisen direct en van geharmoniseerde normen gelaagd relevant, omdat de gemachtigde door de patiënt aansprakelijk kan worden gehouden voor schendingen van beide door de fabrikant terwijl de gemachtigde zelf niet hoeft te hebben gehandeld.

De nieuwe aansprakelijkheid vormt een breuk met onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden voor het handelen van andere personen, nu deze veelal zijn gebaseerd op het profijtbeginsel (art. 6:170 of 6:171 BW). Wat

gedocumenteerd gestaafd dat de Kedge "in de praktijk [is] getest en is goedgekeurd volgens EN 795", respectievelijk dat de Kedge is "getest op diverse daksystemen in praktijkomgeving (...) door ZS (...) volgens EN 795", respectievelijk bij "gebruikstemperatuur [is] getest bij -20°C tot +60°C".'

²¹⁷⁷ Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, 6:195 BW, aant. 2 (actueel t/m 11-10-2018). De stelplicht blijft bij de wederpartij liggen.

²¹⁷⁸ Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, 6:196 BW, aant. 2 en 5.

²¹⁷⁹ Rb. Amsterdam 19 januari 2011, zaaknummer /rolnummer: 428586 / HA ZA 09-1631, *IEPT* 20110119 (*Stybenex/Rockwool*).

²¹⁸⁰ Rb. Den Haag (vrz.) 6 november 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:13142*.

het profijt is van de gemachtigde van het gedrag van de producent, anders dan dat hij naar verwachting voor zijn werkzaamheden betaald zal krijgen, is onduidelijk. Ook het aloude privaatrechtelijke beginsel van *culpa in eligendo* dat bij contractuele wettelijke toerekening een rol speelt (zoals art. 6:76 BW), op grond waarvan men aansprakelijk is voor het laten uitvoeren van een eigen taak door iemand anders die men zelf heeft gekozen, lijkt geen verklaring te bieden. Dit lijkt een spiegelbeeldig geval, aangezien de gekozene – de gemachtigde – aansprakelijk is voor het nalaten door de kiezer, de producent. De aansprakelijkheid lijkt zuiver ingegeven door slachtofferbescherming. Doordat de aansprakelijkheid uit art. 11 lid 5 Verordening Medische hulpmiddelen een volledig accessoire aansprakelijkheid is, biedt het artikel een grote versterking voor de verhaalspositie van de patiënt. De bepaling roept ook nieuwe vragen op. Kan de gemachtigde bijvoorbeeld ook aansprakelijk worden gehouden voor opzet of bewuste roekeloosheid van de fabrikant of in geval van doelbewuste misleiding? En wat als een exclusieve en financieel afhankelijke importeur of distributeur door zijn fabrikant wordt gevraagd om als gemachtigde op te treden en deze vanwege een bestendige handelsrelatie feitelijk geen keus heeft dit te weigeren? Mij lijkt het aannemelijk dat dergelijke factoren voor de interne verhouding relevant zijn, maar in de externe verhouding uit hoofde van patiëntenbescherming niet relevant worden geacht. Het causale verband en de omvang van de schade is niet nader in de verordeningen gereguleerd, waardoor naar alle waarschijnlijkheid terug moet worden gevallen op het nationale recht.

250 Tussenconclusie

Onerlijke handelspraktijken en misleidende en vergelijkende reclame zijn normen waarvoor productnormen direct dan wel indirect van betekenis kunnen zijn, mits sprake is van een naar buiten toe kenbare uiting dat een product aan bepaalde productnormen voldoet of eigenschappen heeft waarvoor die normen relevant zijn. Indien het sectorspecifieke productveiligheidsrecht van toepassing is, zal een uiting veelal aanwezig zijn in de vorm van de CE-markering of de *DoC*. Bij producten die vallen onder RAPV ontbreken de CE-markering en *DoC* echter, waardoor een andere verklaring van een marktdeelnemer nodig is om deze grondslagen bij schending van productnormen van toepassing te laten zijn.

7.5 HET VEREISTE VAN CAUSAAL VERBAND

251 Introductie

Het vereiste van causaal verband in de zin van het *condicio sine qua non*-verband in de vestigingsfase van buitencontractuele aansprakelijkheid is in beginsel slechts van toepassing indien schadevergoeding wordt gevorderd. Europese productnormen vormen een belangrijk middel tot bewijsverlichting voor de benadeelde, waardoor het past dit vereiste hier uitgebreid te behandelen. In deze paragraaf zal ook worden ingegaan op causaal verband in de omvangfase, de toerekening naar redelijkheid.

Ter voorkoming van het stranden van een vordering op het causaliteitsvereiste zullen veel gelaedeerden hun vordering niet snel alleen stoelen op een schending van een wettelijke plicht, maar mede voor het brede anker van de maatschappelijke betamelijkheid gaan liggen. Bij die laatste categorie kunnen immers veel meer omstandigheden bij de privaatrechtelijke norm en dus ook mogelijke oorzaken van de schade worden betrokken dan bij de eerste. Doordat zorgvuldigheidsnormen worden geformuleerd met het oog op alle omstandigheden van het geval en we eerder hebben gezien dat de rol van externe normen dan verwatert of indirecter wordt (§ 7.3.2), betekent dit dat bij causaliteit de betekenis van productnormen ook vaak – maar niet altijd – indirect is.

Aan de orde komen wederom het buitenlandse recht (§ 7.5.1). Bij die bespreking zal alleen het Duitse recht worden besproken. Het Engelse recht zal niet separaat aan de orde komen, omdat de aanwezigheid van een productnorm geen bijzondere betekenis voor de invulling of de toets aan dat vereiste lijkt te hebben. Hierna zal het Nederlandse recht worden behandeld (§ 7.5.2). De Nederlandse feitenrechtspraak over normalisatienormen in relatie tot causaal verband ziet met name op de omkeringsregel en zal daaronder eveneens aan de orde komen. De paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie (§ 7.5.3).

7.5.1 Buitenlands recht

252 Duitsland: bewijsvermoedens en productnormen

Naar Duits recht kan schending van een *Schutzgesetz* dat strekt tot de voorkoming van een specifiek gevaar aanleiding vormen voor *Indizien-* respectievelijk *Anscheinsbeweis* van causaal verband, indien dat specifieke gevaar waartegen de norm beschermt zich na de *Schutzgesetzverletzung* voordoet.²¹⁸¹ In de literatuur wordt aangenomen dat indien het verbod ex § 3 Abs. 1 ProdSG wordt geschonden en producten in het verkeer worden gebracht die niet voldoen aan het geharmoniseerde producteisen (§ 8 Abs. 1 S. 1 ProdSG) die tegen een bijzonder gevaar beschermen, een vermoeden van toepassing kan zijn. Daarvoor is wel vereist dat de aard en wijze van ontstaan van de schade (bijvoorbeeld letselschade) het typische gevolg zijn van dat bijzondere gevaar waartegen de norm beschermt. Hoe specifiek de norm en het met de schending ervan ontstane gevaar, hoe eerder de op een schending van de norm volgende schade naar ervaringsregels aan de normschending kan

²¹⁸¹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 13, Rn. 13 t/m 15. In uitzonderlijke omstandigheden heeft het BGH ook zuivere omkering toegestaan bij schending van *Schutznormen*. Zuivere omkering kan worden toegepast indien ‘*Wesen und Inhalt der materiellen Schutznorm und der in ihr enthaltenen Verhaltensanweisung es gebieten, den Schädiger aufgrund einer von ihm geschaffenen unklaren Beweislage die Sachverhaltsaufklärung und ihre Risiken aufzuerlegen*’. Aangenomen wordt echter dat zuivere omkering van de bewijslast van causaal verband terughoudend wordt toegepast en in de regel niet wordt toegepast bij producenten, Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 13, Rn. 11-12 onder verwijzing naar BGH 07.06.1988, VI ZR 91/87, NJW 1988, 2611 (*Limonadenflasche*) en verdere rechtspraak die ziet op andere rechtsverhoudingen.

worden gerelateerd.²¹⁸² Gaat het om schending van een wettelijk voorgeschreven waarschuwingsplicht, dan is in feitenrechtspraak een vermoeden aangenomen dat de waarschuwing zou zijn gevolgd, ware die aanwezig geweest, waardoor de schade zich niet zou hebben voorgedaan.²¹⁸³

In de feitenrechtspraak vormde schending van een DIN-norm die tot de *anerkannte Regeln der Technik* behoort eveneens grond voor het aannemen van een weerlegbaar vermoeden van causaal verband tussen de ontstane schade en de schending van de norm, in welk geval de *laedens* dient te bewijzen dat de schade niet het gevolg is van de normschending en dat deze ook zou zijn ontstaan indien de norm wel zou zijn nageleefd. Het betrof een zaak over grond van de burens die verschoof in een bouwput, doordat in strijd met de DIN-normen onvoldoende veiligheidsmaatregelen waren getroffen.²¹⁸⁴

7.5.2 Nederlands recht

253 Omkeringsregel en productnormen

In de Nederlandse jurisprudentie is een zogeheten rechterlijk vermoeden tot ontwikkeling gekomen dat wel bekendstaat als de omkeringsregel. Indien sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en degene die zich op schending van deze norm beroept heeft bij betwisting aannemelijk gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden zich heeft verwezenlijkt, dan mag het *condicio-sine-qua-non*-verband worden aangenomen.²¹⁸⁵ Deze regel gaat op, tenzij degene die wordt aangesproken dit vermoeden ontzenuwt door aannemelijk te maken dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging

²¹⁸² Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 4, Rn. 15.

²¹⁸³ OLG Stuttgart 07-10-1991 - 7 U 3/91, NJW-RR 1992, 670 (*Spannungsprüfer*), over een spanningsmeter die werd geïmporteerd uit Zuid-Korea en die bij gebruik boven een bepaalde spanningsgrens tot brandwonden leidde. Hiervoor werd niet gewaarschuwd in de door de importeur vertaalde gebruiksaanwijzing.

²¹⁸⁴ BGH 19.04.1991, V ZR 349/89, NJW 1991, p. 2021 (*Schade naburig perceel na grondwerkzaamheden*), r.o. III: 'Die DIN-Normen des Deutschen Instituts für Normung e.V. stellen anerkannte Regeln der Technik dar (BGHZ 103, 338, 341 ff). Werden sie bei der Aushebung und Sicherung von Baugruben nicht eingehalten, insbesondere die für die Standsicherheit und Festigkeit eines Nachbargrundstückes anerkannten und für notwendig gehaltenen Maßnahmen nicht durchgeführt, so spricht wegen der damit verbundenen Gefahrerhöhung eine - widerlegliche - Vermutung dafür, daß im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Aushebung einer Baugrube auf dem Nachbargrundstück entstandene Schäden bei Beachtung der DIN-Normen vermieden worden wären und auf die Verletzung der DIN-Norm zurückzuführen sind (vgl. Marburger, Die Regeln der Technik, 1979, S. 448 ff, insbes. 453 f mit eingehenden Nachweisen). Die auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Beklagten hätten daher darzulegen und zu beweisen, daß die Schäden nicht auf der Verletzung anerkannter Regeln der Technik beruhen, also auch im Falle der Beachtung entstanden sein würden. In diesem Zusammenhang verbleibende Zweifel gehen zu Lasten der Beklagten und nicht des Klägers gehen.' Zie ook Falke 2000, p. 423.

²¹⁸⁵ Zie voor de ontwikkeling o.m. HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*), r.o. 3.4.1; HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, NJ 2004/304, m.nt. Asser (*TFS/NS*); HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, NJ 2004/305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*). Thans is leidend HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, NJ 2012/669, VR 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.7.

of tekortkoming zou zijn ontstaan.²¹⁸⁶ Voor de toepassing is niet vereist dat de normschending het gevaar aanmerkelijk moet hebben vergroot.²¹⁸⁷ De regel moet duidelijk worden onderscheiden van wettelijke of rechterlijke omkeringen van het bewijsrisico (lees: zuivere of volledige omkering): toepassing van de omkeringsregel betreft slechts een vermoeden en het bewijsrisico wordt niet verplaatst.²¹⁸⁸

De regel heeft bekendheid verworven bij schending van concrete veiligheidsnormen bij werkgeversaansprakelijkheid, beroepsaansprakelijkheid en wegbeheerdersaansprakelijkheid,²¹⁸⁹ maar is niet tot deze grondslagen en rechtsverhoudingen beperkt.²¹⁹⁰ De norm die kan zijn geschonden kan een geschreven dan wel ongeschreven (veiligheids)norm zijn, mits hij maar strekt tot bescherming tegen een specifiek gevaar dat zich vervolgens manifesteert. Meerdere auteurs hebben erop gewezen dat de overtreding van wettelijke of technische normen een grond kan vormen voor toepassing van de omkeringsregel bij productaansprakelijkheid.²¹⁹¹ Schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm lijkt vooralsnog onvoldoende,²¹⁹² maar uit een bijzondere ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zoals onrechtmatige gevaarstelling kan wel een bijzondere norm ter voorkoming van gevaar worden afgeleid (bijvoorbeeld een plicht tot het treffen van specifieke veiligheidsmaatregelen).²¹⁹³ Voor toepassing van de omkeringsregel moet de gelaedeerde niet de oorzaak van het ongeval bewijzen, maar wel feiten en gegevens stellen over de toedracht

²¹⁸⁶ HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, NJ 2012/669, VR 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.7.

²¹⁸⁷ HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, NJ 2012/669, VR 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.7.

²¹⁸⁸ Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/214; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/302. Reden om wel een volledige omkering van bewijsrisico aan te nemen bij wet of in rechte kan een structurele procedurele onevenwichtigheid zoals bewijsnood zijn, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/294. Giesen noemt in zijn dissertatie als mogelijke rechtvaardigingen: gevaarstelling, preventie, slachtofferbescherming, het domein of de invloedssfeer van de activiteit waar die aan de schade ten grondslag ligt (*Gefahrenbereich*), profijtgedachte, de strekking van de norm, een afhankelijkheidsrelatie, grondrechten, de informatieverdeling, gewekt vertrouwen, Giesen 2001, p. 409 e.v.

²¹⁸⁹ HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890, NJ 2009/28 (*Smeets/Gemeente Heerlen*), r.o. 3.6.

²¹⁹⁰ Voor het eerst ook buiten de schending van verkeers- of veiligheidsnormen toegepast voor wanprestatie of onrechtmatige daad (doch niet gehonoreerd) in HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001/524, m.nt. Vranken (*Ter Hofte/Oude Monnik*), r.o. 3.6 en 3.7. Zie voor een afwijzing van een beroep op de omkeringsregel bij aansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 1 BW voor schade aan andere zaken voor professioneel gebruik, Hof Arnhem 28 oktober 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AT9190, NJ 2003/305 (*Koolhaas/Rockwool, na verwijzing*).

²¹⁹¹ Vgl. Snijders 1987, p. 80 die eerder betoogde dat de schending van producteisen een vermoeden kan rechtvaardigen van causaal verband, zoals ook Dommering-van Rongen 1991, p. 292 e.v. en Dommering-van Rongen 2000, p. 292 e.v. zoals ook aangehaald door Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:188 BW, aant. 2.3.

²¹⁹² Snijders 2015, p. 2669.

²¹⁹³ Vgl. ook de voorbeelden uit de medische aansprakelijkheid waarin bij concreet nalaten ten aanzien van een gevaar (het niet tijdig uitvoeren van een keizersnede, het niet toepassen van permanente CT-bewaking van een foetus) de omkeringsregel wel toepassing vindt (NJ 2005/78 en NJ 2012/669), maar het schenden van de algemene norm van 7:453 BW niet tot toepassing van de omkeringsregel kan leiden (NJ 2004/307). Zie later o.a. HR 25 november 2005, ECLI:HR:2005:AU4042, NJ 2004/141, m.nt. Brunner (*Eurosportief c.s./Wesselink*), r.o. 3.4.5 en verdere rechtspraak hierna.

van het ongeval waaruit volgt dat het gevaar ter voorkoming waarvan de norm strekt zich heeft verwezenlijkt.²¹⁹⁴

Voor toepassing van de omkeringsregel bij schending van producteisen, geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen zal telkens concreet moeten worden gezien wat de exacte inhoud en strekking van die normen is, tegen welk gevaar ter zake van het ontstaan van schade ze beschermen en of schending ervan directe toepassing van de omkeringsregel rechtvaardigt.²¹⁹⁵ Ziet een Europese productnorm op een specifiek gevaar dat is ingetreden en kan worden aangenomen dat de laedens deze norm in acht had moeten nemen, dan kan de omkeringsregel *direct* toepassing vinden. Niet alle Europese productnormen hebben echter een dergelijke specifieke inhoud of strekking. De vraag is of ‘essentiële eisen’ als genoemd in wetgeving op zichzelf altijd voldoende specifiek zijn, of beter gezegd strekken tot bescherming tegen een voldoende specifiek gevaar, om een beroep op de omkeringsregel te rechtvaardigen.²¹⁹⁶ Deze normen zijn niet altijd even specifiek over de concrete gevaren of typen schade waartegen ze beschermen. Indien echter vast komt te staan dat de essentiële eisen zijn geschonden – hetgeen zonder toepassing van

²¹⁹⁴ Het schenden van een verplichting om een tankcontainer ter keuring aan te bieden, levert niet automatisch het vermoeden op dat een ongeval is ontstaan vanwege een gebrek aan de container wanneer de exacte toedracht van het ongeval niet is komen vast te staan (NB: het ging om vervuiling ontstaan door het lekken van de container op moment van overslag). HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, NJ 2004/304, m.nt. Asser (TFS/NS), r.o. 3.5.4. Zie later ook r.o. in *Smeets/Gemeente Heerlen*: ‘Indien een openbare weg niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, zodat de wegbeheerder op de voet van art. 6:174 aansprakelijk is tegenover degene die daardoor schade heeft geleden, zal hij die stelt als gevolg van een ongeval op die weg schade te hebben geleden en ten aanzien van het causaal verband tussen dat ongeval en de gevaarlijke toestand van de weg een beroep doet op de omkeringsregel, omtrent de toedracht van het ongeval feiten dienen te stellen en zonodig aannemelijk te maken waaruit volgt dat een bepaald, uit die toestand voortvloeiend gevaar zich heeft verwezenlijkt, zonder dat nodig is dat hij ook de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk maakt. In gevallen als het onderhavige wordt hij immers tegen het bewijsrisico dat is verbonden aan de dienaangaande bestaande onzekerheid, nu juist beschermd door de omkeringsregel.’

²¹⁹⁵ HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890, NJ 2009/28 (*Smeets/Gemeente Heerlen*), r.o. 3.4: ‘In deze regel ligt besloten dat, wanneer partijen erover strijden of is voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid daarvan, de rechter in beginsel steeds mede de aan de vordering ten grondslag gelegde normschending moet beoordelen. De inhoud en strekking van de geschonden norm zijn immers van belang om vast te stellen tegen welk specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade zij bescherming biedt. Dit laatste is weer van belang voor hetgeen de benadeelde dient aan te voeren om aannemelijk te maken dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.’

²¹⁹⁶ Vgl. Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 15 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW4108, r.o. 4.5 waarin de voorzieningenrechter ten overvloede oordeelde dat art. 4 en 15 van het Warenwetbesluit Attractie- en Speeltoestellen onvoldoende beschermen tegen een specifiek gevaar in de zin van HR 2 februari 2007, NJ 2007/92. Dit Warenwetbesluit is één van de weinige voorbeelden van puur nationaal productveiligheidsrecht (zie de Nota van Toelichting daarbij). Art. 4: ‘Attractie- en speeltoestellen zijn zodanig ontworpen en vervaardigd, hebben zodanige eigenschappen en zijn van zodanige opschriften voorzien, dat zij bij redelijkerwijs te verwachten gebruik geen gevaar opleveren voor de veiligheid of de gezondheid van de mens. Zij voldoen daartoe aan de in bijlage I genoemde voorschriften.’ Art. 15: ‘Degene die een attractie- of speeltoestel voorhanden heeft, zorgt ervoor dat het toestel zodanig is geïnstalleerd, gemonteerd en zodanig is beproefd, geïnspecteerd en onderhouden en zodanig van opschriften is voorzien, dat er bij gebruik geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid van personen bestaat’. In bijlage 1 waarnaar in art. 4 naar wordt verwezen staan nadere eisen gesteld – vergelijkbaar met essentiële eisen zoals die op EU-niveau worden geformuleerd – die beduidend specifiekere zijn dan de algemene artikelen 4 en 15.

een geharmoniseerde norm qua bewijs al een fikse hobbel kan zijn – dan kan het schenden van deze eis mede van belang zijn bij het vaststellen van een specifiekere ongeschreven veiligheidsnorm die wel degelijk strekt tot bescherming tegen een specifiek gevaar (lees: *indirecte* toepassing van de productnorm). In zo een geval kan de omkeringsregel mijns inziens toepassing vinden. Daarbij is mede de gekozen reguleringsmethode relevant: prestatie-eisen beschermen tegen specifiekere gevaren dan kwaliteitsmanagementstandaarden. Kwaliteitsmanagementstandaarden strekken tot bescherming tegen het algemene gevaar dat non-conforme producten de fabriek verlaten, doch lijken als normen niet voldoende specifiek genoeg voor toepassing van de omkeringsregel.

In een recent arrest is te zien dat uit een essentiële eis een specifiekere (ongeschreven) norm kan voortvloeien die dwingt tot toepassing van de omkeringsregel. De zaak betrof een soldeermachine die brand zou hebben veroorzaakt met schade aan een bedrijfshal en een naastgelegen woning tot gevolg.²¹⁹⁷ In deze zaak wees de gerechtsdeskundige in zijn rapport op het niet-voldoen van de machine aan punt 1.5.7 – zijnde een van de essentiële eisen – uit de machinerichtlijn en de ATEX-richtlijn.²¹⁹⁸ De schending van deze normen was volgens de deskundige gelegen in het feit dat het ontwerp toeliet dat ontbrandbare fluxdampen uit de lekbak langs hete verwarmingselementen van de machine konden lopen met een risico op een ontbranding en een ontploffing tot gevolg. Volgens het hof kon geen causaal verband worden vastgesteld nu een alternatieve oorzaak – namelijk een latere wijziging van de machine door de gebruiker – niet kon worden uitgesloten.²¹⁹⁹ De Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘Reaal heeft zich beroepen op schending van een uit de Machinerichtlijn en de ATEX-richtlijn voortvloeiende concrete norm die erop neerkomt dat de verwarmingselementen in een soldeermachine als deze moeten zijn afgeschermd tegen brandbare dampen. Deze norm strekt specifiek ertoe bescherming te bieden tegen het gevaar van een interne ontploffing.(...). Uit het hiervoor in 3.2.3 weergegeven oordeel van het hof over de oorzaak van de brand vloeit voort dat het gevaar van een interne ontploffing zich hier heeft verwezenlijkt. Onder die

²¹⁹⁷ HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45.

²¹⁹⁸ Punt 1.5.7 van Bijlage I van Richtlijn 98/37 (Machinerichtlijn (oud)): ‘*De machine moet zodanig zijn ontworpen en gebouwd dat de machine zelf of de gassen, vloeistoffen, stofdeeltjes, dampen en andere door de machine geproduceerde of gebruikte stoffen geen gevaar voor ontploffing opleveren.*

Hiertoe neemt de fabrikant maatregelen om:

- *een gevaarlijke concentratie van de producten te voorkomen;*
- *ontbranding van de omgeving met ontploffingsgevaar te verhinderen;*
- *de ontploffing, indien deze zich toch voordoet, zo klein mogelijk te maken zodat zij geen gevaarlijke gevolgen voor de omgeving heeft.*

Dezelfde voorzorgsmaatregelen dienen te worden genomen indien de fabrikant verwacht dat de machine in een omgeving met ontploffingsgevaar wordt gebruikt.

Het elektrisch materieel dat deel uitmaakt van deze machines, moet wat betreft het ontploffingsgevaar in overeenstemming zijn met de vigerende bijzondere richtlijnen.’ Daarnaast is ook Richtlijn 94/9/EG (Equipment for explosive atmospheres, ATEX (oud)) van toepassing.

²¹⁹⁹ R.o. 9.4 en 9.5 van het eindarrest van het hof.

omstandigheden kon het hof niet de vordering afwijzen op de enkele grond (rov. 9.4) dat niet kan worden uitgesloten dat de wijziging van de machine de oorzaak van de brand in de machine is geweest. Bij die stand van zaken had het hof, als er nog onzekerheid bestond over het *condicio sine qua non*-verband tussen de schending van de norm en de schade, de omkeringsregel dienen toe te passen.²²⁰⁰

Ook geharmoniseerde normen kunnen indirect relevant zijn voor de nadere invulling van een ongeschreven, privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, die – mits hij voldoende specifiek is – ook een omkering kan rechtvaardigen. Bij het onderzoek naar de strekking van geharmoniseerde normen stuit men wel op een complicatie: waar men bij een producteis nog in de wetsgeschiedenis kan kijken om te kunnen bepalen tegen welke gevaren de norm strekt, ontbreekt dergelijke informatie bij een geharmoniseerde norm en andere normalisatienormen. Het exacte doel, de strekking en de wijze waarop tegen bepaalde gevaren of risico's wordt beschermd, is zonder hulp van een deskundige bij die normen lastiger vast te stellen. Dat alternatieve normen desalniettemin een directe basis kunnen vormen voor de omkeringsregel volgt uit een arrest van de Hoge Raad over gasinstallatievoorschriften (GAVO), die mede zagen op de installatie van geisers. De normen schreven voor dat de instructies van de fabrikant dienden te worden gevolgd. Uit deze instructies bleek dat een mantel op de geiser diende te worden gemonteerd. Het niet-opvolgen van deze instructie vormde een grond voor toepassing van de omkeringsregel.²²⁰¹

254 Omkeringsregel en gesloten producteisen uit hoofde van het voorzorgsbeginnsel

Voorgaande roept de vraag op naar de toepassing van de omkeringsregel bij onzekere risico's. Over de rechtvaardiging van de omkeringsregel, en daarmee de gevallen waarin hij moet worden toegepast, bestaat al lang discussie. Enerzijds wordt de aanwezigheid van een feitelijk vermoeden als rechtvaardiging genoemd.²²⁰² Anderzijds vindt men de rechtvaardiging in een normatief oordeel,²²⁰³ namelijk de waarborging van – in de woorden van Giesen – de 'effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm'.²²⁰⁴ Het effectiviteitsargument van Giesen, dat hij de primaire rechtvaardiging noemt, ziet op het voorkomen dat een materiële zorgvuldigheidsnorm vanwege het causaliteitsvereiste inhoudsloos wordt.²²⁰⁵ Akkermans beschrijft de normatieve rechtvaardiging mede als 'het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de geschonden norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt'.²²⁰⁶

²²⁰⁰ HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45, r.o. 3.3. Zie anders t.a.v. dit onderdeel: Concl. A-G Hartlief, overweging 3.17 t/m 3.19.

²²⁰¹ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200, *NJ* 2007/644, RvdW 2007, 705 (*Ouders/MCL*), r.o. 3.3.1, waar het oordeel van het hof over de inhoud, doel en strekking van de normen in stand wordt gelaten.

²²⁰² Akkermans 2002, p. 9 alsmede p. 123-124.

²²⁰³ Akkermans 2002, p. 9, mede onder verwijzing naar zijn proefschrift uit 1997 en p. 123 en 127-132.

²²⁰⁴ Giesen 2001, p. 449.

²²⁰⁵ Giesen 2004, p. 93 onder verwijzing naar Akkermans 2002, p. 131.

²²⁰⁶ Akkermans 2002, p. 113, 123-131.

Volgens recentere jurisprudentie van de Hoge Raad dient terughoudendheid te worden betracht bij toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel indien het verband tussen het werk en de ziekte te onzeker of te onbepaald is.²²⁰⁷ De rechtvaardiging van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel ligt volgens de Hoge Raad mede in het feitelijke vermoeden dat schending van de norm de daadwerkelijke oorzaak is,²²⁰⁸ waarmee mijns inziens vaststaat dat een enkelvoudige normatieve benadering in de ogen van de Hoge Raad niet voldoende is. Dit lijkt mij ook juist en wenselijk, omdat een enkelvoudige normatieve rechtvaardiging op basis van puur effectieve rechtsbescherming – zoals Giesen bepleitte²²⁰⁹ – een ongelimiteerde toepassing van de omkeringsregel in de hand kan werken, waardoor men het risico loopt dat de laedens ook veroordeeld wordt tot het vergoeden van schade die hij niet heeft veroorzaakt, hetgeen in strijd is met het compensatiebeginsel.²²¹⁰

In dit licht kan de omkeringsregel mijns inziens niet snel worden toegepast bij gesloten producteisen die met voorzorg zijn vastgesteld, indien de risico's waartegen de norm beschermt nog volledig onzeker zijn. Van deze normen is niet altijd duidelijk tegen welk exact gevaar ze beschermen.²²¹¹ Blijkt echter later, wanneer in de wetenschap meer duidelijkheid ontstaat over een risico, dat de naleving van een voorzorgsnorm tegen een bijzonder gevaar zou hebben beschermd, dan kan de omkeringsregel op dat moment wel toepassing vinden. Het gaat dan om een toepassing van de omkeringsregel vergelijkbaar met die in *Hertel/Van der Lugt*, die in de latere rechtspraak ook bij de reguliere onrechtmatige daad is toegepast.²²¹² In de *Westfriese Flora*-zaak, waarin de vraag naar toerekenbaar onrechtmatig handelen centraal stond, werd door de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand gelaten dat uit gebruiksaanwijzingen bij whirlpools een ongeschreven veiligheidsnorm voor whirlpoolhandelaren kan worden afgeleid dat zij chloor dienen te gebruiken bij tentoongestelde whirlpools ter voorkoming van bacteriegroei, ook al hoefden zij niet bekend te zijn met het bijzondere gevolg van legionella (vgl. hiervoor bij het ontwikkelingsrisicoverweer, nr. 179 respectievelijk bij objectieve

²²⁰⁷ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, *NJ* 2014/99, m.nt. Hartlief (*Lansink/Ritsema*), r.o. 4.1.3; HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, *NJ* 2014/98, m.nt. Hartlief (*SVB/Van de Wege, RSI*), r.o. 4.2.3

²²⁰⁸ HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, *NJ* 2018/291, m.nt. J. Spier, r.o. 3.3.2. Vgl. eerder ook Akkermans 2002, p. 140; en r.o. 3.9 van HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*) waarin door de HR wordt opgemerkt; '*In gevallen als de onderhavige is het immers, gelet op de bescherming die de geschonden norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te verbieden, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.*' En Snijders 2015, paragraaf 3.

²²⁰⁹ Giesen 2004, p. 92.

²²¹⁰ Vgl. eerder Snijders 2015, paragraaf 3.

²²¹¹ Uiteraard bestaan er voor wat betreft de specificiteit van de norm gradaties. Vgl. Akkermans 2002, p. 139 en 140.

²²¹² HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, *RvdW* 2005/4 (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.12-3.14. Het niet-nemen van maatregelen tegen asbestose zou de kans op het destijds onbekende mesothelioom hebben vergroot.

kenbaarheid, nr. 222).²²¹³ Door het hof Amsterdam is in een latere procedure, waarin causaliteit werd betwist, aangenomen dat schending van deze ongeschreven veiligheidsnorm een beroep op de omkeringsregel rechtvaardigt, ook al hoefde de handelaar in kwestie wellicht niet bedacht te zijn op de ernstige gevolgen van legionella.²²¹⁴ Toepassing van omkering acht ik bij schending van gesloten producteisen uit hoofde van het voorzorgsbeginsel in vergelijkbare gevallen, waarin de zaak met voortschrijdend inzicht wordt behandeld, niet bezwaarlijk, omdat dan een minder groot risico bestaat dat de laedens aansprakelijk wordt gehouden voor schade die hij feitelijk niet heeft veroorzaakt.²²¹⁵ Daarvoor is wel noodzakelijk dat ten tijde van de beoordeling het verband tussen de normschending en schade niet te onzeker of te onbepaald is: de kans dat causaal verband bestaat moet – in de bewoordingen van Spier – ‘reëel’ zijn.²²¹⁶

255 Omkering en waarschuwings- en informatieplichten uit productnormen

Bij informatieplichten in relatie tot de omkeringsregel wordt in de doctrine wel eens onderscheid gemaakt tussen waarschuwingsplichten die beschermen tegen een gevaar en informatieplichten die strekken tot het maken van een geïnformeerde keuze. In theorie zou men bij een productnorm ook onderscheid kunnen maken tussen een informatieplicht die ziet op het voorkomen of beperken van een bijzonder gevaar dat kan resulteren in gevolgschade (beter bekend als een waarschuwingsplicht, zoals de instructie ‘Vermijd contact met de ogen; bij contact met de ogen uitspoelen met water en een arts raadplegen’) of een plicht die tot doel heeft de consument de gelegenheid te geven een geïnformeerde keuze te maken (zoals bij medicijnen: ‘kan hoofdpijn als bijwerking hebben’). In dat laatste geval zou de omkeringsregel als bedoeld in nr. 254 ten aanzien van gevolgschade geen toepassing vinden, omdat de informatieplicht niet strekt tot voorkomen van een specifiek gevaar (de plicht tot voorlichting is immers niet gericht op het voorkomen van hoofdpijn).²²¹⁷ Bij een informatieplicht is het in de regel aan de

²²¹³ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, *NJ* 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella besmetting Westfriese Flora*), r.o. 3.6.3 en 3.6.4.

²²¹⁴ Hof Amsterdam 16 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, *NJF* 2007, 523, r.o. 6.35.

²²¹⁵ Op dit risico is al eens gewezen door Snijders 2015, paragraaf 3.

²²¹⁶ Spier onder 2 in zijn noot bij HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, *NJ* 2018/291, m.nt. J. Spier en r.o. 3.3.2. Tegelijkertijd geldt niet de eis dat de kans op verwezenlijking van het (door de normovertreding in het leven geroepen) specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot, HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.6.

²²¹⁷ Zie ook Dommering-van Rongen 1991, p. 295. Vgl. de informatieplichten van beroepsbeoefenaars. Zie voor een overzicht Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/217 onder noot 87, en *informed consent* bij medische aansprakelijkheid, HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, *NJ* 2002/386 (*Ingenhut*), r.o. 3.5.3 en 3.5.4. Anders en kritisch Giesen & Maes 2014, paragraaf 4.2.2, die menen dat ook bij *informed consent* de omkeringsregel zou moeten gelden. Zie eerder al kritisch over dit onderscheid Akkermans & Van Dijk 2012 en Vranken noot nr. 5 bij HR 23 november 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD3963, *NJ* 2002/387, m.nt. Vranken (*informed consent*). Zie voor buitenlandse rechtspraak nog Dommering-van Rongen 2000, p. 158-160. Eerder ook Giesen 2001, p. 228 en 239 zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen soorten informatieplichten.

gebruiker van het product om aan te tonen dat hij, indien hij wel was geïnformeerd, het product in het geheel niet had gekocht. Bij prospectusaansprakelijkheid en effectenleaseovereenkomsten is met het oog op effectieve rechtsbescherming door de Hoge Raad evenwel aangenomen dat bij schending van dergelijke informatieplichten causaal verband kan worden aangenomen tussen de normschending en de economische schade die is geleden. Aangenomen wordt dan dat de informatie beslissend is geweest voor de consument voor de transactie en hij bij juiste informatie de overeenkomst niet zou hebben gesloten.²²¹⁸ De vraag is of deze lijn mag worden doorgetrokken bij verzuim van productnormen die waarschuwingseplichten inhouden, aangezien die veelal niet primair het maken van geïnformeerde beslissingen door gebruikers tot doel hebben. Het ligt minder voor de hand dat de gebruiker bij een vollediger gebruiksaanwijzing het product niet zou hebben gekocht, doch het is niet ondenkbaar. De vraag is bovendien of het onderscheid tussen informatieplichten en waarschuwingseplichten in de praktijk altijd even scherp valt te maken. Incidenteel zijn plichten die strekken tot het maken van geïnformeerde keuzes ook binnen het secundaire productveiligheidsrecht te vinden.²²¹⁹ Volgt men een redenering als die van J Burton bij productaansprakelijkheid in het Engelse *National Blood Authority*-arrest, dan hebben ongeschreven waarschuwingseplichten bij productaansprakelijkheid mede het faciliteren van geïnformeerde keuzes van de eindgebruiker als doel.²²²⁰ Voor productnormen die waarschuwingseplichten behelzen, zou de omkeringsregel in deze vorm onder omstandigheden ook kunnen opgaan. Uiteindelijk dient mijns inziens per productnorm te worden geoordeeld of dit doel en deze strekking aanwezig zijn en of de regel zich voor toepassing leent in het licht van de overige omstandigheden van het geval.

²²¹⁸ HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 (*Dexia/ De Treek*), r.o. 5.5.2 en 5.5.3; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. Vranken (*Effectenlease Levob*), r.o. 4.7.9 en 4.7.10; HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, RvdW 2009/1403 (*VEB/World Online*), r.o. 4.11.2: ‘Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is. Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet — of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden — tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan. De rechter kan echter naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten (waarbij zo nodig de juistheid van daarbij aangevoerde feiten door de meest gerede partij aannemelijk moet worden gemaakt), en mede in aanmerking genomen de aard van de desbetreffende misleidende mededeling(en) en de verder beschikbare informatie, tot de conclusie komen dat voormeld uitgangspunt in het concrete geval niet opgaat. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn indien aannemelijk is dat de beleggingsbeslissing is genomen voordat de desbetreffende misleidende mededeling openbaar gemaakt was. Overigens zal in het algemeen bij een professionele belegger, gelet op diens kennis van en ervaring met (het analyseren van) de beschikbare informatie en de relevante markt, eerder dan bij een particuliere belegger aanleiding kunnen bestaan voor de conclusie dat hij, ondanks de misleidende informatie in het prospectus, daardoor bij zijn beleggingsbeslissing niet daadwerkelijk is beïnvloed.’

²²¹⁹ Zie bijv. overweging 53 en art. 19 van Verordening (EG) 1223/2009 (*Cosmetica*) en art. 14 lid 2 Richtlijn 2009/48/EG (*Speelgoed*) alsmede bijlage V daarbij die zien op ‘geïnformeerd beslissen’. Daarnaast bestaan productrichtlijnen die expliciet zien op bijvoorbeeld eerlijke handelspraktijken, zoals food claims e.d., doch deze staan niet in dit onderzoek centraal.

²²²⁰ A v The National Blood Authority [2001] 3 All ER 289. Zie ook Howells 2009.

256 Omkeringsregel en rechtspraak over andere normalisatienormen

In de praktijk blijkt dat normalisatienormen niet snel individueel een beroep op omkering rechtvaardigen. In een geval van brandschade, vermoedelijk door onjuiste installatie van een rookkanaal c.q. afvoerbuis, overweegt het hof Arnhem-Leeuwarden dat indien sprake is geweest van schending van één of meer brandveiligheidsvoorschriften van het Bouwbesluit en/of installatievoorschriften, plaats is voor toepassing van de omkeringsregel:

‘Deze voorschriften strekken immers ter voorkoming van een specifiek gevaar, te weten het ontstaan van brand, welk gevaar zich in casu heeft verwezenlijkt. Dit zou betekenen dat wordt vermoed dat de brand is veroorzaakt door overtreding van deze norm(en), behoudens door [geïntimeerde] te leveren tegenbewijs.’²²²¹

Gelaedeerde had een beroep gedaan op schending van het Bouwbesluit in samenhang met schending van NEN 6062 en de installatievoorschriften van de fabrikant. In een later arrest in deze zaak concretiseert het hof het gevaar en oordeelt het dat de opdrachtgevers niet zijn geslaagd in het bewijs dat het specifieke gevaar waartegen de geschonden normen bescherming beogen te bieden zich heeft verwezenlijkt vanwege een mogelijke alternatieve oorzaak, namelijk een schoorsteenbrand.²²²² Het hof plaatst deze alternatieve oorzaak dus niet in de sleutel van het tegenbewijs (in de zin van aannemelijk maken) dat dient te worden geleverd door de opdrachtnemer/installateur; het ziet überhaupt onvoldoende aanleiding voor de toepassing van de omkeringsregel. Een eindarrest was ten tijde van de afronding van het manuscript (nog) niet gepubliceerd.

Een voorbeeld van directe toepassing van de omkeringsregel op grond van schending van een NEN-norm is een zaak van de rechtbank Den Haag. De NEN 1010 voor elektrische installaties heeft volgens de rechtbank de strekking te beschermen tegen het specifieke gevaar van brand.²²²³ Het ging in die procedure om een brand ontstaan in een deel van het gehuurde, waardoor schade bij een medehuurder in een ander deel van het pand was ontstaan. De brandoorzaak was onbekend. Hoewel de onrechtmatigheid mede aan de hand van de *Kelderluik*-factoren nog moet worden vastgesteld, oordeelt de rechtbank voorshands dat mocht dat bewijs slagen, de omkeringsregel toepassing vindt. Deze omkering wordt niet alleen gebaseerd op de vermeend geschonden NEN-norm, doch tevens op de andere verwijten die de medehuurder aan het adres van de vermoedelijke veroorzaker maakt over maatregelen die eveneens strekken tot voorkomen van brand (zoals het niet

²²²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243, r.o. 5.21.

²²²² Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8308, r.o. 4.16.

²²²³ Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11552, r.o. 4.15. Gelet op de tekst van deze norm, die onder meer bepaalt dat elektrisch materieel, leidingen en bijbehoren zo gekozen, geïnstalleerd en beveiligd moeten zijn dat zij geen brandgevaar opleveren, heeft deze norm naar het oordeel van de rechtbank mede de strekking te beschermen tegen het (specifieke) gevaar van brand.

treffen c.q. handhaven van brandpreventiemaatregelen in het kader van brandgevaarlijke werkzaamheden en schenden van een rookverbod).²²²⁴

De rechtbank Arnhem oordeelt in een zaak over aansprakelijkheid voor brand, vermoedelijk ontstaan door dakdekkingswerkzaamheden, dat het verweer van de dakdekker dat de elektrische installatie van de woning niet aan de NEN 1010 norm voldeed en als alternatieve oorzaak voor de brand kon gelden, in de gegeven omstandigheden nader had moeten worden uitgewerkt.²²²⁵

Uit het voorgaande beperkte rechtspraakoverzicht blijkt dat NEN-normen in de praktijk niet snel individueel tot toepassing van de omkeringsregel kunnen leiden, maar indirect, in samenhang met andere normen en/of omstandigheden, daarvoor wel relevant kunnen zijn. Dit verbaast niet nu we in de eerdere paragraaf al hebben gezien dat een normalisatienorm zelden de zorgvuldigheidsnorm, en daarmee dus de ongeschreven veiligheidsnorm, een-op-een invult.

257 Feitelijke vermoedens

De omkeringsregel als ongeschreven rechtsregel staat los van de mogelijkheid om op basis van de concrete feiten van de zaak een feitelijk vermoeden van causaal verband aan te nemen. Veelal wordt een vermoeden in een tussenvonnis tot uitdrukking gebracht door te oordelen dat een causaal verband tussen normschending en schade voorshands aannemelijk of zelfs bewezen is.²²²⁶ Hoewel er geen feitenrechtspraak voorhanden is over feitelijke vermoedens op grond van schending van productnormen, zou mijns inziens schending ervan als omstandigheid bij het aannemen van een vermoeden moeten kunnen meewegen. Een feitelijk vermoeden kan met name diensten bewijzen waar de overige omstandigheden van het geval duidelijk voor onzorgvuldigheid of nalatigheid pleiten, zij mede in de richting van *condicio sine qua non* wijzen en een rechter het slachtoffer bij een aantoonbare normschending wil behoeden voor complexe discussies over het doel en de strekking van de norm in relatie tot het verwezenlijkte gevaar. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval heeft de rechter tot aanname van dergelijke vermoedens veel ruimte.²²²⁷

258 Omvangsfase: redelijke toerekening

Ten slotte pleit schending van verkeers- en veiligheidsnormen via de gezichtspunten 'de aard van de aansprakelijkheid' en 'de aard van de schade' onder art. 6:98 BW in de schadebegrotingsfase voor ruimere toerekening van letsel-en zaakschade.²²²⁸ Het moet dan bijvoorbeeld gaan om het niet nemen

²²²⁴ R.o. 4.16.

²²²⁵ Rb. Arnhem 1 november 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BC4427, *SES* 2008, 10, r.o. 5.21.

²²²⁶ Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/214; *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/303.

²²²⁷ Aannee van een onbegrijpelijk vermoeden kan in cassatie slechts stranden op een motiveringsklacht, Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/214.

²²²⁸ Stuurman 1995, p. 268 wijst ook op de invloed van normalisatienormen op de redelijke toerekening.

van maatregelen in het belang van de veiligheid van de ander.²²²⁹ Rechtspraak waarin productnormen of andere normalisatienormen voor de toerekeningsvraag relevant zijn, ontbreekt echter. Ik meen echter dat indien een productnorm de strekking heeft om als veiligheidsnorm te fungeren een ruime toerekening op zijn plaats is. Ook indien een productnorm indirect relevant is voor een ongeschreven veiligheidsnorm zou mijns inziens ruime toerekening plaats kunnen vinden.²²³⁰

7.5.3 Tussenconclusie

259 Vooral indirecte betekenis van productnormen voor het vereiste van causaal verband

In deze paragraaf stond de vraag centraal welke betekenis productnormen kunnen hebben voor het vereiste van causaal verband in de vestigingsfase van buitencontractuele aansprakelijkheid, alsmede voor de toerekening naar redelijkheid in de omvangfase (art. 6:98 BW).

Productnormen kunnen in Duitsland een grond vormen voor bewijsvermoedens in het kader van het causaliteitsvereiste in de vestigingsfase (§ 7.5.1). De Duitse bewijsconstructie doet erg denken aan de regel van ongeschreven bewijsrecht die in de Nederlandse doctrine wordt omschreven als de ‘omkeringsregel’. De omkeringsregel zou ook toepassing kunnen vinden bij productnormen. Is een productnorm een veiligheidsnorm die strekt tot bescherming tegen specifiek gevaar en heeft dat gevaar zich verwezenlijkt, dan zou dit naar Nederlands recht een beroep op de omkeringsregel kunnen rechtvaardigen (§ 7.5.2). Bij producteisen die uit voorzorg zijn vastgesteld moet de omkeringsregel mijns inziens echter geen toepassing vinden, omdat de laedens dan het risico loopt schade te moeten vergoeden die zijn product in het geheel niet veroorzaakt heeft.

In de feitenrechtspraak buiten de context van productveiligheid zie men dat normalisatienormen niet direct een grondslag voor toepassing van de omkeringsregel vormen, maar dat de rol van normalisatienormen veelal indirect is voor het causaliteitsvereiste en het bewijs daarvan. Uit de normalisatienorm kan in combinatie met de overige omstandigheden van het geval soms een ongeschreven veiligheidsnorm worden afgeleid die een beroep op omkering rechtvaardigt (§ 7.5.3). Gezien de eerdere constatering dat normalisatienormen veelal indirect zorgvuldigheidsnormen invullen verbaast het niet dat in de rechtspraak de omkeringsregel bij schending van normalisatienormen nog niet direct wordt toegepast. De verwachting lijkt daarom gerechtvaardigd dat productnormen bij causaliteit op vergelijkbare

²²²⁹ Ook schade die buiten de normale lijn der verwachting ligt, zie o.a. HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175, m.nt. Brunner, *VR* 1995/96 (*Korver/De Heel*), r.o. 2.4.1 over ongeschreven normen. Zie voor zaakschade het *bussluit*-arrest. Zie voor nadere rechtspraak, Hartlief 2015, p. 278 en 281.

²²³⁰ Zie over de discussie of naast geschreven veiligheidsnormen ook ongeschreven veiligheidsnormen tot ruime toerekening kunnen leiden, Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.4.3.4 (actueel t/m 09-09-2018). Ik meen in navolging van Hartlief van wel.

wijze indirect zullen worden toegepast. Productnormen zouden daarnaast de basis kunnen vormen voor feitelijke vermoedens.

Voor wat betreft de toerekening naar redelijkheid geldt dat de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm een ruimere toerekening kan rechtvaardigen. Hoewel rechtspraak ontbreekt, rechtvaardigt de schending van een productnorm die tevens een veiligheidsnorm is mijns inziens in beginsel een ruimere toerekening.

7.6 CONCLUSIE

259a Verwijzing en schema Annex II

Zoals in de inleiding is aangekondigd, sluit dit hoofdstuk niet af met één samenvattende eindconclusie. Voor de bevindingen ten aanzien van de vereisten en grondslagen die in dit hoofdstuk zijn besproken, verwijs ik derhalve naar de tussenconclusies bij paragraaf 7.2 over productaansprakelijkheid (§7.2.4), paragraaf 7.3 over de onrechtmatige daad (§7.3.3) en paragraaf 7.4 over bijzondere buitencontractuele en hybride normen (nr. 250). Kort en goed volgt uit deze paragrafen dat de betekenis van productnormen afhankelijk is van het type rechtsgrondslag waarbinnen normstelling plaatsvindt. De verschillende wijzen waarop Europese productnormen betekenis kunnen krijgen voor buitencontractuele normstelling in enge zin – dat wil zeggen exclusief de remediegerelateerde vereisten causaliteit en relativiteit – zijn gesimplificeerd weergegeven in het schema in Annex II, figuur 2.

In de slotbeschouwing (hoofdstuk 8) worden de bevindingen uit hoofdstukken 6 en 7 op hoofdlijnen geresumeerd (§§8.2 en 8.3). Paragraaf 8.5 resumeert de gezichtspunten aan de hand waarvan het concrete gewicht van een productnorm in een concreet geval kan worden bepaald.

8 Slotbeschouwing

8.1 INLEIDING

260 Algemeen

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

Wat is de betekenis van Europese productnormen voor normstelling in het privaatrecht in de rechtsverhoudingen tussen gebruikers van het eindproduct en marktdeelnemers in de keten, alsmede tussen concurrenten?

Deze slotbeschouwing blikt eerst terug op de stappen die in eerdere hoofdstukken zijn gezet om de onderzoeksvraag te beantwoorden (§8.2). Vervolgens wordt ingegaan op de, in de inleiding geïntroduceerde,²²³¹ vooronderstelling dat een analyse van de rechtspraak over de betekenis van andere wettelijke eisen en normalisatienormen voor privaatrechtelijke normstelling bruikbaar zou kunnen zijn voor het beantwoorden van deze onderzoeksvraag. De algemene bevindingen uit die rechtspraakanalyse zullen in dat verband worden gepresenteerd (§8.3). Hierna wordt een meer normatief standpunt ingenomen over de vraag of, en zo ja waarom, de Nederlandse rechter en partijen meer gebruik zouden moeten maken van Europese productnormen in privaatrechtelijke geschillen (§8.4). Aansluitend zal een algemene gezichtspuntencatalogus worden gepresenteerd voor de beoordeling van de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling (§8.5). Aldus wordt met paragraaf 8.2 tot en met 8.4 en paragraaf 8.5 de onderzoeksvraag beantwoord.

Tot slot worden resterende observaties en aandachtspunten besproken en nadere aanbevelingen gedaan (§8.6) en zal de blik op de toekomst worden gericht (§8.7).

De betekenis van productnormen voor ieder afzonderlijk privaatrechtelijk vereiste in het Burgerlijk Wetboek zal in de slotbeschouwing niet worden herhaald. Daarvoor verwijs ik graag (terug) naar de (tussen)conclusies in de hoofdstukken 6 en 7.

8.2 BEANTWOORDING VAN DE HOOFDVRAAG AAN DE HAND VAN DE VOORGAANDE HOOFDSTUKKEN

261 Europese productnormen en het systeem waarin zij zijn ingebed (hoofdstuk 2)

Europese productnormen zien op de eigenschappen van producten.²²³² Zowel gesloten producteisen als essentiële eisen met daaronder hangende geharmoniseerde normen vormen geen zelfstandige gedragsnormen of algemeen verbindende voorschriften. Zij bepalen namelijk niet *wie* de conformiteit met die normen dient te waarborgen. Europese productnormen krijgen een normadressaat doordat in EU-wetgeving nadere pre- en post-marketingverplichtingen staan opgenomen voor marktdeelnemers als

²²³¹ Hoofdstuk 1, nr. 9.

²²³² Hoofdstuk 2 (en eerder ook nr. 6).

producenten c.q. fabrikanten, importeurs en distributeurs. Producteisen vormen in combinatie met deze pre- en postmarketingverplichtingen bindende rechts- c.q. gedragsnormen en algemeen verbindende voorschriften die de basis zijn voor publiekrechtelijke handhaving. De fabrikant is de primaire normadressaat en verantwoordelijk voor de naleving van producteisen (inclusief de conformiteitsbeoordeling, eventueel met toepassing van geharmoniseerde normen). Producteisen vormen de basis voor de geschreven plichten van andere marktdeelnemers in de keten, zoals de zorgplicht van de distributeur. Hij moet slechts ingrijpen indien hij weet of beroepshalve behoort te weten dat het product niet aan de eisen voldoet.

De Europese wetgever laat de sanctionering van de schending van deze pre- en post-marketingverplichtingen over aan de lidstaten onder de voorwaarde dat deze sanctionering voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is. Hoewel de EU-wetgever het type sanctionering openlaat, lijken de instrumenten van secundair EU-recht ten minste publiekrechtelijk toezicht te vereisen. De nationale wetgever heeft bij de implementatie van het productveiligheidsrecht in het nationale recht gekozen voor publiekrechtelijk toezicht, publiekrechtelijke handhaving en sanctionering via het straf- en het bestuursrecht. Ook stuurt de Europese Commissie op publiekrechtelijk toezicht aan in haar verdere productveiligheidsbeleid.

262 Het harmonisatie en beschermingsbereik van Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen (hoofdstuk 3)

Zoals besproken in hoofdstuk 3 vormt de summiererechtspraak van het Hof van Justitie een eerste indicatie dat het Europese productveiligheidsrecht het privaatrecht in beginsel niet harmoniseert (*Schmitt/TÜV, James Elliott Construction/Irish Asphalt*). Uit deze rechtspraak volgt evenwel dat het productveiligheidsrecht mede strekt tot bescherming van belangen die corresponderen met individuele personen (*Schmitt/TÜV*). Volgens het Hof van Justitie in *Muñoz* moet aan individuele concurrenten enige privaatrechtelijke rechtsbescherming worden geboden tegen schendingen van ander Europees productenrecht. De naleving van die verplichtingen moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces. Het openstellen van een privaatrechtelijke rechtsingang was volgens het Hof van Justitie vereist voor de nuttige werking van het productenrecht (lees: de doeltreffendheid). Dit oordeel correspondeert met een instrumentele visie op het privaatrecht. Deze minimale rechtsbescherming voor concurrenten leidt het Hof van Justitie af uit algemene belangen zoals genoemd in de considerans van de desbetreffende verordeningen. Het is evenwel aan de lidstaten om deze rechtsbescherming en doeltreffende toepassing van het EU-recht in een privaatrechtelijke context vorm te geven. Het Hof van Justitie functioneert in dat verband als grensrechter die pas ingrijpt indien de rechtsbescherming en doeltreffendheid in zijn ogen onvoldoende worden gewaarborgd. Deze rol kan het Hof van Justitie slechts vervullen indien hem bij twijfel over het doel en de strekking

van deze plichten door de nationale rechter prejudiciële vragen worden gesteld.

263 De randvoorwaarden voor het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen bij privaatrechtelijke normstelling (hoofdstuk 4)

Geharmoniseerde normen vormen een bijzondere categorie productnormen. Zij zijn niet afkomstig van de Staat, hun democratische legitimatie wordt betwijfeld en zij kunnen, gezien de tekst van de wet waaronder zij hangen, marktdeelnemers niet uit zichzelf binden. Een schending van geharmoniseerde normen kan dus nooit een zelfstandige grond voor publiekrechtelijke handhaving vormen.²²³³

Om het gewicht te kunnen bepalen van een geharmoniseerde norm voor privaatrechtelijke normstelling is het, blijkens de doctrine, relevant dat geharmoniseerde normen, als vorm van alternatieve regulering, bijzondere voor- en nadelen kennen. Volgens gezaghebbende auteurs moeten de belangrijkste nadelen van alternatieve normen tot op zekere hoogte zijn ondervangen, wil aan dit soort normen ook in privaatrechtelijke context enig rechtgevolg kunnen worden verbonden. Het ondervangen van deze nadelen door alternatieve waarborgen als randvoorwaarden voor het toekennen van juridische betekenis aan alternatieve normen kan worden omschreven als ‘alternatieve legitimatie’.²²³⁴

Geharmoniseerde normen kennen bijzondere nadelen ten opzichte van traditionele wet- en regelgeving. Zo zijn deze normen alleen tegen betaling verkrijgbaar, omdat er auteursrecht op rust. Voorts kan niet iedereen deelnemen aan het totstandkomingsproces van deze normen. Daarnaast ligt het risico op de loer dat mededingingsbeperkende normen worden vastgesteld.²²³⁵ Uit het onderzoek is echter ook gebleken dat het totstandkomingsproces in hoge mate gereguleerd is.²²³⁶ Verder zijn mechanismen aanwezig ter controle op geharmoniseerde normen nadat zij zijn ingevoerd, doch de mate van controle lijkt beperkt.²²³⁷ Beschouwt men geharmoniseerde normen van een afstand en in het grotere geheel, dan lijken de aanwezige waarborgen misschien wel groter dan bij enige andere vorm van alternatieve regulering.²²³⁸ Dat is ook nodig, aangezien geharmoniseerde normen in de productveiligheidscontext strekken tot bescherming van lijf, leden en eigendom. In het licht van de reeds aanwezige waarborgen is de conclusie gerechtvaardigd dat aan geharmoniseerde normen in een privaatrechtelijke context een belangrijk gewicht kan toekomen. Geharmoniseerde normen moeten als normen die afkomstig zijn van de industrie gezond-kritisch worden benaderd, doch niet bij voorbaat worden

²²³³ Paragraaf 4.2

²²³⁴ Paragraaf 4.2.

²²³⁵ Paragraaf 4.3.1.

²²³⁶ Paragraaf 4.3.2.

²²³⁷ Paragraaf 4.3.3.

²²³⁸ Hoofdstuk 4, nr. 125.

gekwaliceerd als volstrekt onbetrouwbaar. Het huidige systeem volgens de Nieuwe Aanpak blijft echter voor verbetering vatbaar.²²³⁹

Uit hoofdstuk 4 volgt dat geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen waar in de wet naar wordt verwezen) als recht kunnen worden gezien, ook al binden ze de burger de jure niet.²²⁴⁰ Een verschuiving van de kwalificatie van geharmoniseerde normen van feit naar recht zou niet alleen een grotere rechterlijke controle op deze normen mogelijk kunnen maken, maar zou – net als wel werd aangenomen voor andere vormen van alternatieve regulering – de mogelijkheid tot nadere inkadering door de Hoge Raad van het gebruik van geharmoniseerde normen binnen het privaatrecht kunnen vergroten.²²⁴¹

264 Privaatrechtelijke normstelling en productnormen in theorie: een streven naar coherente, doch autonome normstelling (de hoofdstukken 5, 6 en 7)

De theoretische en rechtsvergelijkende analyse in de hoofdstukken 5, 6 en 7 laat zien dat – net als ten aanzien van het gebruik van andere wettelijke eisen of soorten alternatieve regulering in het privaatrecht²²⁴² – privaatrechtelijke gedragsnormen wel worden beïnvloed door productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen, doch afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval in hoge mate autonoom door de rechter worden ingevuld c.q. geformuleerd. Dit ziet men eveneens terug in de feitenrechtspraak over normalisatienormen.²²⁴³

Voor deze grotendeels autonome positie van privaatrechtelijke normstelling bestaan meerdere verklaringen en rechtvaardigingen. Privaatrechtelijke normstelling in de voornoemde rechtsverhoudingen kent ten opzichte van het productveiligheidsrecht een aantal bijzondere eigen functies in het licht van bijzondere privaatrechtelijke beginselen. Zo speelt bij contractuele normstelling het beginsel van de partijautonomie een grote rol. Een productnorm kan betekenis krijgen doordat partijen deze zelf op hun rechtsverhouding van toepassing hebben verklaard of via uitleg.²²⁴⁴ In samenhang met het beginsel van de rechtszekerheid maakt het beginsel van partijautonomie dat, op het moment dat een overeenkomst een leemte bevat, voor partijen duidelijk moet zijn welke wettelijke plichten de strekking hebben om de desbetreffende overeenkomst automatisch aan te vullen. Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen lijken dergelijke contractuele rechtsgevolgen niet te dicteren,²²⁴⁵ noch de strekking te hebben het overeenkomstenrecht te harmoniseren of overeenkomsten automatisch

²²³⁹ Zie voor de uitleg van de Nieuwe Aanpak nr. 1 en 2. Zie voor concrete suggesties nr. 125.

²²⁴⁰ Vgl. nr. 124.

²²⁴¹ Nr. 126.

²²⁴² O.a. paragraaf 7.3.2.3.

²²⁴³ Paragraaf 7.3.2.4.

²²⁴⁴ Hoofdstuk 6, nr. 136 e.v. en de feitenrechtspraak uit nr. 149.

²²⁴⁵ Hoofdstuk 2.

aan te vullen.²²⁴⁶ In het licht van de twee voornoemde privaatrechtelijke beginselen lijkt de aanvullende werking van productnormen daarom afhankelijk te zijn van de overige omstandigheden van het geval. De redelijkheid en billijkheid is in dat verband de meest voor de hand liggende route voor aanvulling van leemtes in overeenkomsten, waarvoor productnormen van betekenis kunnen zijn.²²⁴⁷

Daarnaast vervult privaatrechtelijke normstelling een belangrijke vangnetfunctie; daar waar Europese productnormen of daarmee samenhangende verplichtingen tekortschieten, kan het privaatrecht aan normstelling doen. Zo kan bij de vaststelling van het ongeschreven recht nieuwe kennis en informatie worden meegenomen die nog niet in de productnorm is verdisconteerd. Ook kan een wettelijke eis in het privaatrecht buiten het materiële en temporele toepassingsbereik van een wettelijk instrument worden toegepast.²²⁴⁸ Het privaatrecht is dan ook een belangrijke stok achter de deur: het vraagt van marktdeelnemers een continue staat van paraatheid en kan – in ieder geval in theorie – een prikkel voor private partijen zijn om niet klakkeloos de wet te blijven volgen, maar zelf te blijven nadenken.

In het aansprakelijkheidsrecht speelt het compensatiebeginsel een grote rol. Traditioneel gezien worden met name de vereisten van causaliteit en relativiteit daarmee in verband gebracht. Het compensatiebeginsel kan echter ook zijn weerslag hebben op normstelling in enge zin,²²⁴⁹ zoals op het gebrekkigheidsvereiste onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Sommige auteurs leiden uit recente rechtspraak van het Hof van Justitie af, dat het Hof een (nieuwe) materiële invulling van het gebrekkigheidsbegrip voorstaat waarbij *risk/benefit*-benaderingen een beperktere rol spelen.²²⁵⁰ Hoewel ik hier vooralsnog geen aanleiding toe zie en ik pleit voor het toestaan van *risk/benefit*-benaderingen bij ontwerpgebreken, acht ik het wel voorstelbaar dat het gebrekkigheidsbegrip in de toekomst in incidentele gevallen materieel anders kan worden ingevuld dan de wijze waarop dit thans op nationaal niveau gebeurt. Een andere invulling van het gebrekkigheidsvereiste zou kunnen worden gebruikt om op grond van rechtspolitieke argumenten in bepaalde gevallen toch schadevergoeding toe te wijzen. De invulling van de privaatrechtelijke norm wordt dan gebruikt om tot compensatie te (kunnen) komen.²²⁵¹ Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling kunnen dan evenwel nog verder uiteen gaan lopen dan zij thans al doen.

De privaatrechtelijke mantra die de relatie tussen algemeen verbindende voorschriften en privaatrechtelijke normstelling duidt en die in de internationale en nationale literatuur diverse malen doorklinkt, luidt als volgt:

²²⁴⁶ Hoofdstuk 3, nr. 83.

²²⁴⁷ Hoofdstuk 6, nr. 139 en 141.

²²⁴⁸ Vgl. *Vrieling/Rürode*, nr. 225.

²²⁴⁹ Hoofdstuk 1, nr. 7.

²²⁵⁰ Het Hof van Justitie legt zowel in *Sanofi* als in *Boston* de nadruk op sub 2 van de considerans van de richtlijn, die spreekt over ‘een rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico’s’, zie nr. 186 en nr. 189.

²²⁵¹ Hoofdstuk 7, nr. 189.

schending van de norm leidt snel tot gebrekkigheid of onrechtmatigheid, maar zich hieraan houden bevrijdt niet per definitie van aansprakelijkheid. Dat uitgangspunt wordt ook wel samengevat met de stelling dat Europese producteisen en geharmoniseerde normen in private verhoudingen veelal als minimumnormen fungeren. Deze stelling is wat kort door de bocht. Bij de toepassing van een productnorm in het kader van productaansprakelijkheid zal een productnorm in de praktijk vaak een minimumnorm zijn. In de relatie distributeur-gebruiker bij onrechtmatige daad is de betekenis van de schending of naleving van een productnorm minder groot; schending van een productnorm kan een eerste aanwijzing zijn voor schending van een zorgplicht, maar is voor onrechtmatigheid verre van constitutief. Het daadwerkelijke gewicht van een productnorm voor privaatrechtelijke normstelling is bovendien afhankelijk van een groot aantal andere omstandigheden. De rechtspraak en doctrine waarin voornoemde verhoudingen wordt uitgediept, is het meest ontwikkeld in Duitsland. In Nederland kan op de daar gecategoriseerde feiten en omstandigheden deels worden voortgeborduurd. Zie nader nrs. 275 en 276.

265 Privaatrechtelijke effectieve rechtsbescherming en productnormen (hoofdstuk 3 vergeleken met hoofdstukken 6 en 7)

De gebruiker van een product komt juridisch gezien een grote privaatrechtelijke bescherming uit hoofde van productnormen toe; in het contractuele recht via het consumentenkooprecht voor de transactieschade en op grond van de regeling productaansprakelijkheid voor de gevolgschade. Door de informatieachterstand van gebruikers, het veelal kleine belang bij een rechtsvordering en hun veelal beperkte financiële middelen, is echter de vraag in hoeverre zij tot een procedure zullen overgaan. Collectieve acties zouden wellicht uitkomst kunnen bieden, maar die lossen de informatieachterstand van gebruikers ten aanzien van de inbreuken op productnormen naar verwachting slechts gedeeltelijk op.²²⁵²

De rechtsbescherming voor andere partijen dan de gebruiker is minder sterk. Voor concurrenten bestaat in sommige gevallen privaatrechtelijke rechtsbescherming. Indien eerlijke mededinging expliciet in de considerans van een instrument wordt genoemd, vallen de belangen van concurrenten in beginsel onder het beschermingsbereik van de daarin vervatte productnormen en verplichtingen.²²⁵³ Uit het geschetste privaatrechtelijke kader van de reguliere onrechtmatige daad blijkt dat het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad in het algemeen strikt wordt geïnterpreteerd. Sommige auteurs leiden hieruit af dat het noemen van algemene belangen onvoldoende is voor het bestaan van relativiteit, waardoor aansprakelijkheid op grond van handelen in strijd met een wettelijke plicht is uitgesloten.²²⁵⁴ Rechtsbescherming lijkt bij een dergelijke strikte toepassing van het relativiteitsvereiste alleen te kunnen

²²⁵² Hoofdstuk 7, nr. 190.

²²⁵³ Hoofdstuk 7, par. 7.3.1.4.

²²⁵⁴ Hoofdstuk 7, nr. 204.

worden geboden op grond van het ongeschreven recht met behulp van de correctie-Langemeijer.²²⁵⁵ Indien publiekelijk onjuiste mededelingen over de naleving van productnormen zijn gedaan (denk aan de CE-markering en de *DoC*), dan kan – afhankelijk van welke visie men aanhangt –²²⁵⁶ ook rechtsbescherming aan concurrenten worden geboden op grond van de regeling Oneerlijke handelspraktijken. Bij zulke mededelingen is een beroep op de regeling Misleidende en vergelijkende reclame in ieder geval mogelijk.²²⁵⁷

Het is ongewis of aan marktdeelnemers in de handelsketen uit hoofde van EU-recht rechtsbescherming moet worden geboden in geval van schending van productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen.²²⁵⁸ Het productveiligheidsrecht lijkt het overeenkomstenrecht niet te harmoniseren,²²⁵⁹ doch lijkt indirect wel van betekenis te zijn voor de invulling van bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid en het begrip ‘normaal gebruik’ in het kader van de beoordeling van de conformiteit bij koop.²²⁶⁰ De rechtsbescherming van partijen in de handelsketen op grond van de nationale onrechtmatige daad lijkt, bij gebreke van expliciete aanwijzingen in de Europese instrumenten, op dit moment volledig te worden overgelaten aan de nationale wetgever en rechter.²²⁶¹ Nu art. 3 sub a Warenwet mede ‘eerlijkheid in de handel’ als doel van de Warenwet en onderliggende besluiten noemt, zou dit een positieve aanwijzing kunnen vormen dat hun belangen mede door de nationale implementatiebesluiten en daaronder hangende verplichtingen worden bestreken.²²⁶² Voor zover dat in de ogen van de Hoge Raad een te soepele toepassing van het nationale relativiteitsvereiste zou zijn, zou wel tot rechtsbescherming kunnen worden gekomen via het ongeschreven recht met toepassing van de correctie-Langemeijer.²²⁶³ Indien mededelingen over de naleving van productnormen zijn gedaan, bijvoorbeeld in de vorm van de CE-markering en in de *DoC*, dan kan rechtsbescherming volgen uit de Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame.²²⁶⁴ Dat de invoering van een plicht tot online publicatie van de *DoC* in de nieuwe Markttoezichtverordening op de valreep is gesneuveld, is in dit licht dan ook spijtig te noemen.²²⁶⁵ In hoofdstuk 7 heb ik uitgelegd waarom ik van mening ben dat, primair vanuit normatief oogpunt, marktdeelnemers enige rechtsbescherming via het aansprakelijkheidsrecht moet worden gegund. Nader onderzoek acht ik echter wenselijk.²²⁶⁶

²²⁵⁵ Hoofdstuk 7, nr. 206 en 239.

²²⁵⁶ Hoofdstuk 7, nr. 247.

²²⁵⁷ Hoofdstuk 7, nr. 248.

²²⁵⁸ Hoofdstuk 3, nr. 87.

²²⁵⁹ Hoofdstuk 3, nr. 83.

²²⁶⁰ Hoofdstuk 6, nr. 142.

²²⁶¹ Hoofdstuk 3, nr. 87.

²²⁶² Hoofdstuk 2, nr. 204.

²²⁶³ Hoofdstuk 7, nr. 206 en 239.

²²⁶⁴ Hoofdstuk 7, nr. 248.

²²⁶⁵ Hoofdstuk 2 nr. 48 en H6, nr. 145.

²²⁶⁶ Nr. 241 en nr. 285 hierna.

8.3 DE OPBRENGST VAN DE VERGELIJKING MET RECHTSPRAAK OVER ANDERE WETTELIJKE EISEN EN ANDERE NORMALISATIENORMEN (HOOFDSTUKKEN 6 EN 7).

266 Algemeen beeld feitenrechtspraak

De analyse van (feiten)rechtspraak laat zien dat geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen een grote rol spelen in private verhoudingen in relatie tot privaatrechtelijke normstelling, maar dat de betekenis van deze normen voor buitencontractuele normstelling voornamelijk indirect via het ongeschreven recht is.

Dit diffuse beeld lijkt erop te duiden dat rechters moeite hebben met het bepalen van de betekenis en de relevantie van normalisatienormen voor de voorliggende rechtsvragen. Principiële, expliciete oordelen van civiele rechters over normalisatienormen – wel of geen binding en wel of geen relevantie – kunnen dan ook behoorlijk uiteenlopen.²²⁶⁷ De feitelijke inpassing van normalisatienormen door de civiele rechter in bestaande open normen van privaatrecht is in dit verband het meest illustratief. Hierbij gaat de rechter zeer intuïtief te werk, waarbij de geschreven norm veelal in verband wordt gebracht met de gezichtspunten die voor de formulering van privaatrechtelijke gedragsnormen van belang zijn; denk aan de *Kelderluik*-gezichtspunten bij gevaarstelling. Deze aanpak is terug te vinden in het merendeel van de onderzochte rechtspraak.²²⁶⁸

De privaatrechtelijke betekenis c.q. waarde van NEN-normen die onder het Bouwbesluit hangen, lijkt impliciet sterker te zijn dan die van andere NEN-normen. Harde conclusies in dit verband kunnen evenwel niet worden getrokken, omdat de norm niet altijd met naam en/of nummer wordt genoemd. De rechtspraak waarin normalisatienormen worden gebruikt ter beoordeling van aspecten die niet zien op veiligheid, heeft betrekking op onroerende zaken (waarin rechtsvragen aan bod komen die zien op koop, huur en aanneming van werk). De rol van normalisatienormen met betrekking tot de bouw en onroerende zaken in privaatrechtelijke verhoudingen lijkt daarmee groter en anders te zijn dan in andere verhoudingen. Tegelijkertijd kan de grote hoeveelheid rechtspraak over de bouw en onroerende zaken waarin normalisatienormen een rol spelen wellicht ook worden verklaard doordat er verhoudingsgewijs veel gerechtelijke procedures zijn in de bouw en over onroerende zaken, door het grote aantal transacties en de grote financiële belangen,²²⁶⁹ of doordat deze normen door de UAV-voorwaarden worden bedongen en daarmee gebruikelijker zijn. Ook is een mogelijk verklaring dat meer rechtspraak over NEN-normen wordt gepubliceerd op rechtspraak.nl,²²⁷⁰ wellicht mede door de aandacht voor het *arrest Knooble/Staat* uit 2012.

²²⁶⁷ Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 6, nr. 148 aanhef en vervolg.

²²⁶⁸ Vgl. par. 7.3.2.3 met 7.3.2.4.

²²⁶⁹ De jaarverslagen van de Raad voor de Rechtspraak alsmede de cijfers van het CBS differentiëren niet in aard of onderwerp van de zaak binnen de categorie handelszaken (alleen insolventie en schuldsanering worden als aparte categorieën benoemd en in cijfers uitgedrukt). Cijfers zijn dus niet bekend.

²²⁷⁰ Zie inleiding onder nr. 9.

Buiten voornoemde situaties hebben normalisatienormen een bijzondere rol ter beoordeling van veiligheid, in het bijzonder van gevaarzettingsituaties. In het kader van verdergaande zorgplichten als werkgeversaansprakelijkheid en opstalaansprakelijkheid vormen de normen eerder minimumnormen.²²⁷¹ Zij lijken dan iets te zeggen over een geobjectiveerd veiligheidsniveau, waardoor de omstandigheid dat de *laedens* niet de normadressaat is of wellicht niet behoort tot de kring van personen waarvoor normalisatienormen als beroepsnormen gelden, minder relevant is. Zo worden normalisatienormen ook gebruikt in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van scholen, gemeenten en werkgevers.

267 Grote invloed van het partijdebat, de technische complexiteit van normen en de (gerechts)deskundige

Een belangrijke observatie is dat het procesrecht en de stellingen van partijen een grote rol spelen bij de vraag of, en zo ja op welke wijze, een norm in het gerechtelijk oordeel wordt betrokken. De praktijk laat zien dat rechters deze normen lang niet altijd beschouwen als rechtsnormen, maar veelal als feitelijk gegeven.²²⁷² Civiele rechters leunen sterk op zowel de feitelijke voorlichting door partijen als de opinie van deskundigen als het gaat om de inhoud, strekking en derhalve de inhoudelijke betekenis van die normen. Dit lijkt mede te zijn ingegeven door de technische complexiteit van de normen en de toepassing ervan, alsmede door het feit dat de normen niet openbaar toegankelijk zijn en ook niet altijd in de procedure door partijen lijken te worden overgelegd.

De rechtspraak laat zien dat in technisch complexe zaken waarin normalisatienormen of andere normen met een hoog technisch gehalte een rol spelen, de rechter zich in belangrijke mate laat leiden door de partij- en gerechtelijke deskundigen. Verwijzen partijen naar alternatieve normen, dan mogen deze normen niet volledig door de rechter worden genegeerd.²²⁷³ Verwijzen partijen niet zelf naar een normalisatienorm in een contract of in het partijdebat, dan kan deze toch door een deskundige worden gekozen als maatstaf of methode voor zijn advies.²²⁷⁴ Afhankelijk van de door de rechter gestelde vragen, is het advies feitelijk of bevat het reeds een normatief oordeel dat op de vraag ziet hoe een private partij zich in concreto heeft gedragen. Waar in het publiekrecht door het gebruik van normalisatie de normstelling verschuift van de wetgever naar de industrie, ziet men in het privaatrecht, daar

²²⁷¹ Vgl. Cafaggi 2009a, p. 220.

²²⁷² Vgl. Giesen 2008 die eenzelfde beeld ziet in een analyse van rechtspraak over de periode van anderhalf jaar.

²²⁷³ Zie de rechtspraak onder nr. 226.

²²⁷⁴ In het algemeen hebben deskundigen binnen de grenzen van de opdracht grote beleidsvrijheid hun onderzoek op de wijze in te richten die hen het beste voorkomt (HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 (*WE/VIB II*), r.o. 3.7) en daarbij stukken te betrekken die tot zijn expertise behoren.

waar zaken technisch (te) complex worden wat de oordeelsvorming erover betreft, een vergelijkbare verschuiving van de rechter naar de deskundige.²²⁷⁵

268 Open normen: toegangspoort voor productnormen, doch ook oorzaak van hun eroderende rol

Meerdere auteurs hebben zich afgevraagd waarom de rechter relatief weinig gebruikmaakt van alternatieve normen,²²⁷⁶ en als deze al worden gebruikt, een oordeel over hun status ontbreekt.²²⁷⁷ Een belangrijke conclusie die uit hoofde van het beschreven theoretisch kader in vergelijking met de (lagere) rechtspraak kan worden getrokken, is dat het karakter van open normen van privaatrecht en de wijze waarop de Hoge Raad deze in zijn arresten nader heeft ingevuld, bijdraagt aan fragmentarische toepassing van wettelijke eisen en normalisatienormen, en naar verwachting ook aan die van productnormen.²²⁷⁸ Door de plicht alle omstandigheden van het geval bij de gerechtelijke beoordeling mee te nemen, verworden normen tot één van die omstandigheden, waarmee hun rol erodeert.²²⁷⁹ De noodzaak voor partijen om zich te verdiepen in wettelijke eisen en normalisatienormen en de rechter over productnormen voor te lichten in private geschillen is thans wellicht nog niet zo groot. Hoewel het wenselijk is dat productnormen vaker in het partijdebat en het oordeel worden betrokken (zie nr. 273), dwingt het huidige privaatrechtelijke kader niet tot het betrekken van productnormen daarbinnen. De schending dan wel naleving van productnormen (of van andere wettelijke eisen of normalisatienormen) hoeft lang niet altijd constitutief of doorslaggevend te zijn voor het oordeel of het ongeschreven recht in acht is genomen of is geschonden. Een open norm kan aldus, in plaats van een toegangspoort te vormen voor externe normen ten behoeve van de rechtsvorming, ook de rechtsvorming tot op zekere hoogte tegenhouden.

269 Olievlekwerking van normalisatienormen

Voorgaande rechtspraakanalyse laat ook zien dat normalisatienormen bedoeld en onbedoeld doorsijpelen in andere, op het eerste oog onverwachte verhoudingen. Zo blijken bijvoorbeeld bouwvoorschriften niet alleen voor de beoordeling van aansprakelijkheid van aannemers relevant, maar ook voor koop en verkoop van onroerende zaken tussen particulieren.²²⁸⁰ Geharmoniseerde normen blijken ook te worden betrokken in de beoordeling

²²⁷⁵ Voor producteisen; nr. 39, voor normalisatienormen; paragraaf 4.3.2, en voor de verschuiving van de rechter naar deskundige; paragraaf 6.3.3 en 7.3.2.4.

²²⁷⁶ Zie over de lage belangstelling van privaatrechtjuristen voor het onderwerp, Menting & Vranken 2014, p.7-9.

²²⁷⁷ Vgl. Menting 2016, p. 269, die erop wijst dat de privaatrechtelijke rechtspraak op het gebied van gedragscodes geen tot zeer beperkte discussies laat zien over publiekrechtelijke status c.q. aspecten van gedragscodes. Op p. 221 wijst zij erop dat de vraag hoe partijen het partijdebat insteken van grote invloed kan zijn voor het al dan niet gebruiken van een gedragscode door de civiele rechter. Hetzelfde beeld is te zien bij productnormen en andere wettelijke eisen en normalisatienormen.

²²⁷⁸ Zie met name par. 7.3.2.3 en 7.3.2.4.

²²⁷⁹ Met dank aan Joris Hermelink voor deze beeldende term.

²²⁸⁰ Hoofdstuk 6, nr. 162.

van werkgeversaansprakelijkheid of de aansprakelijkheid van andere personen dan van de primaire normadressaat.²²⁸¹

Het bepalen van de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling ligt – net zoals bij andere wettelijke eisen of normalisatienormen – mijns inziens in de praktijk veel genuanceerder dan in sommige literatuur naar voren komt.

270 Accentverschuiving: van Europese beginselen en alternatieve legitimatie naar inhoud, doel, strekking en informatieve waarde van de norm

De analyse van de Nederlandse en buitenlandse doctrine en de rechtspraak in hoofdstukken 6 en 7 laten zien dat de betekenis van Europese productnormen voor de privaatrechtelijke normstelling van veel meer omstandigheden afhankelijk is dan alleen van het Europese beschermingsbereik van de norm in het licht van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid (hoofdstuk 3) en de (alternatieve) legitimatie en de inbedding van de norm in een wettelijk kader (hoofdstuk 4). Alternatieve legitimatie en inbedding van geharmoniseerde normen zijn belangrijke gezichtspunten, maar ze verdwijnen in de praktijk naar de achtergrond. Dit komt niet alleen door het partijdebat, maar ook door het beoordelingskader. De analyse van feitenrechtspraak uit de hoofdstukken 6 en 7 laat zien dat civiele rechters in technisch complexe zaken niet zozeer beoordelen of een normalisatienorm inhoudelijk ‘goed’ of ‘fout’ is, maar in ieder geval in een technische beoordeling van de feiten moeten treden. Voor privaatrechtelijke rechtsvragen is veelal de materiële inhoud, het doel en de strekking van de wettelijke eis of normalisatienorm relevant ter bepaling van de relatie van de norm met de privaatrechtelijke gedragsnorm, de belangen van de derde, de geleden schade en/of causaliteit.

Meerdere auteurs zijn van mening dat aan normalisatienormen ten aanzien waarvan meer waarborgen en controlemechanismen zijn ingebouwd – zoals geharmoniseerde normen onder de Nieuwe Aanpak – groter gewicht moet toekomen dan aan normalisatienormen die pure zelfregulering zijn, nu voor deze laatste dergelijke waarborgen ontbreken.²²⁸² Een dergelijk onderscheid ziet men thans in de praktijk (nog) niet expliciet terug.²²⁸³ Dat komt mede doordat het partijdebat hier in de gerechtelijke procedure niet op is gericht.²²⁸⁴ De schending van voornoemde procedurele waarborgen zal alleen kenbaar worden indien partijen de rechter daarop wijzen.

271 Kwalificatie als recht: een stap voor de rechtsontwikkeling, maar het initiatief voorsnog bij partijen

Uit de rechtspraakanalyse is gebleken dat de betekenis van wettelijke eisen en normalisatienormen (nrs. 18 en 23) in de praktijk veelal indirect is, in de zin dat

²²⁸¹ Nr. 230 en 231. Zo’n olievlekwerking lijkt typisch voor normalisatienormen.

²²⁸² Hoofdstuk 4, nr. 98.

²²⁸³ Vgl. Lee 2011, p. 573 die een zelfde beeld ziet in de Engelse rechtspraak.

²²⁸⁴ Los van een incidentele rechtsoverweging over het al dan niet bestaan van binding, nr. 148.

deze normen worden ingepast in het privaatrechtelijke beoordelingskader.²²⁸⁵ In dat licht is de verwachting gerechtvaardigd dat de betekenis van zowel producteisen als geharmoniseerde normen ook met name indirect zal zijn. Vranken merkte al op dat wanneer rechtsvorming aan de rechter wordt overgelaten, deze afhankelijk wordt van het initiatief van partijen; of zij bepaalde rechtsvragen aan de rechter wensen voor te leggen en of zij – bij gebreke van prejudiciële vragen – bereid zijn om door te procederen tot bij de Hoge Raad.²²⁸⁶ Voor vragen over de uitleg van geharmoniseerde normen, evenals voor vragen over producteisen, kan de nationale rechter thans wel het Hof van Justitie EU raadplegen. De inpassing van dit Europese recht in het privaatrechtelijke beoordelingskader en de verhouding ervan tot het ongeschreven recht is evenwel een vraag van nationaal recht. Vanwege het veelal hoge technische gehalte van de normen zullen vragen over de inpassing van productnormen bij privaatrechtelijke normstelling over het algemeen sterk zijn verweven met de feiten, waarvoor de rechter afhankelijk blijft van voorlichting door de partijen.²²⁸⁷ In het licht van het voorgaande verwacht ik dat de beslissing van het Hof van Justitie om een geharmoniseerde norm deel uit te laten maken van het Unierecht vooralsnog niet tot een wezenlijk andere toepassing van geharmoniseerde normen in een privaatrechtelijke context zal leiden. Relevante rechtsvragen op dit punt zullen naar verwachting druppelsgewijs de Hoge Raad bereiken, waarbij de ingevoerde prejudiciële procedure op nationaal niveau goede diensten zou kunnen bewijzen. Het is opvallend dat de Hoge Raad in recente arresten ten aanzien van andere alternatieve normen meer handvatten en kaders lijkt te bieden dan in oudere rechtspraak.²²⁸⁸

272 Vooronderstelling terecht?

Dit onderzoek is begonnen met de vooronderstelling dat een analyse van de civielrechtelijke rechtspraak over andere wettelijke eisen en normalisatienormen die al dan niet onder een wettelijk kader hangen desalniettemin bruikbaar zou kunnen zijn bij de beoordeling van de vragen of, hoe en wanneer Europese producteisen en geharmoniseerde normen van betekenis zijn voor privaatrechtelijke normstelling (waarover nader nr. 9). De vergelijking met andere wettelijke eisen en normalisatienormen is bruikbaar gebleken. Naar verwachting zullen het partijdebat, het gebruik door een (gerechtelijk) deskundige, de wijze waarop open normen worden ingevuld en de technische complexiteit van de norm en de toepassing ervan factoren zijn die ook de toepassing van productnormen in de door mij onderzochte rechtsverhoudingen zullen beïnvloeden. Voor de toepassing van

²²⁸⁵ Vgl. bijvoorbeeld de rechtspraak over werkgeversaansprakelijkheid en arbonormen nr. 225

²²⁸⁶ *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/76 onder verwijzing naar Wiarda en Veegens die al wezen op de afhankelijkheid van de rechter van partijen ten aanzien van de rechtsvorming.

²²⁸⁷ Zie voor voorbeelden in de contractuele sfeer en mogelijke complicaties in relatie tot rechtsoordelen en gemengde oordelen, hoofdstuk 6, nr. 164.

²²⁸⁸ Zoals in HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*NVM, Meetinstructie*) en HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, *NJ* 2019/295, m.nt. Lindenbergh (*Liander/Grondroerder*). Zie nader nr. 144 resp. nr. 226.

geharmoniseerde normen in private verhoudingen geldt – net als bij andere normalisatienormen of wettelijke eisen – dat een vertaalslag moet worden gemaakt naar de privaatrechtelijke gedragsnorm. Om deze vertaalslag nader te structureren, kan het in de hoofdstukken 6 en 7 genoemde kader – dat kan worden teruggebracht tot de in paragraaf 8.5 genoemde gezichtspunten – behulpzaam zijn.

8.4 NADERE NORMATIEVE DUIDING

273 Pleidooi voor het gebruik van productnormen bij privaatrechtelijke normstelling en in het civiele proces

Voor het beantwoorden van de vraag of met het op de markt brengen of houden van een product een (privaatrechtelijke) norm is geschonden en of aan die normschending privaatrechtelijke rechtsgevolgen moeten worden verbonden, is een technische analyse van de feiten onontbeerlijk. De toepasselijke geschreven productnormen zijn een onlosmakelijk onderdeel van die technische analyse. Het betrekken van de inhoud en de strekking van die normen in de beoordeling is mijns inziens in veel gevallen noodzakelijk. Het privaatrecht dient te opereren in de maatschappelijke realiteit.²²⁸⁹ Deze realiteit wordt in technisch opzicht steeds complexer. Het expliciet betrekken van productnormen in het privaatrechtelijke geschil en bij privaatrechtelijke normstelling in het bijzonder²²⁹⁰ voorkomt dat het privaatrecht ter zake loszingt van de maatschappelijke realiteit.²²⁹¹

Het privaatrecht wordt, vanwege zijn open normen, vaak geroemd om zijn flexibiliteit en vermogen om – ook ten aanzien van producten – rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen.²²⁹² De behandeling in rechte kent echter beperkingen; één daarvan is de afhankelijkheid van het partijdebat. Partijen bezitten op technisch vlak al snel een informatieachterstand, zo ook de rechter. Zowel partijen als de rechter zullen dan ook veelal hun toevlucht moeten zoeken tot deskundigen voor een technische voorlichting om complexe feiten en normen te kunnen duiden. Onderhavig onderzoek bevestigt dat de Europese wetgever respectievelijk de Europese normalisatie-instituten veelal over een betere informatiepositie beschikken dan de rechter, waar het gaat de algemene analyse van risico's ten behoeve van

²²⁸⁹ Vgl. Asser/*Vranken Algemeen deel**** 2005/86.

²²⁹⁰ Mits productnormen bestaan en van toepassing zijn.

²²⁹¹ Vgl. Asser/*Vranken Algemeen deel**** 2005/91, die spreekt over de brugfunctie van alternatieve regulering. Zie ook Giesen 2007, p. 128, die alternatieve regelgeving een invullingsmechanisme noemt dat bijna onmisbaar in het aansprakelijkheidsrecht is geworden. Het maakt het terrein behapbaar, grijpbaar en hanteerbaar en biedt rechtszekerheid. Zie voor een algemeen kritisch tegengeluid over de betekenis van alternatieve regulering, Hartlief 2007a, die in reactie op het preadvies van Giesen zich afvraagt in hoeverre het terugvallen op alternatieve regelgeving en het inpassen ervan in privaatrechtelijke normstelling daadwerkelijk onvermijdelijk en wenselijk is.

²²⁹² Zie voor Duitsland; Weiß 2008, p. 572. Vgl. voor Nederland ook de stroom aan publicaties over de geschiktheid van het privaatrecht voor de beoordeling van nieuwe technologieën van de afgelopen jaren, die veelal kritisch van toon zijn, doch waarin het privaatrecht er *de facto* niet slecht vanaf komt qua houdbaarheid, bijv. Engelhard 2017, Van Wees 2015, Tjong Tjin Tai & Boesten 2016 en Schreuder 2014.

normstelling.²²⁹³ Het betrekken van productnormen in het partijdebat kan bijdragen aan de waarheidsvinding in het civiele proces.²²⁹⁴ Voor de duidelijkheid: ik meen niet dat uit hoofde van waarheidsvinding de civiele rechter tal van nieuwe bevoegdheden moet worden toegekend (zie mede nr. 280).²²⁹⁵ Daarover gaat dit onderzoek ook niet. Ik ben mij ervan bewust dat de processuele waarheid in de praktijk veelal een destillaat vormt van de materiële werkelijkheid. Dat laat onverlet dat er een streven moet zijn – binnen de praktische grenzen – de waarheid in de civiele procedure zo goed mogelijk te naderen. Het evalueren en waarderen van productnormen in rechte en het betrekken ervan in de motivering zou kunnen bijdragen aan de betrouwbaarheid van het gerechtelijk oordeel.

Een kritische discussie in rechte over productnormen zou bovendien bij kunnen dragen aan de signalering van *regulatory failure* en aan het vinden van de meest accurate veiligheidsnorm (de privaatrechtelijke vangnetfunctie). Daarbij past wel de kanttekening dat die bijdrage in de praktijk moet worden gerelativeerd, omdat niet alle zaken de rechter halen en hierover niet tot in detail stelling kan worden ingenomen. Een dergelijke discussie lijkt overigens thans in het geheel niet plaats te vinden.

In de rechtsverhoudingen met de gebruiker van het product kan een beroep op schending van een productnorm tot op zekere hoogte helpen bij het versterken van diens positie in rechte.²²⁹⁶ Vanwege zijn informatieachterstand is het wel noodzakelijk dat de gebruiker op enigerlei wijze bekend is met de schending van de productnorm. In dit verband vervult publiekrechtelijke handhaving een belangrijke signaleringsfunctie; het is mijns inziens dan ook goed dat de Europese Commissie initiatieven blijft ontplooiën om de publiekrechtelijke handhaving van productveiligheidsrecht te verbeteren.²²⁹⁷ Voor wat betreft de bevrijdende werking van het volgen van productnormen in verhouding tot de gebruiker van het product heb ik gepleit voor het stellen van hoge eisen aan zo'n verweer tegen gebrekkigheid van de producent in combinatie met een verzwaarde motiveringsplicht onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid en onder de nationale onrechtmatige daad. Voorts moet worden gewaakt voor het verzwaren van de bewijspositie van de gebruiker.²²⁹⁸

²²⁹³ Hoofdstuk 2, nr. 39 resp. hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.2.

²²⁹⁴ Zie nader nr. 280. Waarheidsvinding is het beginsel dat mede ten grondslag ligt aan art. 21 Rv. Het beginsel heeft de laatste jaren volop in de academische belangstelling gestaan als belangrijk beginsel van burgerlijk procesrecht.

²²⁹⁵ Deze overtuiging lijkt thans wel te spreken uit het concept voor het wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, dat het uitvloeisel vormt van het eerdere Hammerstein e.a., *Advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht*, Den Haag: 2017. Zie eerder kritisch o.a. Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/83-89. Een definitief wetsvoorstel was ten tijde van het sluiten van het onderzoek nog niet beschikbaar.

²²⁹⁶ Hoofdstuk 7, nr. 177 en 7.2.4.

²²⁹⁷ Hoofdstuk 2, nr. 71.

²²⁹⁸ Hoofdstuk 7, nr. 184 respectievelijk nr. 232.

In de overige rechtsverhoudingen zou het betrekken van productnormen en het toekennen van privaatrechtelijke remedies op schending ervan in theorie kunnen bijdragen aan de rechtsbescherming en in potentie aan de handhaving van die normen, als een vorm van een *smart mix* van toezicht en handhaving (zie nr. 285 voor nuanceringen).²²⁹⁹

Daarnaast kan het expliciteren van het oordeel, met name waarom een producteis wel of niet relevant is, helpen bij de rechtvaardiging van het al dan niet bieden van rechtsbescherming of het toestaan van private handhaving van Europees recht, in het licht van Europese rechtsbeginselen als effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid. Wijkt een civiele rechter af van een productnorm op grond van argumenten die verband houden met de bijzondere functies van het privaatrecht, dan sterkt dit de legitimiteit van dat oordeel in verhouding tot het Europese recht. Daarbij zou de rechter – zoals gezegd – gebruik kunnen maken van de *Van Schijndel*-toets in het kader van welke toets het gaat om de weging van Europese beginselen tegen nationale (procedurele) beginselen.²³⁰⁰

Bovendien helpt het uitdrukkelijk motiveren van het oordeel waarom de geharmoniseerde norm wel of niet relevant is bij de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling op het gebied van alternatieve regulering.²³⁰¹

Aldus wordt bijgedragen aan het bevorderen van coherentie van het rechtssysteem en de normen daarbinnen, voor zover coherentie mogelijk is. Voor zover dat niet mogelijk is, wordt divergentie van de normen beter gerechtvaardigd.²³⁰²

Een grotere rol van productnormen brengt ook nadelen met zich. Procedures zullen complexer worden; er zal naar verwachting een nog groter beroep worden gedaan op deskundigenbewijs waaraan (ook) de nodige kosten zijn verbonden. De verdere verdieping in de toepasselijke normen in procedures vraagt daarnaast van civiele rechters meer tijd in de voorbereiding en verdere behandeling van de zaak, terwijl diezelfde rechters reeds onder druk staan. In mijn ogen weegt het belang van een goede rechtsbedeling toch zwaarder. Het actief betrekken van productnormen in de privaatrechtelijke geschillenbeslechting draagt daaraan bij. De volgende gezichtspunten kunnen daartoe worden gebruikt.

8.5 GEZICHTSPUNTEN TER BEPALING VAN DE BETEKENIS VAN EUROPESE PRODUCTNORMEN VOOR DE NORMSTELLING IN HET PRIVAATRECHT

274 Algemeen

Om te kunnen beoordelen of en in hoeverre een Europese productnorm relevant is voor normstelling in het privaatrecht, kunnen op basis van voorgaande uiteenzetting de volgende algemene gezichtspunten worden geformuleerd. Ik heb deze geformuleerd als vragen en sub-vragen die partijen

²²⁹⁹ Vgl. Visscher e.a. 2018.

²³⁰⁰ Hoofdstuk 3, nr. 93.

²³⁰¹ Hoofdstuk 4, nr. 126.

²³⁰² Vgl. Asser/*Vranken Algemeen deel*** 1995/191; Vgl. ook Loth 2018, zij het in een volstrekt andere context.

en/of de rechter aan zichzelf of een deskundige zouden kunnen stellen. Bij de vragen is – waar mogelijk – een korte toelichting gegeven, omdat losse gezichtspunten zonder nadere toelichting ambigu kunnen zijn en/of weinig richting geven.²³⁰³ In deze lijst kunnen bestaande privaatrechtelijke gezichtspunten worden herkend, doch deze worden nu gerelateerd aan Europese productnormen. De relevantie van ieder gezichtspunt verschilt per geval en is afhankelijk van de privaatrechtelijke grondslag en de concrete rechtsverhouding waarbinnen de productnorm wordt ingeroepen. Voor concretisering ten aanzien van specifieke rechtsgronden en -verhoudingen verwijs ik graag naar de relevante paragrafen in de hoofdstukken 6 en 7.

De gezichtspunten kunnen worden gebruikt om te kunnen beoordelen of een productnorm de privaatrechtelijke norm zo goed als een-op-een invult, of het naleven of het schenden van een productnorm slechts één van de relevante omstandigheden is of dat een productnorm nauwelijks tot geen gewicht in de schaal legt. Mijns inziens mag de rechter een beroep productnormen waar op grond van de vaststaande feiten in het licht van onderstaande factoren een groot gewicht aan toe komt, niet ongemotiveerd of onvoldoende gemotiveerd naast zich neerleggen.²³⁰⁴

275 Vragen die zien op de productnorm: herkomst, inbedding, toepasselijkheid, inhoud en (verdere) informatieve waarde van de productnorm

- Gaat het om een producteis, een geharmoniseerde norm of een andere soort norm? (Of in een bredere context: ligt de norm vast in een wettelijke eis c.q. technisch voorschrift, verwijst een wettelijke eis naar de normalisatienorm of is het een zuiver private norm?)

Indien het gaat om producteisen of geharmoniseerde normen die hangen onder essentiële eisen uit Europees productveiligheidsrecht, dan mag daar mijns inziens een grotere waarde aan worden gehecht dan aan andere normalisatienormen. Dit is gerechtvaardigd gelet op de waarborgen in het totstandkomingsproces ervan en de controlemechanismen erop na totstandkoming. Het gewicht van een geharmoniseerde norm wordt echter kleiner indien concrete aanwijzingen bestaan dat de procedurele waarborgen uit hoofdstuk 4 zijn geschonden of indien de geharmoniseerde norm om inhoudelijke redenen voor beoordeling van het concrete geval inhoudelijk ongeschikt is (hetgeen volgt uit de gezichtspunten onder nr. 276 e.v.). Normalisatienormen die onder nationale overheidsvoorschriften hangen, zoals het Bouwbesluit, lijken in de praktijk wel meer gewicht toe te komen, hoewel het totstandkomingsproces daarvan met minder waarborgen is omkleed

²³⁰³ Denk aan gezichtspunt iv) in HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*) – of de regel in een sanctie voorziet – dat moet worden gewogen voor het beantwoorden van de vraag of een overeenkomst die tot een verboden prestatie verplicht ook nietig is wegens strijd met de openbare orde ex art. 3:40 lid 1 BW. De aanwezigheid van een sanctie kan pleiten voor nietigheid, doch ook ertegen nu reeds een sanctie aanwezig is.

²³⁰⁴ Vgl. o.a. HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295, m.nt. Lindenbergh (*Liander/Grondroerder*), r.o. 3.7.2 over aansprakelijkheid van de grondroerder voor het niet volgen van de CROW-richtlijn en – zij het minder expliciet – HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*), r.o. 3.11 over wegbeheerdersaansprakelijkheid.

dan dat op Europees niveau.²³⁰⁵ Tegelijkertijd zijn dergelijke waarborgen geen garantie voor de inhoudelijke juistheid van de norm en een deugdelijk beschermingsniveau. Deze twee laatste elementen zijn in buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht belangrijkere factoren dan de vraag of de institutionele waarborgen aanwezig zijn en zijn nageleefd.

- Zijn de productnorm en het specifieke onderdeel daarvan voor wat betreft inhoud en onderwerp ervan op het onderhavige geval van toepassing (het materiële toepassingsbereik van de productnorm)?
Is het antwoord 'nee', dan kan de productnorm in principe niet worden gebruikt, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die een indirecte toepassing of toepassing naar analogie rechtvaardigen (vgl. het voorbeeld van de Duitse ledermachine).²³⁰⁶ In het laatste geval dient de rechter zich terughoudend op te stellen. Hij dient te bezien of de risicoanalyse die aan de productnorm ten grondslag ligt ook opgaat voor andere producten, hetgeen een complexe technische beoordeling vraagt (denk aan het gebruiken van de veelal strenge gesloten producteisen voor cosmetica of speelgoed ter beoordeling van de onrechtmatigheid van medische hulpmiddelen). De wetgever zit naar verwachting in een veel betere informatiepositie ten aanzien van een risicoanalyse op meta-niveau. De rechter beschikt met name over informatie ten aanzien van het concrete geval.
- Is de productnorm temporeel gezien op het onderhavige geval van toepassing (temporele toepassingsbereik)?
Is de norm nog wel up-to-date of is hij achterhaald? Indien hij up-to-date is, dan moet bij zaken die in een verder verleden liggen de vraag worden gesteld of de norm ook op die oudere gevallen van toepassing kan zijn. Indien een norm juist is gebaseerd op voortschrijdend inzicht dat er nog niet was ten tijde van de tekortkoming, het in het verkeer brengen van het product of de onrechtmatige daad, dan dient hier rekening mee te worden gehouden (vgl. het voorbeeld waarin de normalisatienorm niet geschikt werd geacht voor de beoordeling van de conformiteit van een dergelijk oud huis).²³⁰⁷ Op het moment dat de norm achterhaald is, komt de norm – afhankelijk van het kennisniveau dat van een normadressaat mag worden verwacht (nr. 276) – minder gewicht toe.
- Kan het relevante onderdeel van de norm worden aangemerkt als een veiligheidsnorm (aard van de productnorm)?
Voor Europese producteisen kan worden gekeken naar de formulering van de norm en de verdere inbedding in de desbetreffende richtlijn of verordening. Bij gesloten producteisen zijn de onderliggende wetenschappelijke rapportages beschikbaar.²³⁰⁸ Voor geharmoniseerde normen moet worden nagegaan welke essentiële eis ze invullen. Daartoe kan het mandaat en de Annex ZZ of ZA van de geharmoniseerde norm worden geraadpleegd om te kunnen beoordelen welk deel van de geharmoniseerde norm op welk veiligheidsaspect ziet. Voor andere normalisatienormen ontbreekt deze informatie. Voor alle productnormen geldt dat ter duiding van de wetenschappelijke of technische informatie die in de norm is vastgelegd of die aan de norm ten grondslag ligt, de hulp van deskundigen nodig zal

²³⁰⁵ Zie als eerder aangegeven het uitgebreide preadvies van Neerhof: Neerhof 2016, p. 187 e.v.

²³⁰⁶ Hoofdstuk 6, nr. 213.

²³⁰⁷ Hoofdstuk 6, nr. 162.

²³⁰⁸ Hoofdstuk 2, nr. 39.

zijn. Op het moment dat een veiligheidsaspect in het geding is, pleit dit voor sterke betekenis, met name in geschillen over zaak- en letselschade.

- Wat is het veiligheidsniveau van de productnorm c.q. het daarin verdisconteerde kennisniveau? Op welke wetenschappelijke en technische informatie is de norm gebaseerd? Op basis van welke informatie (c.q. bronnen) heeft de risicoanalyse die aan de productnorm ten grondslag ligt plaatsgevonden? Is die informatie dezelfde als de informatie die in het privaatrecht centraal staat, of gaat het om andere informatie? Is de informatie waarop de norm is gebaseerd betrouwbaar?

De Duitse kennisniveaus kunnen voor deze beoordeling behulpzaam zijn. Gaat het om *anerkannte Regeln der Technik* c.q. de *state of the art*, stand van de wetenschap of techniek of een producteis die is vastgesteld uit voorzorg?²³⁰⁹ Het achterhalen van de wetenschappelijke informatie die aan de norm ten grondslag ligt, is met name relevant indien een hoog kennisniveau van de actor of een hoog veiligheidsniveau van het product mag worden verwacht zoals bij aansprakelijkheid van de producent ex art. 6:162 BW of bij productaansprakelijkheid (zie nr. 276). Is de informatie die aan de productnorm ten grondslag gelijk aan de informatie die de actor kende of behoorde te kennen (schuldaansprakelijkheid) of aan de hand waarvan de kenbaarheid en de redelijkerwijs te verwachten veiligheid van het product moet worden beoordeeld (productaansprakelijkheid), dan komt de productnorm in beginsel groot gewicht toe. Op het moment dat nieuwe en betere informatie beschikbaar is, moet worden beoordeeld of die nieuwe of betere informatie destijds ook toegankelijk was voor de laedens. Voor de beoordeling van de kwaliteit van wetenschappelijke kennis kan inspiratie worden geput uit de *Daubert-criteria*.²³¹⁰

- Welke belangen zijn in de norm afgewogen? Welke algemene *cost/benefit*-overwegingen liggen aan de norm ten grondslag (lees: welke keuzes zijn gemaakt in het risicomanagement)?

Voor producteisen zijn de risicoanalyses en de keuzes in het risicomanagement wel te achterhalen.²³¹¹ Voor geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen is dit echter niet transparant.²³¹²

- Welke algemene reguleringsmethode is gekozen in het secundaire EU-recht? Weliswaar maakt de gekozen reguleringsmethode niet dat een productnorm meer of minder gewicht krijgt voor privaatrechtelijke normstelling, maar het kan wel informatie geven over de aard en de omvang van het risico zoals ingeschat door de wetgever.²³¹³

276 Vragen die de productnorm relateren aan de persoon: normadressaat, kennisniveau en indirecte relevantie

- Wie is de normadressaat van de productnorm? Voor wie is hij bedoeld of geschreven?

Europese producteisen krijgen via de bijkomende verplichtingen voor marktdeelnemers een normadressaat, vormen in combinatie met die

²³⁰⁹ Paragraaf 7.3.2.

²³¹⁰ Hoofdstuk 7, nr. 179.

²³¹¹ Hoofdstuk 2, nr. 39.

²³¹² Paragraaf 4.3.2.

²³¹³ Hoofdstuk 2, nr. 37 e.v.

verplichtingen algemeen verbindende voorschriften (AVV's)²³¹⁴ en kunnen dus als 'wet' in de zin van art. 6:162 lid 2 BW worden gekwalificeerd. Daarnaast maken zij de ongeschreven zorgplichten van de diverse marktdeelnemers in de keten, maar vullen deze niet een-op-een in.²³¹⁵

Geharmoniseerde normen zijn niet bindend, maar hebben de strekking om de essentiële eisen die onderdeel zijn van voornoemde AVV's nader in te vullen en kunnen dan ook 'gelaagd' van toepassing zijn. Andere normalisatienormen kunnen – ook indien zij niet vallen onder een wettelijk kader – toch geadresseerd zijn aan bepaalde actoren, maar omdat zij niet bindend zijn, vraagt toepassing van een dergelijke norm om een nadere rechtvaardiging.

- Indien geen sprake is van binding door middel van een algemeen verbindend voorschrift (zoals bij geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen),²³¹⁶ wat rechtvaardigt dan dat een persoon via het ongeschreven recht aan een productnorm is of wordt gebonden c.q. dat deze persoon de productnorm als onderdeel van een voor hem geldende ongeschreven gedragsnorm toch in acht zou moeten nemen (directe toepassing, nrs. 142, 144-146 en 223)?

Mogelijke rechtvaardigingen kunnen zijn: consensus, een eenzijdige verklaring (zoals de *DoC*) of het horen tot een bepaalde beroepsgroep of maatschappelijke kring waarvoor de norm als (beroeps)regel of gebruik kan worden gezien. Daarbij is de mate van professionaliteit van de desbetreffende persoon eveneens relevant. De functie van een rechtspersoon of van een natuurlijke persoon in het maatschappelijk verkeer, al dan niet binnen een organisatie, kan hierbij een rol spelen.²³¹⁷

- Indien geen sprake is van directe toepassing, kan de norm dan toch feitelijk relevant zijn?

Het feit dat de norm iets zegt over risico's waarvoor de persoon verantwoordelijk is terwijl de norm niet direct voor hem is geschreven, pleit voor een indirecte toepassing van de normen, ook al kan van de persoon zelf geen kennis van de norm worden verwacht (vgl. andere kwalitatieve aansprakelijkheden en het hof over de aansprakelijkheid van de school in de zaak *Johanna Kruidhof*).²³¹⁸ Bij deze laatste categorie moet wel goed worden nagedacht over de vraag wat een indirecte toepassing van de norm in een concreet geval rechtvaardigt.

277 Vragen over het relateren van de productnorm aan de privaatrechtelijke gedragsnorm

- In hoeverre mag een wederpartij (in geval van een overeenkomst), dan wel de maatschappij als geheel (in het kader van de maatschappelijke betamelijkheid en redelijkheid en billijkheid) verwachten dat een persoon bepaalde productnormen in acht neemt?

Hetgeen partijen gezien de gedane verklaringen en gedragingen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten is relevant bij de overeenkomst (*Haviltex*), doch de algemene maatschappelijke verwachtingen zijn via art. 6:2 BW

²³¹⁴ Hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

²³¹⁵ Hoofdstuk 7, nr. 195 en paragraaf 7.3.2.4.

²³¹⁶ Hoofdstuk 4, nr. 96 respectievelijk nr. 124.

²³¹⁷ Hoofdstuk 7, nr. 223.

²³¹⁸ Hoofdstuk 7, nr. 227 t/m 230.

relevant in het algehele vermogensrecht (via de redelijkheid en billijkheid in art. 6:248 lid 2 BW en via de maatschappelijke betamelijkheid in art. 6:162 lid 2 BW, vgl. het *meetinstructie*-arrest).²³¹⁹ Om te bepalen welke verwachting gerechtvaardigd is, zou mede gebruik kunnen worden gemaakt van de kennisniveaus die in Duitsland worden gehanteerd.²³²⁰

- Indien de ander c.q. de maatschappij niet mag verwachten dat de persoon deze productnormen in acht neemt, mag dan wel een zeker objectief veiligheidsniveau worden verwacht waar de norm iets over zegt?
Het gebruik van de norm als indirecte meetlat, ijkpunt of toetssteen in plaats van als direct voor een specifieke persoon geldende norm noem ik wel indirecte toepassing.²³²¹
- In hoeverre wist of behoorde de persoon te weten 1) dat het product aan de productnorm diende te voldoen en 2) dat in casu de productnorm was nageleefd of geschonden?
De eerste vraag is met name relevant voor de beoordeling van de onrechtmatigheid respectievelijk de tekortkoming. De tweede vraag is met name relevant voor de beoordeling van de toerekenbaarheid.²³²²

278 Bijzondere factoren die voortvloeien uit het specifieke privaatrechtelijk beoordelingskader

- In het geval van koop: in hoeverre mocht conformiteit met productnormen worden verwacht? In hoeverre beïnvloedt de schending van de norm het normaal gebruik?²³²³
Bij internationale koop onder de CISG mag een koper behoudens bijzondere omstandigheden in beginsel niet verwachten dat een verkoper op de hoogte is van de eisen van het land van de koper. De gezichtspunten uit de rechtspraak onder de CISG kunnen mede bruikbaar zijn bij zuivere internationale B2B-koop onder het Nederlandse kooprecht. Of een product in Europa ‘in de handel’ of ‘op de markt’ is gebracht kan in dit kader een belangrijk argument voor de toepasselijkheid van productnormen zijn.²³²⁴
- In geval van productaansprakelijkheid: in hoeverre zegt de norm iets over de veiligheid die ‘men’ – het grote publiek en de groep potentiële gebruikers in het bijzonder – redelijkerwijs van het product mag verwachten? Welke risicoanalyse en kosten/baten-analyse liggen aan de norm ten grondslag?
Bij vermeende ontwerpgebreken zou het volgen van productnormen gewicht in de schaal kunnen leggen, mits *risk/benefit*-argumenten een rol mogen spelen en de producent als onderdeel van zijn verzwaarde motiveringsplicht aangeeft waarom de norm accuraat en up-to-date is.²³²⁵
- In het geval van gevaarstelling: hoe verhoudt de norm zich tot de overige omstandigheden van het geval en in het bijzonder de overige gezichtspunten bij gevaarstelling, waaronder de te verwachten onoplettendheid of

²³¹⁹ Hoofdstuk 6, nr. 145 (hybride).

²³²⁰ Hoofdstuk 7, nr. 211.

²³²¹ Hoofdstuk 7, nr. 223.

²³²² Hoofdstuk 6, nr. 166 en H7, paragraaf 7.3.1.5 en 7.3.2.4.

²³²³ Hoofdstuk 6, nr. 160.

²³²⁴ Hoofdstuk 6, nr. 159.

²³²⁵ Hoofdstuk 7, nr. 184.

onzorgvuldigheid, de kans op schade, de aard en ernst van de gevolgen en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen? Schrijft de norm voorzorgsmaatregelen voor? Zo ja, zijn deze gevolgd? Welke voorzorgsmaatregelen waren – in aanvulling op de productnorm – redelijkerwijs mogelijk?²³²⁶

Indien een bepaald risico niet door de ex ante normsteller is voorzien, dan valt men volledig terug op het privaatrecht. Indien een bepaald risico door de ex ante normsteller wel is voorzien, kan de weging van algemene belangen door de wetgever en/of het normalisatie-instituut afwijken van de weging van individuele belangen in een concreet geval door de rechter. Is het individuele belang echter in de productnorm verdisconteerd, kan dit een argument vormen om in het ongeschreven recht aan te sluiten bij de geschreven norm en kan de keuze voor coherentie door de civiele rechter beter worden gemotiveerd (vgl. de *stepping stones* op het schoolplein).²³²⁷ Indien een bepaald individueel belang onvoldoende in de belangenafweging door de ex ante normsteller is verdisconteerd, kan dit reden zijn om in het privaatrecht van een andere ongeschreven norm uit te gaan en kan de keuze voor divergentie beter worden gemotiveerd.²³²⁸

- In het geval van misleidende reclame: welke mededeling is gedaan en wat is het verband tussen de norm en de mededeling?

Productnormen zijn direct van toepassing indien de mededeling inhoudt dat productnormen zijn gevolgd zoals in de *DoC* of door CE-markering. Productnormen zijn indirect van toepassing indien de productnorm relevant is voor de vaststelling van een andere eigenschap waarover een mededeling is gedaan (vgl. de mate van uv-bestendigheid van bepaald materiaal).²³²⁹

279 Voor het aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder: de relatie tussen norm, het belang en de schade (relativiteit) en het verband tussen normschending en schade (causaliteit)

- Beschermde de norm waarvoor de productnorm relevant is het belang van de wederpartij? (Relativiteit)

Welke belangen met de norm worden beschermd is een vraag van EU-recht. Of deze belangen evenwel ook om privaatrechtelijke bescherming vragen, hangt mede af van de nationale implementatie en de strekking daarvan. Gaat het om een producteis uit secundair EU-recht dan moeten aan de aanwijzingen voor relativiteit in het licht van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid wellicht niet al te hoge eisen worden gesteld.²³³⁰

- Beschermde de productnorm tegen dit specifieke risico en dit type schade?

Op grond van de wetsystematiek van het productveiligheidsrecht kan schending van een geharmoniseerde norm nooit zelfstandig en direct tot aansprakelijkheid leiden. Een geharmoniseerde norm kan wel informatie geven over de schending van een essentiële eis of kan worden vertaald naar een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die mede afhankelijk is van de overige omstandigheden van het geval. Ook waar relativiteit ten aanzien van het beschermde belang ontbreekt,

²³²⁶ Hoofdstuk 7, nr. 224.

²³²⁷ Hoofdstuk 7, nr. 229.

²³²⁸ Hoofdstuk 7, nr. 224.

²³²⁹ Paragraaf 7.3.1.4.

²³³⁰ Hoofdstuk 7, nrs. 203 en 204.

kan een productnorm van informatieve waarde zijn (indirecte toepassing), mits het risico waartegen de norm beschermt maar voldoende vergelijkbaar is met het risico in casu (vgl. *Vrieling/Ruröde*).²³³¹ Wel dient dan goed te worden nagedacht over de rechtvaardiging hiervan, omdat de norm dan wordt toegepast buiten het materiële toepassingsbereik ervan.

- Op welke wijze beschermt de norm tegen dit type schade? Welke technische methode is gekozen (prestatienorm, procesnorm (kwaliteitssysteem) of testmethode)?²³³²

Een schending van prestatienormen brengt eerder schade met zich. Bij schending van procesnormen en testmethoden dient kritisch te worden bekeken of de normschending wel de oorzaak kan zijn van de schade.²³³³

- Beschermt de norm tegen een specifiek gevaar en heeft degene die zich op schending van deze norm beroept bij betwisting aannemelijk gemaakt dat in het concrete geval dit gevaar zich heeft verwezenlijkt (causaliteit en omkeringsregel)?

De geschonden norm kan een productnorm zijn (directe toepassing) of een norm van ongeschreven recht zijn waarvoor productnormen indirect van betekenis zijn.²³³⁴

8.6 RESTERENDE OBSERVATIES, AANDACHTSPUNTEN EN AANBEVELINGEN

280 Huidige instructiemogelijkheden van de rechter ter zitting, prejudiciële vragen en het vragen om duiding van gebruikte normen door deskundigen

Vanwege het bijzondere karakter van productnormen, de complexiteit, de technische inhoud en de inbedding ervan, blijft een rechter voor de toepassing, de uitleg en de interpretatie van productnormen in grote mate afhankelijk van de voorlichting door partijen en deskundigen. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is immers niet van toepassing en lijkt in dit complexe kader ook praktisch onmogelijk.²³³⁵ Voor de hier onderzochte gevallen betwijfel ik het nut en de noodzaak van het vergroten van de regierol van de rechter, zoals thans het voornemen is met het conceptwetsvoorstel herziening bewijsrecht.²³³⁶ Ik meen dat de rechter thans ex art. 22 Rv al een grote vrijheid en ruime instructiebevoegdheden ter comparitie heeft, waardoor er ruimte is om aan partijen vragen te stellen over eventueel toepasselijke productnormen. Voor zover het partijdebat en de feiten nog geen aanleiding geven om productnormen in het geschil te betrekken maar het

²³³¹ Hoofdstuk 7, nr. 225.

²³³² Hoofdstuk 1, nr. 15.

²³³³ Hoofdstuk 7, nr. 253.

²³³⁴ Hoofdstuk 7, nr. 253 en over indirecte toepassing bijv. nr. 238 **Error! Reference source not found..**

²³³⁵ Art. 25 Rv, zie voor de Europese context nr. 93 en nationale context o.a. nrs. 128 en 172 (indirecte betekenis voor de openbare orde).

²³³⁶ Voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht d.d. 31-05-2018 (Concept) en bijbehorende concept-MvT.

wel een technisch complexe zaak betreft waarin ter zake van andere geschilpunten een deskundigenbericht wordt gelast, kan de rechter ter comparitie of bij de instructie van de deskundige specifieke vragen stellen.²³³⁷ Zo kan de rechter de deskundige vragen, voor zover deze voornemens is Europese productnormen of andere normen in zijn oordeel te betrekken, duidelijk aan te geven en te verklaren waarom hij of zij deze gebruikt of relevant acht (bijvoorbeeld vanwege het toepasselijke wettelijke kader of omdat deze normen de *state of the art* c.q. *anerkannte Regeln der Technik* vormen).

Het is vaste jurisprudentie dat voor de feitenrechter een beperkte motiveringsplicht geldt ten aanzien van de beslissing om de bevindingen van een deskundige te volgen, in welk geval hij kan volstaan met de overweging dat de gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Wel dient hij, in de woorden van de Hoge Raad;

‘bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen, in zijn beslissing zal volgen, alle ter zake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken. De rechter zal op specifieke bezwaren van een partij moeten ingaan als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van de zienswijze van de deskundige.’²³³⁸

Wijkt de rechter echter van het advies van de deskundige af, dan gelden de gewone motiveringseisen in de zin dat de motivering voldoende inzicht moet geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden – waaronder de hogere rechter – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.²³³⁹ Het verdient aanbeveling voor de rechter om, los van specifieke stellingen en bezwaren van partijen, uitgebreider te motiveren waarom het deskundigenbericht wordt gevolgd, zeker indien productnormen onverwacht het deskundigenbericht binnensluipen.²³⁴⁰ Daarbij kan aandacht worden besteed aan de vraag of, en hoe, de door de deskundige aangehaalde productnormen aan de privaatrechtelijke gedragsnormen en vereisten kunnen

²³³⁷ Met ingang van 1 oktober 2019 codificeren art. 88 en 89 Rv bovendien een aantal van de reeds bestaande bevoegdheden van de rechter ter comparitie. Wet van 3 juli 2019 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de ondelinge behandeling in het civiele procesrecht (Spoedwet Intrekking KEI) (*Stb* 2019, 241). Inwerkingtredingsbesluit (*Stb.* 2019, 247).

²³³⁸ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:279, r.o. 3.4.3, onder verwijzing naar HR 9 december 2011, *NJ* 2011/599 (*Flevoziekenhuis*).

²³³⁹ HR 9 december 2011, *NJ* 2011/599 (*Flevoziekenhuis*), r.o. 3.4.5.

²³⁴⁰ Zie voor eerdere kritiek op dit verschil in motiveringsplicht, in navolging van De Groot 2008, De Jong 2016, p. 119 als het gaat om de beoordeling van wetenschappelijk bewijs bij risico-analyses met betrekking tot onzekere risico's.

worden gerelateerd, nu dit naar verwachting de aanvaardbaarheid van de uitspraak en de rechtsontwikkeling ten goede komt.²³⁴¹

Voor een coherente uitleg van EU-recht is nodig dat bij discussies over de uitleg, de inhoud, de strekking en de betekenis van Europese productnormen, het Hof van Justitie wordt geadieerd. Daarnaast is het wenselijk dat het Hof ook Europese productnormen uitlegt indien deze uitleg relevant is voor rechtsvragen die buiten het materiële toepassingsbereik van het desbetreffende instrument liggen. Een aanpak zoals het Hof van Justitie volgde in de zaak *James Elliott* acht ik onwenselijk: in deze zaak ging het niet tot uitleg over, omdat de vragen voorwaardelijk waren geformuleerd.²³⁴² De feitelijke toets aan geharmoniseerde normen en het bepalen van de betekenis voor privaatrechtelijke normstelling is echter aan de nationale rechter.

281 Kenbaarheid van productnormen: de rol van de EU-wetgever, normalisatie-instituten, partijen en de rechter

Een mogelijke verklaring voor de omstandigheid dat productnormen thans nog nauwelijks in rechte worden gebruikt, ligt in de kenbaarheid van productnormen. Het wettelijke kader van het productveiligheidsrecht is slecht toegankelijk, omdat het extreem gelaagd is. Het kader bestaat uit EU-richtlijnen en -verordeningen en daarop gebaseerde nationale wetten zoals de Warenwet en onderliggende regelingen en besluiten.²³⁴³ Het herleiden van de herkomst en inbedding van geharmoniseerde normen is al helemaal een lastige opgave.²³⁴⁴ Het probleem van de kenbaarheid van het recht en in het bijzonder van normalisatienormen wordt in de literatuur al lang onderkend.²³⁴⁵ De kenbaarheid van het productveiligheidsrecht moet worden verbeterd, temeer omdat sprake is een olievlekwerking van normalisatienormen in de door mij onderzochte feitenrechtspraak. Normalisatienormen beïnvloeden allerlei rechtsverhoudingen waar ook niet-normadressaten bij zijn betrokken en worden ook in situaties gebruikt die die wellicht niet voor de hand liggen.²³⁴⁶ Een dergelijke olievlekwerking zou in de praktijk, hoewel dat vooralsnog niet blijkt uit de rechtspraak, in beginsel ook kunnen optreden bij geharmoniseerde normen.

Ten eerste kunnen de EU, de Nederlandse overheid en de Europese en nationale normalisatie-instituten meer doen om het productveiligheidsrecht als geheel en het bijbehorende gelaagde normenkader in het bijzonder toegankelijker te maken. Hoewel een geharmoniseerde norm zowel op de website van de Europese Commissie als in publicatieblad EU is gepubliceerd, is het momenteel een te gecompliceerde legpuzzel om erachter te komen welke

²³⁴¹ Zie voor een voorbeeld van een deskundige die zelf een andere alternatieve norm tot uitgangspunt neemt Conc. A-G Harlief van 18 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:244, onder 3.31 e.v.

²³⁴² Hoofdstuk 3, nr. 83.

²³⁴³ Hoofdstuk 2, nr. 74.

²³⁴⁴ Hoofdstuk 2, nr. 40 en hoofdstuk 4.

²³⁴⁵ Elferink 1998, p. 273; Smits 2015, p. 26; Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies).

²³⁴⁶ Paragraaf 6.2.3, 6.3.3 en 7.3.2.4

geharmoniseerde norm op welke essentiële eis ziet.²³⁴⁷ Om dit te herleiden is mede het mandaat en Annex ZZ of ZA bij de geharmoniseerde norm nodig. Deze onderdelen van de geharmoniseerde norm zijn echter eveneens alleen tegen betaling beschikbaar. De regelingen onder het Bouwbesluit verwijzen expliciet naar normen met nummers, maar dit ontbreekt in het EU-recht. De huidige EU-website bevat wel alle toepasselijke geharmoniseerde normen per instrument, doch niet per essentiële eis.²³⁴⁸ In hoofdstuk 4 heb ik gepleit om (opnieuw) te bekijken of deze normen volledig kosteloos beschikbaar kunnen worden gesteld.²³⁴⁹ Indien dit niet haalbaar blijkt te zijn, zou kunnen worden overwogen in ieder geval de annex bij de geharmoniseerde normen kosteloos beschikbaar te stellen. Blijkens artikel 8 van de nieuwe markttoezichtverordening is de Europese Commissie voornemens de digitale informatievoorziening over productveiligheidsrecht te verbeteren. In dat verband zou het wenselijk zijn als naast digitale portals voor de secundaire instrumenten van EU-recht, ook uitgebreidere kosteloze digitale portals voor normalisatienormen beschikbaar zouden zijn, die mede aan de hand van de EU-wetgeving zijn gecategoriseerd.²³⁵⁰ NEN dient ervoor te waken dat haar eigen businessmodel haar niet weerhoudt op dit punt verder te innoveren. NEN biedt namelijk ook cursussen, seminars en individuele begeleiding aan in de zoektocht door het normenwoud.²³⁵¹ Mijns inziens is het tot op zekere hoogte te billijken dat aan normontwikkeling kosten zijn verbonden die worden doorbelast aan het bedrijfsleven – voor niets gaat de zon op, alsmede dat normalisatie-instituten cursussen voor de toepassing van normen aanbieden. De toegankelijkheid van normen mag echter niet nodeloos complex blijven, zodat hieraan vervolgens geld kan worden verdiend.

Ten tweede dienen partijen die wel een beroep doen op de schending dan wel de naleving van normen de rechter beter voor te lichten over de inhoud, herkomst en achtergrond van die normen.

Ten derde kan de rechter de praktijk en de rechtswetenschap helpen door in zijn uitspraak de normalisatienormen met naam en nummer te noemen, in plaats van in algemene bewoordingen over normalisatienormen te spreken.

²³⁴⁷ Daartoe dienen eerst de toepasselijke richtlijnen en/of verordeningen te worden opgezocht. Vervolgens moeten de toepasselijke essentiële eisen daaruit worden geïdentificeerd. Daarna dienen de toepasselijke geharmoniseerde normen te worden opgezocht, bijvoorbeeld via https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_nl.

²³⁴⁸ https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_nl. Op deze websites zijn sinds 1 december 2018 links naar de *implementing decisions* in het publicatieblad opgenomen, hoofdstuk 4.

²³⁴⁹ Nr. 125.

²³⁵⁰ De normen zijn wel te bestellen via de webshop van NEN, doch binnen dat systeem is niet met één druk op de knop te achterhalen welke normen onder bijvoorbeeld de Richtlijn Speelgoed hangen.

<https://www.nen.nl/NEN-Shop.htm>. Voor sommige gebieden als Medische Hulpmiddelen zijn abonnementen beschikbaar, doch niet voor alle geharmoniseerde gebieden. Vgl. eerder Smits 2015, p. 26 die pleit voor het beter benutten van ICT door de overheid.

²³⁵¹ <https://www.nen.nl/Training-Advies/Advies/Advies-Medische-hulpmiddelen.htm>.

282 Kenbaarheid van privaatrechtelijke trouvailles in het productenrecht

Reeds meerdere auteurs hebben op de impact gewezen die het EU-recht heeft op de coherentie van ons nationale privaatrecht alsmede op de kenbaarheid ervan.²³⁵² Ook in het veld van het productenrecht is dit zichtbaar; naast de Richtlijn Productaansprakelijkheid duiken in de van oorsprong meer publiekrechtelijke instrumenten nieuwe privaatrechtelijke grondslagen op als de aansprakelijkheid van de gemachtigde²³⁵³ en andere maatregelen die de privaatrechtelijke positie van productgebruikers moeten beschermen, zoals een verzekeringsplicht voor de fabrikant van medische hulpmiddelen voor productaansprakelijkheid en voor de patiënt een recht op informatie jegens de autoriteiten.²³⁵⁴ Dit kan de rechtsontwikkeling sturen en politieke impasses die bijvoorbeeld onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid bestaan doorbreken. Dergelijke privaatrechtelijke 'trouvailles' vormen interessante proefballonnen, maar zorgen tegelijkertijd voor fragmentarisch en slecht kenbaar privaatrecht. De oplossingen zijn bovendien niet altijd voldoende doordacht. Binnen de context van het productveiligheids- en aansprakelijkheidsrecht zou de Commissie aan dit soort ontwikkelingen op de website en in de *Blue Guide* bijzondere aandacht kunnen besteden,²³⁵⁵ alsmede in eventuele *guidance* bij productaansprakelijkheid. Het is voorts wenselijk, en met de nieuwe technieken ook goed mogelijk, om ontwikkelingen in de rechtspraak in de hele Unie ten aanzien van deze nieuwe grondslagen te monitoren, hetgeen gebruikt kan worden voor toekomstige *impact assessments* en verder wetenschappelijk onderzoek ter beantwoording van de vraag of dit soort nieuwe initiatieven bredere toepassing moeten krijgen.²³⁵⁶

283 Controle op normalisatie via het civiel recht: een utopische gedachte

De bevindingen uit dit onderzoek zijn tevens relevant voor twee wegen die in de literatuur zijn geïdentificeerd voor controle op normalisatienormen via het privaatrecht.

De eerste route – de aansprakelijkheid van normalisatie-instituten – is in hoofdstuk 4 aan de orde geweest.²³⁵⁷ In dit hoofdstuk zijn argumenten genoemd waarom de drempels voor aansprakelijkheid van normalisatie-instituten zeer hoog zijn. Na de rechtspraakanalyse kunnen daar nog twee argumenten aan worden toegevoegd. Doordat 1) bij de formulering van zorgplichten de eigen verantwoordelijkheid van marktdeelnemers zo centraal staat en 2) de betekenis van de norm in relatie tot het ongeschreven recht

²³⁵² De Graaff & Verheij 2017 en aldaar genoemde auteurs. Zie ook Smits 2015.

²³⁵³ Hoofdstuk 2, nr. 58, hoofdstuk 6, nr. 147 en hoofdstuk 7, nr. 249.

²³⁵⁴ Hoofdstuk 2, nr. 52 respectievelijk nr. 58. Ook de voorgenomen klokkenluidersrichtlijn lijkt een instrument met privaatrechtelijke implicaties, aangezien deze blijkens de considerans mede rechtspersonen moet beschermen tegen (contractuele) represailles als reactie op meldingen van schendingen van EU-recht, waaronder het productveiligheidsrecht, nr. 63.

²³⁵⁵ Hoofdstuk 2, nr. 132.

²³⁵⁶ Vgl. in algemene zin eerder De Graaff & Verheij 2017 die pleiten voor elektronische database op verschillende deelterreinen van het vermogensrecht. Ook zouden volgens hen Europese wetgevingsjuristen inzicht kunnen bieden in wetgeving op de diverse deelterreinen.

²³⁵⁷ Nr. 121.

sterk verwatert in relatie tot de omstandigheden van het geval, is mijn inschatting dat de gevallen waarin een onjuiste Europese productnorm de primaire oorzaak is voor letsel-, zaak- of economische schade, hoogst uitzonderlijk zullen zijn.²³⁵⁸ Door dit causaliteitsprobleem zullen eventuele prikkels die het aansprakelijkheidsrecht zal (kunnen) bieden voor normalisatie-instituten zeer beperkt zijn.

Een andere route van controle op normalisatienormen is die van *indirect judicial review* door de civiele rechter. Schepel merkte op: *'The ultimate paradox of the New Approach is that, in the final analysis, the best guarantees of 'constitutionalism' of standards setting lie exactly in the lack of its clear legal status the critics complain so much about.'* Civiele rechters zouden daartoe naar zijn verwachting de acceptatie in de markt alsmede de totstandkomingsprocedures van normalisatienormen evalueren.²³⁵⁹ Hij wijst dan op rechtspraak van nationale rechters die aan toetsing van normalisatienormen doen. *'Such decentralised judicial review of standards coupled with contextual regulation on the European level, it is submitted, stand a much better chance of promoting thorough deliberation in the European standards bodies than does centralised administrative control.'*²³⁶⁰

Uit de hier onderzochte uitspraken blijkt niet dat expliciet *indirect judicial review* plaatsvindt. Oordelen door de civiele rechter – zoals in Duitsland – dat normalisatienormen verouderd, achterhaald of onjuist zouden zijn, komen niet veel voor. Een kritische evaluatie van normalisatienormen zou natuurlijk impliciet kunnen plaatsvinden: een civiele rechter kan een geharmoniseerde norm of andere normalisatienorm buiten zijn oordeel houden zonder dit te expliciteren, omdat hij bijvoorbeeld meent dat de norm ongeschikt is, niet van toepassing is of omdat hij twijfelt aan de evenwichtige totstandkoming en kwaliteit ervan. Hij kan dit echter ook doen indien hij geen idee heeft wat hij met een dergelijke norm aan moet.²³⁶¹

Nader kwalitatief en kwantitatief onderzoek onder rechters zou hierover meer informatie kunnen geven. Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat de civiele rechter zijn handen reeds vol heeft aan de vaststelling van de feiten en het duiden van de inhoudelijke betekenis van de normalisatienorm in relatie tot die feiten. Doordat hij mede is gebonden aan het partijdebat, dat zelden de juistheid van de norm wat inhoud of totstandkomingsproces betreft aan de

²³⁵⁸ Zie voor een uitzondering mogelijk Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, *JOM* 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*) als besproken onder nr. 166.

²³⁵⁹ Schepel 2005, p. 349.

²³⁶⁰ Schepel 2005, p. 258 en ook kort p. 400. Vgl. Cafaggi 2012, p. 89-95 die drie taken ziet voor nationale rechters in relatie tot *transnational private regulation* namelijk *'enforcement, review and interpretation'*. Cafaggi meent in relatie tot *transnational private regulation* in het algemeen, dat bij de formulering van zorgplichten lagere rechters aan *indirect judicial review* doen, p. 93: *'courts may scrutinize the code and its drafting procedure when deciding if and how it applies to the standard of care in negligence. They may consider not only the substantive content of the standard, but also the procedural rules established for the approval and implementation of the standard.'*

²³⁶¹ Overigens geldt voor alternatieve normen waar expliciet door partijen een beroep op is gedaan, dat deze in beginsel niet geheel mogen worden genegeerd, zie *Reaal/Deventer* over een beroep op CROW-normen ter onderbouwing van opstalaansprakelijkheid als besproken onder nr. 226.

orde stelt, vindt nauwelijks *indirect judicial review* van normalisatienormen in voornoemde zin plaats. Uit het buiten toepassing laten van een normalisatienorm mag mijns inziens niet worden afgeleid dat een rechter een normalisatienorm ‘afkeurt’ en/of haar legitimiteit impliciet afwijst. Ook uit het gebruik van de norm door de rechter kan geen indirecte legitimatie of goedkeuring worden afgeleid.²³⁶² Het voorgaande brengt mijns inziens ook met zich dat voor het verbeteren van de controle op normalisatienormen niet kan worden vertrouwd op het privaatrecht, maar gekeken moet worden naar de normalisatie-instituten zelf, de EU-wetgever en het Hof van Justitie. Hoewel dit niet wetenschappelijk is onderbouwd, lijkt mij aannemelijk dat naast kosteloze publicatie van de normalisatienormen, een beter inzicht in de informatie waarop een norm is gebaseerd, kan bijdragen aan controle op en waardering van die normen.

8.7 HOE NU VERDER?

284 Beantwoorden aan de roep om meer coherentie door harmonisatie?

Een aantal auteurs is van mening dat de afstemming tussen Europees productveiligheidsrecht en het privaatrecht, wat betreft overige verplichtingen en op het punt van normstelling in het bijzonder, sterk tekortschiet. In dat verband is wel betoogd dat met name het contractenrecht nader zou moeten worden geharmoniseerd door de EU-wetgever, dan wel via Europese rechtspraak.²³⁶³ Zo leek Cafaggi in 2009 ervoor te pleiten om ‘*default rules*’ te ontwikkelen voor de contracten tussen marktdeelnemers omdat dit bij zou kunnen dragen aan de productveiligheid.²³⁶⁴ Van Leeuwen betoogt in een artikel uit 2019 dat, daar waar het privaatrecht samenloopt met Nieuwe Aanpak-wetgeving, het onder het harmonisatiebereik van het EU-recht zou moeten worden gebracht.²³⁶⁵ Volgens hem zou meer coherentie tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke product(veiligheids)normen onder de Nieuwe Aanpak kunnen bijdragen aan de werking van de interne markt.²³⁶⁶

In hoofdstuk 3 heb ik uiteengezet waarom het Hof van Justitie mijns inziens op dit moment niet de bevoegdheid heeft om zich uit te laten over het bestaan

²³⁶² Zie anders Cafaggi 2012, p. 93: ‘*If they accept the private standard as an indicator in deciding whether a breach has occurred, recognition and by extension, legitimacy is attached to the private standard. If they don’t, they implicitly decrease its authority, denying its legitimacy*’.

²³⁶³ Cafaggi 2009a, p. 229. Zie ook Verhoeven 2017, p. 581, die ten onrechte pleit voor gelijkstelling van het algemene veiligheidsvereiste uit de RAPV en gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid, p. 588.

²³⁶⁴ Cafaggi 2009a, p. 235 onder verwijzing naar Hodges 2005 p. 132 en 191. Cafaggi merkte over de RAPV eerder op dat deze een ‘*artificial hierarchial model*’ volgt met te veel nadruk op de verantwoordelijkheid van de producent: ‘*When compliance with these duties is evaluated by judges it becomes clear that the inquiry moves to the mechanisms put in place to collect and transmit information.(...) It becomes necessary to explore the structure of the chain to evaluate how individual enterprises cooperate to ensure that duties to monitor and to inform are complied with*. Volgens Cafaggi zou wetgeving meer aandacht moeten besteden aan ‘*network models*’: ‘*Standards relating to the network should thus be defined when the network form is adopted. These standards, which may include joint and several liabilities, should identify minimum rules that parties can specify through contracting*’, Cafaggi 2009a, p. 240.

²³⁶⁵ Van Leeuwen 2019, p. 269.

²³⁶⁶ Van Leeuwen 2019, p. 286 onder verwijzing naar Micklitz 2009, p. 2 e.v.

van concrete privaatrechtelijke rechtsgevolgen en de beschikbaarheid van privaatrechtelijke remedies in geval van schending van productveiligheidsrecht. Nadere afstemming en convergentie zouden daarom ofwel via secundair EU-recht van de Europese wetgever moeten komen, ofwel door de nationale wetgever of rechter moeten worden bewerkstelligd. De Europese wetgever is hiertoe slechts bevoegd indien divergerende normen in de weg staan aan de werking van de interne markt (art. 114 VWEU). Ik betwijfel of dat op dit moment zo is. Om hier meer zekerheid over te hebben is nader empirisch onderzoek nodig. Ook zou moeten worden onderzocht welke factoren en krachtenvelden een rol spelen in de handelsketens, voordat kan worden beoordeeld of aanvullend of dwingend contractenrecht of standaardcontracten überhaupt effect zullen sorteren. Iedere handelsketen is immers weer anders.

De analyse in de hoofdstukken 6 en 7 heeft bovendien laten zien dat de invulling van bijvoorbeeld conformiteit in het kooprecht, de gebrekkigheid bij productaansprakelijkheid en onrechtmatigheid in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van veel meer afhankelijk is, dan het schenden of naleven van productnormen. Het vormt maatwerk uit hoofde van de eigen functies die het privaatrecht vervult. Het al dan niet toestaan van schadevergoeding – meer specifiek het aannemen van relativiteit – is niet alleen afhankelijk van doelmatigheidsoverwegingen in het licht van eventuele handhaving, maar ook van andere factoren zoals de verzekerbaarheid en de beheersbaarheid van aansprakelijkheid (vgl. de diverse doelen van productaansprakelijkheid).²³⁶⁷ Waar het niet-geharmoniseerd privaatrecht betreft, kan divergentie ook zijn ingegeven door rechtscultuur (vgl. bijvoorbeeld de diverse visies in de onderzochte privaatrechtelijke jurisdicties over de vergoeding van *pure economic loss*).²³⁶⁸ In mijn ogen is het wenselijk dat het privaatrecht voor een deel een autonome rol vervult; divergentie is dus tot op zekere hoogte wenselijk. Wat normstelling betreft, blijft partijautonomie in het contractenrecht het uitgangspunt. Buitencontractuele normstelling moet soms verder kunnen gaan, zeker nu de normstelling in het productveiligheidsrecht niet altijd een waterdicht proces is (de vangnetfunctie). Het zou mij niet verbazen dat juist dit vangnet zou kunnen bijdragen aan het consumentenvertrouwen en daarmee aan de werking van de interne markt. Dat vereist overigens wel dat consumenten zich überhaupt van het geldende recht en hun rechtspositie bewust zouden zijn, hetgeen nog maar de vraag is.

Europese productnormen vullen privaatrechtelijke normen slechts zelden een-op-een in. Bovendien gaat het productveiligheidsrecht uit van een bewijsvermoeden bij de *naleving* van geharmoniseerde normen; hierin is de markt regulerende werking van geharmoniseerde normen gelegen. Binnen de door mij geschetste kaders heeft de civiele rechter op dit moment al ruim baan

²³⁶⁷ Hoofdstuk 7, nr. 177.

²³⁶⁸ Hoofdstuk 7, nr. 210 voor Duitsland, nr. 217 voor het VK en nr. 241 voor Nederland.

om met bewijsvermoedens te werken. Die vermoedens zouden echter met name bij *schending* van productnormen moeten worden gehanteerd. Voor productaansprakelijkheid zouden wellicht aanwijzingen over bewijsvermoedens kunnen worden gegeven in een *guidance document*, maar het aannemen ervan behoort tot de nationale procedurele autonomie van de lidstaten.²³⁶⁹ Een dwingend wettelijk vermoeden lijkt niet noodzakelijk en weinig toe te voegen. Het is in dit licht gelukkig dat de EU-wetgever bij de herziening van de richtlijn consumentenkoop gekozen heeft voor het opnemen van het Unierecht, het nationale recht en technische normen als gezichtspunten voor normaal gebruik.²³⁷⁰ Geharmoniseerde Europese bewijsvermoedens van conformiteit bij de *naleving* van geharmoniseerde normen bij onder andere koop in Europese rechtspraak of sectorspecifieke instrumenten raad ik af.²³⁷¹

285 Privaatrechtelijke handhaving van productveiligheidsrecht? Drempels en effecten in theorie en praktijk en de roep om empirisch onderzoek

Daar waar productnormen betekenis krijgen voor privaatrechtelijke normstelling zou in potentie een wereld van privaatrechtelijke handhaving kunnen worden ontsloten.²³⁷² Dit onderzoek heeft een aantal juridische drempels voor privaatrechtelijke handhaving van productnormen blootgelegd.

Duidelijk is dat de volle operationalisering van het in hoofdstuk 2 besproken systeem van het productveiligheidsrecht mede afhankelijk is van de onderlinge contractuele afspraken tussen partijen en het nationale privaatrecht. Doordat de contractuele strekking van de verplichtingen uit hoofdstuk 2 niet vaststaat, zou de partijautonomie – daar waar de naleving van productveiligheidsrecht niet contractueel wordt afgedwongen – een juridische drempel kunnen vormen voor de privaatrechtelijke handhaving van het productveiligheidsrecht. Tegelijkertijd zou partijautonomie daar waar zij bewust door partijen wordt gebruikt ter waarborging van de naleving van productveiligheidsrecht door andere marktdeelnemers, juist aan de naleving en handhaving ervan kunnen bijdragen.

In het buitencontractuele recht lijkt met name de handhaving van producteisen middels ge- en verbodsacties door concurrenten veelbelovend, aangezien zij zich in een betere informatiepositie bevinden ten aanzien van inbreuken dan gebruikers en wellicht zelfs toezichthouders.²³⁷³

De vragen of deze juridische drempels ook in de praktijk aan privaatrechtelijke handhaving in de weg staan en wat de eventuele effecten van het wegnemen van die drempels zou kunnen zijn, zouden empirisch nader moeten worden onderzocht. Daartoe bestaat een groot belang.

²³⁶⁹ Hoofdstuk 7, nr. 199.

²³⁷⁰ Hoofdstuk 6, nr. 160 en art. 7 aanhef van de nieuwe richtlijn dat daar wordt besproken.

²³⁷¹ Hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.2. i.h.b. nr. 157.

²³⁷² Vgl. Weiß 2008, p. 528 vanuit Duits perspectief.

²³⁷³ Vooralsnog met name via de regeling misleidende en vergelijkende reclame, nr. 248. Vgl. in het kader van ander consumentenrecht ook Tigelaar 2017, p. 204 en 205.

Binnen de context van het productveiligheidsrecht is het al dan niet toestaan van privaatrechtelijke handhaving van Europese productnormen een samenspel tussen vier institutionele actoren: de EU-wetgever, het Hof van Justitie, de nationale wetgever ter implementatie van de verplichtingen en het creëren van sancties c.q. remedies daarop, en de nationale (civiele) rechter (voor onze jurisdictie met name onze Hoge Raad). Alle vier de partijen spelen hierin een eigen, (rechts)politieke rol en hebben nadere empirische gegevens nodig om hun rol in te kunnen vullen. Harmonisatie van de civielrechtelijke remedies door de Europese wetgever vraagt om een rechtvaardiging, namelijk bewijs dat discrepanties in de weg staan aan de werking van de interne markt.²³⁷⁴ *Impact Assessments* die hierop ingaan ontbreken vooralsnog.²³⁷⁵ Bij een gebrek aan harmonisatie van remedies functioneert het Hof van Justitie als grensrechter in het kader van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid.²³⁷⁶ Voor het beantwoorden van de vraag of de beperkte toegankelijkheid van remedies voor marktdeelnemers op schending van productnormen in de weg staat aan een effectieve rechtsbescherming, of aan een doeltreffende handhaving van productnormen, werkt het Hof thans met aannames over doeltreffendheid die niet nader zijn gestaafd (denk aan *Muñoz*). Zwijgt het EU-recht, dan heeft de nationale wetgever de keuze of hij privaatrechtelijke remedies openstelt. Vooralsnog besteedt hij weinig aandacht aan deze vraag: EU-wetgeving wordt via statische verwijzing omgezet in Warenwetbesluiten zonder dat daarbij lijkt te worden nagedacht over de privaatrechtelijke implicaties.²³⁷⁷ Zou de nationale wetgever hier langer bij willen stilstaan, dan loopt ook hij tegen een gebrek aan kennis aan over de daadwerkelijke effecten van het al dan niet toestaan van privaatrechtelijke remedies. Op dit moment ligt de bal bij de civiele rechter die, bijvoorbeeld bij beantwoording van vragen over relativiteit, niet alleen aandacht zal willen besteden aan institutionele argumenten, maar ook aan negatieve externaliteiten als het *floodgates*-argument en de verzekerbaarheid van risico's. Voor zover hij de doeltreffendheid als gezichtspunt wil meewegen in zijn beoordeling, is relevant om te weten in hoeverre (dreigende) aansprakelijkheid het gedrag van marktdeelnemers daadwerkelijk beïnvloedt.²³⁷⁸

Ten slotte zou het kunnen zijn dat de huidige werkelijkheid, hoe weerbarstig het privaatrechtelijke kader ook is, nu al voldoende prikkels biedt tot naleving zonder dat daarvoor het thans bestaande privaatrechtelijke kader hoeft te worden aangepast. Voor nader onderzoek vormen voorgaande bevindingen een noodzakelijke voorstap nu de juridische betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling in kaart is gebracht.

²³⁷⁴ Hoofdstuk 2, nr. 37 resp. 72.

²³⁷⁵ Ook in de evaluaties van de Richtlijn Productaansprakelijkheid ontbreken empirische gegevens over B2B-verhoudingen.

²³⁷⁶ Hoofdstuk 3.

²³⁷⁷ Hoofdstuk 2, nr. 73.

²³⁷⁸ Hoofdstuk 7, nr. 204 en nr. 241.

286 Afsluiting

Dit onderzoek geeft de jurist een verdiepende kijk in de wereld van het productveiligheidsrecht en de productnormen. Het laat zien dat de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling van een groot aantal factoren afhankelijk is, waarbij het privaatrecht in deze context een eigen, deels autonome rol vervult. De factoren aan de hand waarvan deze betekenis moet worden beoordeeld, vloeien voort uit een Europeesrechtelijk, institutioneel en privaatrechtelijk perspectief. Zo is vanuit Europeesrechtelijk perspectief het bieden van een prikkel tot naleving in het licht van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming relevant. Vanuit het institutionele kader bezien zijn het naleven van procedurele waarborgen in het totstandkomingsproces van de norm en de controle erop achteraf relevant. Daarnaast zijn er factoren die voortvloeien uit het privaatrechtelijke beoordelingskader, zoals de inhoud, het beschermingsniveau van de norm, de informatie waarop hij is gebaseerd en de kennis van de actor door wie of tegen wie de norm in stelling wordt gebracht. Met name de factoren uit deze laatste categorie, zijn – vanuit het privaatrechtelijke beoordelingskader bezien – van groter gewicht dan de factoren die voortvloeien uit het Europese recht of de institutionele doctrine. De bevindingen van het onderzoek, vertaald naar de gezichtspunten in het bijzonder, kunnen helpen bij een beoordeling van de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling in concrete gevallen en kunnen tot een meer coherente toepassing van productnormen in een privaatrechtelijke context leiden. Hopelijk kunnen zij de rechtspraktijk helpen en voor de Hoge Raad als inspiratie dienen wanneer in de toekomst nadere (rechts)vragen over de afstemming van productnormen en normstelling in het privaatrecht worden voorgelegd, waarmee kan worden bijgedragen aan verdere rechtsontwikkeling. De waarheidsvinding in een steeds complexer wordende maatschappij pleit voor een actiever gebruik door partijen en de rechter van Europese productnormen bij de beantwoording van privaatrechtelijke rechtsvragen. Dat vergroot de druk op de rechter, doch lijkt noodzakelijk en onvermijdelijk in een toch al complexer wordende wereld, als het privaatrecht ter zake de aansluiting niet wil verliezen met de maatschappelijke realiteit.

Voor strakkere contouren en principiële keuzes met betrekking tot de verhouding tussen Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling is het antwoord op de vraag relevant of het privaatrecht kan bijdragen aan het terugdringen van het aantal gevaarlijke producten op de Europese markt. Draagt het bij aan het voorkomen van schade, en zo ja onder welke omstandigheden? Het antwoord op deze vraag is niet alleen relevant voor de EU-wetgever om te kunnen beoordelen of verdere harmonisatie van het privaatrecht in relatie tot productveiligheid nodig is, maar ook voor de nationale wetgever om te kunnen beoordelen of bij de implementatie van productveiligheidsrecht meer privaatrechtelijke remedies expliciet moeten worden opengesteld. Bovendien is het relevant voor de nationale rechter bij de te maken keuzes ten aanzien van de nadere inbedding van Europese

productnormen in privaatrechtelijke normstelling via het ongeschreven recht daar waar de wetgever zwijgt. Voor de beantwoording van die vraag is nader (empirisch) onderzoek nodig, waarvoor deze bevindingen een theoretische basis en een aanzet vormen.

Summary

European Product Standards and Private Law Standard Setting

1 Background, central question and aim of the research.

European product safety law for non-food products has been a focal point for European harmonisation, in support of the establishment of a single European market. From 1985 onwards, positive harmonisation received a significant boost due to the introduction of the so-called New Approach to technical harmonisation. In accordance with this New Approach, product standard setting by the European legislator shifted from rules towards more open standards, the so-called essential requirements. The European legislator decided to use private standardisation within a European legal framework to give substance to these essential requirements. Private standardisation that is drafted within the legal framework of the New Approach and reference to which is published in the European Journal, are known as harmonised standards. Economic operators that decide to adhere to these harmonised standards enjoy the benefit of a legal presumption of conformity that their products meet these binding, essential requirements. Harmonised standards are, *de jure*, perceived to be voluntary. Nevertheless, because of practical restraints for economic operators in providing alternative proof of conformity, in practice, they are experienced as being, *de facto*, binding. In exceptional circumstances in certain product sectors, the EU legislator still uses the old approach consisting of detailed rules on product characteristics. Therefore, different types of European product standards are used in EU law. European product standards form the basis of other legal pre- and post-marketing obligations of economic operators and are embedded in a framework of public enforcement and sanctioning.

Although European law does not differentiate between public and private law, product safety law is often characterised as being (more) public in nature. At the same time, the fact that European product safety standards may produce legal effects in private law or horizontal relationships has been fully recognised in the doctrine. Until now, the extent to which product standards may influence private standard setting and the circumstances this influence is dependent on, have been unclear. In light of this uncertainty, this thesis answers the following research question:

How do European product standards affect the private law duties that economic operators in the supply chain owe to consumers, to each other and to their competitors?

The aim of this research is to raise awareness of the uncharted territory that is European product safety law, at least from a private law perspective. Furthermore, the thesis compiles a catalogue of relevant factors that may

influence the impact and therefore, the significance of European product standards for private law standard setting under Dutch law.

2 European Product Standards and how they are embedded in the European and national legal framework.

The first step in answering this question was to provide an overview of the most important sources of European product safety law – the regulations and directives – and their material scope. Moreover, this chapter provides insight into the drafting process of product rules and essential requirements.

Furthermore, it illustrates the way European product safety law uses product standards in connection with other pre- and post-marketing obligations that shape each economic operator's legal responsibilities and, as is shown later, duties of care. The legal embodiment of these obligations in European and national law, provides a clear indication that European product safety law may be characterised as being more public in nature. Recent developments show however that more hybrid provisions are also being included in new instruments.

3 The scope of harmonisation of product standards and connected obligations and the ambit of protection from a European perspective.

Chapter three discusses three important ECJ cases that provide benchmarks with regard to the scope of harmonisation of European product safety law: *Muñoz/Frumar*, *Schmitt/TÜV* and *James Elliott Construction/Irish Asphalt*. Moreover, it outlines the specific goals and objectives that can be found in the preambles of product safety law that provide some indications with regard to the parties that may derive some form of legal protection from the obligations mentioned therein.

The analysis of case law shows that European product safety law does not appear to result in full harmonisation of private law standards between parties in the supply chain and end users, nor between competitors. The scope of harmonisation with regard to national non-contractual liability appears limited in light of the case *Schmitt/TÜV*. Moreover, in terms of the ruling in the case of *James Elliott Construction/Irish Asphalt*, European product safety law does not harmonise national sales law and the requirements therein as followed from the case *James Elliott Construction/Irish Asphalt*. This implies that the source of the private law right and remedy (under Dutch law: *verbintenis*) is European law in combination with or applied through the framework of national law. At the same time, the application of national law through which an EU obligation may take effect is subject to the principles of equivalence and effectiveness that stem from the joint cases *Rewe* and *Comet*. A 'hybridisation' takes place of national law through which EU law is applied. In the absence of clear guidance from the national legislator, it is up to the national court to let the principle of effectiveness come into effect, in which case, the rule of reason as mentioned in *Peterbroeck* and *Van Schijndel* may be applied. The ECJ functions as a mere 'linesman' in safeguarding the effectiveness. The aims and objectives as

mentioned in the preambles of the product safety instruments provide some indications to national courts as to the parties that may derive some form of legal protection from these obligations and/or may contribute to the enforcement of these through civil proceedings.

4 Preconditions for the significance and weight of harmonised standards.

Chapter four focuses on harmonised standards as a form of private regulation. They are norms of private origin that are used within the European law framework. Private regulation has its own advantages and challenges that, based on the doctrine, may influence its significance and meaning for private law contractual and non-contractual standard setting. Although private standards benefit from the expertise of their developers, there is a risk that standards set by industry are either too flexible or too strict. Especially in the latter case, they could then have an anti-competitive effect and may form disguised cartel agreements. The common core of the Dutch private law theoretical debate on the meaning of private regulation for private law standard setting holds that if traditional democratic legitimacy is lacking or is in doubt, these disadvantages must first be overcome to some extent, if this type of norm is to have any legal effects in a private law context. In assessing the weight of these standards, private law scholars are quick to join their public law counterparts who focus on assessing the procedural safeguards in the process of establishing such standards and the ex-post controls on this type of standard as forms of alternative legitimacy or new forms of governance.

It has long been doubted whether the European standardisation process is covered by sufficient safeguard. The most important criticism has been, *inter alia*, the relatively closed development process. A limited number of stakeholder organisations are permitted to participate, however, they do not have voting rights and are required to pay to be able to participate. Harmonised standards are also copyrighted, which means they are only available for a fee. The audit of the harmonised standards before publication of the reference by the Commission was considered to be an empty shell, due to the lack of expertise on the part of Commission officials. Under the New Approach, officials are assisted in carrying out this audit by advisers known as New Approach Consultants. Until recently, they have come from the ESO's own ranks. Further control mechanisms on harmonised ex-post standards are in place, but nevertheless have their limitations. Based on these downsides, the tone of voice in academic literature in assessing these kinds of standards is often extremely negative.

This criticism has not, however, been without consequence. At European law level, the safeguards under the New Approach have been increasingly improved through a Standardisation Regulation in 2012 and - certainly in the wake of the *James Elliott* ruling - through numerous additional practical measures introduced by the Commission. The participation of certain European interest groups has been codified by this Regulation. For the most part, these interest groups are financially supported by the Commission. Their

participation fees are limited. Improved internal objection procedures have also been introduced within the ESOs. The Commission's control of the harmonised standard has sought to be improved through the use of external consultants.

All in all, a relatively large number of safeguards have now been built in on paper, which means that various stakeholders have a say both during the design phase of the mandate, during the development phase of the standard, and after it has been adopted. Standardisation within this European legal framework is, therefore, not entirely comparable with standardisation at national level or standardisation outside a legal framework within which there are no such checks and balances. For the time being, the weaknesses in the system of standardisation are limited to the non-public access to (information about) the harmonised standard during and after the development process, the high costs for purchasing knowledge by stakeholder organisations, the voting right that is limited to national standardisation bodies and the fact that the official ex-post objection procedure is only open to Member States and to the European Parliament. One of the potential routes that has been suggested for greater control and accountability, namely the liability of ESOs, also seems to offer very limited control over ESOs. Thus, there is still a risk that certain Member States and/or interest groups will be sidelined. But doesn't this risk also exist in government legislation?

While there is room for improvement, the safeguards already in place in the process of creation on and ex-post controls of harmonised standards may be greater than any other form of alternative regulation. In my view, this means that harmonised standards should always be approached with healthy scepticism and in a critical manner, however, they should not always be dismissed as dubious and completely unreliable from the outset.

This does not alter the fact that, also from a private law perspective, the lack of awareness of, and the non-public accessibility to harmonised standards are important obstacles for the application of harmonised standards. After all, a judge cannot consult the standard himself, but instead is dependent on the parties and experts for information. According to many, considering the costs, the lack of knowledge and the time frame of the legislative process, government legislation is not a viable alternative. However, it seems desirable to me to review the extent to which harmonised standards can be made available free of charge.

5 Translating European Product standard into private law standards.

The mantra explaining the relationship between generally binding regulations and private law standards can be phrased as follows: the violation of a legal standard is an important indication of unlawfulness or defectiveness, but compliance does not, by definition, relieve liability. The main justification for this premise is that, generally, the legislator is in a more informed position than the judge when it comes to assessing complex risks, however for various reasons, laws and regulations may fall short. Written standards become

outdated quickly, may contain gaps or may have been created on the basis of incorrect information or under the influence of lobbying (also known as regulatory failure). The idea that private law, to a certain extent, acts as a safety net for public law, is the reason why limited weight is given to compliance with legal *ex-ante* standards. That is why unwritten law may sometimes contain stricter standards and may legitimise stricter standards, based on the specific circumstances of the particular case, to be set by the private law judge. For this reason, amongst other things, the Product Liability Directive has a limited regulatory compliance defence, which forces the producer to look beyond regulation, and which only applies if a regulation actually compels the production of defective products. Furthermore, it is considered that the general balancing of interests made by the legislator need not correspond with the balancing of interests that should be made in an individual case in the light of the specific circumstances of that case. In addition, the restorative function of private law, in particular, the compensatory function of liability law as well as the nature of the compensation remedy, means that the underlying standard in unwritten law need not be the same as in written law, where prevention is the main objective. This is partly the reason that, for example, the Product Liability Directive applies a more open defect criterion as a prerequisite for establishing liability. Therefore, European product standards and private law standards may sometimes connect and coincide yet on other occasions may differ.

In the subsequent chapters, this relationship is studied in depth and emphasis is placed on the private law framework and private law perspective. As the analysis in these chapters shows, the assessment of European product standards from this point of view shifts from an institutional analysis, focusing on such aspects as the attributions of powers and the scope of harmonisation in the light of EU principles and traditional or alternative legitimisation, to a more substantial assessment. This assessment regards the material scope of a standard, its normative content, the information on which it has been based (risk assessment) and the balancing of the interests that the norm has resulted from (risk management). The goal of this assessment is to translate the European product norm to a private law rule or standard of conduct in order to determine its significance for the private law standard.

6 Contractual standards.

This Chapter analyses how European product norms become contractual standards and what the legal consequences are of application of European standards as a contractual obligation. Additionally, it analyses how European product norms may affect other contractual provisions that deviate from the EU law based on the restrictive effect of reasonableness and fairness, the provisions on unfair contract terms and the provisions on nullity based on the violation of the public order.

Contractual standards essentially originate from private autonomy and consensus. Therefore, the primary route for entering a contract is through an

explicit agreement. If an explicit agreement is absent, European product standards may become part of the agreement through contractual interpretation (see also English and German law). Under Dutch law, the well known *Haviltex*-criterion stipulates that for the interpretation of an agreement, one has to look at the meaning which parties may have reasonably given to the provision in light of the circumstances of the particular case and, what they could reasonably expect from one another. It is a subjective-objective criterion. On a theoretical level, the interpretation consists of two phases: 1) the interpretation itself and 2) the filling of gaps based on the law, custom and reasonableness and fairness (or restriction of the application of terms based on unacceptable results in light of reasonableness and fairness). The current academic debate focuses on the question: to what extent do reasonableness and fairness play a role in the first phase? I concur with the authors that see this role as limited (reasonableness and fairness plays second fiddle to the doctrine of will and reliance). In the second phase, European product norms may enter the contract through completion by the law, by reasonableness and fairness or as a result of custom. Due to the limited scope of harmonisation, which excludes sales (*James Elliott*) and the fact that there have not been many indications that the purpose of product safety obligations is to supplement contracts, the preferable route through which European product safety provision may impact on contracts is through reasonableness and fairness. Since reasonableness and fairness is assessed in the light of all the circumstances of the particular case and due to the fact that these circumstances may differ in each case, supplementing a contract on the basis of European product norms may not always take place automatically. In my view, the more a contract is connected to the European legal sphere, based on indications such as, the fact that the product has been placed on the EU market (Chapter 2, nr. 34), delivery is in Europe or the execution of the contract is on European soil and that the contracting parties have their place of business in the EU, the more likely it is that a party could reasonably expect the direct application of EU product standards by its contracting party.

A product standard could be a direct part of a private law standard of conduct in terms of unwritten law, such as, for instance, good craftsmanship (*directe toepassing*). Moreover, although harmonised standards are not binding, they can provide a clear indication as to whether a product complies with binding product regulations. This is what I call layered application (*gelaagde toepassing*). Besides direct application and layered application, indirect application may occur in the case where a product standard gives an objective level of knowledge or information. Here it is debatable whether a product standard is binding. In this case, the standard is not a direct part of a private law standard of conduct, but used as an objective benchmark or point of reference (see for example 'satisfactory quality or fitness for purpose in sales' hereafter).

Previously, Giesen has shown two more hybrid routes that may justify a legal connection or direct application of alternative regulation or non-binding

standards through private law. This is based on the concept of, what he calls, consensus. Firstly, when an association makes alternative regulation binding on its members by virtue of a unilateral declaration. The binding effect then originates the membership and the applicable statutory provisions of the association (see also the Dutch *NVM*-case). Secondly, when a unilateral declaration is made in public by an actor himself (for example through websites, advertisements or indeed the product itself). As I see it, the latter route is extremely important in the context of European product safety law because of the fact that EU law prescribes certain mandatory declarations, such as, the CE-mark and the declaration of conformity through which the manufacturer shows which regulations and directives are applicable and which harmonised standards were followed in making the product. In my opinion, in line with previous arguments made by Menting regarding codes of conduct, a third route may be added here. That is direct application based on consensus in court between parties in light of judicial passiveness. Case law from the lower courts regarding other standardisation norms in private disputes appears to confirm the considerable influence of the (limited) scope of the dispute, as well as the significant weight attributed to (court-appointed) experts.

A specific type of contract that is elaborated upon in this chapter is the sales contract, since this is the most important contract through which products find their way to the European market. Furthermore, European consumer sales law, as well as the national commercial sales law (English, German and Dutch law) is characterised by the fact that the content of the contractual obligations does not only depend on subjective factors but is also determined by taking into account objective factors such as satisfactory quality and fitness for purpose (under EU and Dutch law: *normaal gebruik*). Under Dutch sales law, in the context of the sale of immovable property, the Supreme court considered that, generally, the purchaser may rely on the fact that a build or rebuild of a property was done in line with the construction regulations applicable at the time. In my view, such a principle is also applicable in cases regarding the sale of movable goods, as long as the case has a close connection with the European legal sphere (due to the fact that the buyer and the seller have their offices in Europe and delivery takes place in Europe). Such a principle is especially relevant in cases where one can argue whether breach of a product norm stands in the way of ordinary use (*normaal gebruik*) of a product. At the same time, exceptions to this rule may also apply, for example, based on specific information or indications provided to the buyer, from which it should have been clear that conformity with European product standards could not have reasonably been expected. In my view, the recent revision of the European Consumer Sales directive and article 7(1) thereof, is in line with this approach because it summarises both Union and national law, as well as technical standards, as factors to be taken into account in determining 'ordinary use'. This new article may therefore be positively welcomed.

At the same time, based on a comparison with the CISG, I would like to argue that, in international global trade between commercial parties, such a principle might not apply. In my view, the assessment framework set down in the German *Muscel* case may also be useful under and transposable to Dutch commercial sales law under article 17 para.1, and through contract interpretation. Case law from the lower courts regarding sales law and standardisation shows mostly indirect application of standards.

Applicability of a European product standard makes the standard relevant for the further assessment of the product in cases where performance is demanded, or in light of other possible remedies for breach of contract (6.4.) This is often when the substance of the standard itself and its interpretation becomes relevant. In interpreting the standard itself, more weight should be awarded to objective factors such as the wording of the standard and the annexes. For European harmonised standards, the mandate may also be included, however any other supplementary explanations or comments that are not part of the harmonised standard itself should, according to the ECJ, be excluded. The civil law judge should clearly distinguish between the interpretation of the harmonised standard, which is a matter of EU law, and the interpretation of the contract to which the standard is relevant and the standard of conduct between parties, which is a matter of contract interpretation. In so far as the latter is concerned, established sector practises may also be taken into account.

Regarding fault or imputation (*toerekenbaarheid*), an incorrect European product standard does not stand in the way of imputing a breach to a party if a higher level of knowledge could have been expected from this party. Furthermore, art. 6:77 BW concerns imputation of a breach that is as a result of inadequate auxiliary material, which could lead to imputation, as well as imputation based on public opinion. (*verkeersopvatting*, see for sales *Oerlemans/Driessen*).

Violation of a product standard rarely leads to unacceptable consequences in the light of reasonableness and fairness. Exoneration of liability could be an unfair term in consumer sales in the case of a violation of product safety law, but may be allowed in *B2B*-contracts. Nullity based on violation of the public order or inapplicability of a provision in a certain case based on a violation of product safety provisions will also rarely apply.

7 Non-contractual standards

This chapter discusses the significance of European product standards for non-contractual private law standards.

The first ground for private law standard setting that is discussed stems from the European Product Liability Directive (85/374/EEC, hereafter: the Directive). According to the European Commission, this directive and product safety law have complementary functions. Hence this is why the personal scope and material provisions in the first differ from the latter. The Directive contains a limited number of defences, two of which have been discussed

here. The first is the regulatory compliance defence in article 7(e). It is deemed to be limited because, according to the prevailing views in legal doctrine, it only applies if the origin of the defect lies in a binding but erroneously drafted legal provision. Consequently, it only applies if the manufacturer is compelled by law to manufacture a defective product. This restrictive interpretation is justified by the aforementioned risk of regulatory failure. In addition to the regulatory compliance defence there is the development risk defence. The development risk defence has also been interpreted restrictively by the ECJ in *UK/Commission*. According to the ECJ, the manufacturer must prove that the objective state of scientific and technical knowledge, including the most advanced level of such knowledge, at the time when the product in question was put into circulation, was not such as to enable the existence of the defect to be discovered. In light of this threshold, it is clear that the relevance of European product safety law for this defence is limited. European product norms will more often than not be based on a lower level of knowledge and soon become outdated if this state of scientific knowledge has to be taken into account. However, in some product sectors, like toys and cosmetics, the EU legislator uses very specific product standards with maximum thresholds of substances based on the precautionary principle. In my view, violation of such a standard has the potential to neutralise the discussion on the development risk defence, in the sense that it immediately stands in the way of this defence being successfully invoked.

The core requirement for liability under the Directive is 'defect' or defectiveness. A product is defective if it does not provide the safety that a person is entitled to expect, taking all the circumstances into account. This so-called European consumer expectation test is very openly worded and leaves room for various interpretations. Although the ECJ has provided some benchmarks in the *Boston Scientific*-case, it is still unclear the extent to which the current national interpretations that often allow for some form of cost- or risk/benefit-analysis, especially with regard to design defects, are permitted under the directive. In my opinion, risk/benefit-analyses may be relevant under this criterion because they provide more legal certainty over the frequently cited consideration from the preambles that the directive serves 'a fair apportionment of risk'. Some authors wrongly use this as a criterion for defectiveness. If risk/benefit-analysis is relevant, compliance with European product standards may have some weight in arguing against defectiveness, especially in the case of alleged design defects. Product standards may be taken into account in the assessment of the manufacturer's challenge in respect of alleged defectiveness with reference to European product standards. To prevent the victim having too much of an information disadvantage, the judge may use strengthened obligations to state reasons under Dutch procedural law (*verzwaaarde motiveringsplicht*) by giving the manufacturer the burden of substantiating the accuracy, applicability, content and purport of the product standard as part of his defence. The risk/benefit-analysis at a macro level can then be weighed against the risk/benefit-analysis

at micro/individual level. If the same factors and/or interests have been taken into account, it seems fair that more weight is placed on the standard than on other macro information based on the more informed position of the legislator compared to the judge, who is, of course, bound by the arguments put forward by the parties.

The mirror image, a *violation* of a product standard including a harmonised standard, is a strong indication that a product is defective. It seems to me that it could be a ground for a rebuttable presumption of proof of defectiveness based on law (*vermoeden op grond van een regel van ongeschreven recht*).

From my perspective, the general safety criterion as mentioned under the General Product Safety Directive (GPSD) cannot be fully aligned with the defectiveness test because of the fact that both instruments serve different aims. Nevertheless, the current expert group developing guidance regarding the Directive in light of new technologies could use the criterion from art. 2(b) GPSD as an inspiration to further substantiate the defectiveness in a guidance document. Furthermore, the group might consider including a list, which is mirrored and non-hierarchical compared to art. 3(2) and 3 GPSD (a list of norms, violation of which is a strong indication for defectiveness). Moreover, the product liability directive and the defectiveness thereunder should function as a secondary ground for collective actions regarding injunctions to prevent the level playing field that is created by product safety law to be undermined. Binding product standards from EU directives (after implementation) and regulations appear more suited for private *ex ante* enforcement.

The second ground for non-contractual private standard setting is the unlawful act based on violation of a statutory provision (*strijd met een wettelijke plicht*). Binding product regulations form binding statutory provisions in combination with the other obligations for economic operators which can be found in product safety instruments (cf. Chapter 2), (*algemeen verbindende voorschriften*). Violation of a non-binding, harmonised standard does not constitute a violation of a statutory provision directly but may be a strong indication that such a provision has been violated. The legal presumption of conformity that applies under the New Approach also requires to be applied under this category of unlawful act in the sense that, if applicable, the injured party has to provide evidence to the contrary (*tegenbewijs*) that, notwithstanding the fact there has been compliance with a harmonised standard, an essential requirement as part of a statutory provision has still been violated.

Comparable to English law (*protective scope*) and German law (*Schutzgesetz*), Dutch law requires that both the interests of the injured party, his damage, and the way the damage occurred, fall within the protective scope of a statutory provision (known under Dutch law as *relativiteit*). Both English and German law recognise that product safety provisions aim to protect the private law interests of victims against personal injury and (sometimes) damage to goods, but do not have the aim of protecting businesses and/or pure economic loss. Whether pure economic loss sustained by competitors as

well as other parties in the supply chain falls within the protective scope of product safety standards is a point of debate. The answer whether *relativiteit* under Dutch law is present, requires interplay between the ECJ and the national judge. The aims of the provisions are a matter of EU-law, the choice of remedies a matter of national law. When applying the framework as set out by the Supreme Court in its case law regarding *relativiteit*, it appears that the interests of other parties in the supply chain and their economic losses are not protected by European product safety regulations. European product safety law focuses on the general interests and the national legislator remained silent on this issue during the implementation of these provisions into national law. One could choose not to apply such a high threshold for *relativiteit* under Dutch law, by deriving the protection of individual interests from general interests that are explicitly mentioned in product safety law (public health corresponds with individual health and fair competition with the protection of individual competitors etc.). At the same time, effective legal protection may also be created by viewing the violation of a statutory provision as an extra argument for violation of unwritten law (*correctie Langemeijer*). Under English law, the remedy of damages based on violation of a statutory provision does not require fault. Dutch law however requires imputation (*toerekenbaarheid*). In my view, violation of a statutory duty may be easily imputed to the economic operator based on public opinion (*verkeersopvatting*).

The third ground for non-contractual private standard setting is violation of unwritten law (cf. *negligence* under common law). Under Dutch law, the objective accessibility of the risk (*kenbaarheid*) and the foreseeability of the risk (*voorzienbaarheid*) are important factors in determining the unwritten duty of care of the person concerned. However, in our national law, in contrast to Germany, we do not further classify the type of knowledge that can be expected from the party causing the injury or loss, which can be related to the level of information contained in a particular standard. In Germany, a division in respect of various knowledge levels is made: '*anerkannte Regeln der Technik*;', '*Stand der Technik*' and '*Stand von Wissenschaft und Technik*'. In the light of product safety law, a further level can be added: product requirements established as a precaution (no. 236). This classification may also be useful under national law to translate the content of the product standard and the level of information contained therein into the knowledge that can be expected from a particular party (see Concluding Observation Nos. 276 and 279), as a reason as to why a product standard has more or less significance for private law standard setting. In the Netherlands, case law is developing whereby the assessment factors that are considered relevant by the Supreme Court under unwritten law regarding hazardous negligence are being objectified and being used to fill in requirements under vicarious liabilities. When determining the meaning of other legal standards and standardisation of private law standards in other legal relationships, it has been evident that these standards have been considered indirectly relevant and must often be related to the assessment criteria under hazardous negligence (or outside

hazardous negligence: the criteria for other duties of care). However, in practice, the meaning and application always seems to be indirect, in the sense that, the standard is only one of the relevant factors. The written standard is seldom decisive, be it a statutory provision, permit conditions, other alternative standards or standardisation. The weight of the standard increases as it becomes more concrete. The weight also increases as the standard focuses more on the risk in question and takes account of its possible management (read: the precautions to be taken). See further no. 278.

Regarding the legal relationships that are at the core of this research, the doctrine accepts some consequential, spillover effect of the product liability directive on unwritten law. As mentioned, it is unclear which interpretation of defect the ECJ will give in future. If it is assumed that defect has a spillover effect on negligence in the sense that the criterion of defect fulfils the duty of care under unwritten law, it is plausible that in practice more emphasis will be placed on the requirement of imputation (*toerekenbaarheid*, cf. fault under English law), since the prevailing view is that the duties of care and responsibilities of the various parties in the supply chain differ. Considering the fact that the unwritten obligations of market participants in the chain, other than the manufacturer, towards users are hardly elaborated in the doctrine, inspiration can be drawn from written law to fill in these duties (Chapter 2), as well as from German and English law. In foreign case law, specific circumstances have been mentioned on the basis of which the unwritten duties of care of these actors can also be further developed in the Netherlands. Product standards are of indirect significance for these duties of care. The standard is only a first indication of a violation and is only one of the relevant circumstances of the case. The duty of care of market participants with regard to the interests of other parties in the commercial chain (B2B) is most unclear. Since there appears to be no relativity of the written duties in view of these interests, I believe that there are already good arguments for granting some legal protection to these parties through unwritten law. However, further empirical research is needed to obtain a more complete picture of the actual effects of such liabilities (point 287).

A fourth and fifth ground for private law standards setting in regard of which product safety standards can play a role are unfair commercial practices and misleading advertisements. These grounds can play a role between traders and consumers and competitors respectively. Finally, the liability of the authorised representative under the new Medical Devices Regulation ((EU) 2017/745 is based on violation of product standards by the manufacturer, however this ground remains an ‘odd man out’ in our legal system.

A final requirement that is influenced by private law standards of conduct that can be influenced by product standards is the requirement of a causal link in tort. Product standards may form a ground for application of the so-called ‘rule of reversal’ (*omkeringsregel*) of the burden of proof, which, unlike its name suggests, is not a reversal of the burden of proof but rather a presumption. However, this “rule” may not be applied in cases of standards

based on the precautionary principle where the risk is too uncertain. Other factual presumptions may also be applied when a product standard is violated. The influence of product standards on the assessment of this requirement is nevertheless mostly indirect.

8 Concluding observations

This chapter summarises the findings of the previous chapters and pays special attention to the results of the analysis of case law from the lower courts where standardisation has been relied upon. This analysis has shown the substantial influence of the debate between parties, the complexity of the norms and an important role for experts. Open standards are a gateway to the application of standardisation in private law, however, they are also the cause of a fragmented influence of these norms. The analysis has also shown that standardisation also has effects on other, sometimes unexpected, legal relationships. For the most part, the significance of standardisation is indirect in the sense that the standard does not fill in the private law standard completely. The expectation is therefore that the decision by the ECJ in *James Elliott Construction/Irish Asphalt*, which held that harmonised standards are part of EU law, may contribute to the development of the law because it enlarges control over these norms. However, because of their technical content, the application of standardisation in a private law setting is strongly interwoven with the facts of the case and therefore highly dependent on the initiative of parties to bring these facts and standards to the table in proceedings.

The final chapter also contains an extra normative point of view to the descriptive analysis that has been at the heart of this research as to why it would be desirable to actively include product standards in private law standard setting. This could contribute to the process of establishing the truth and could prevent private law losing connection with an increasingly complex social reality.

The core of the conclusion consists of a list of questions or points for consideration that are relevant in determining the significance of European product standards for private law standard setting. These questions or points can be categorised as, firstly, questions or points that relate to the standard itself (its source and origin, embedment, the scope of its application, its content and the information on which it is based). Secondly, the relationship between the standard and the party causing injury or loss. Thirdly, the connection between the standard and the private law standard of conduct, and finally, special points of considerations that follow from the specific legal ground or assessment framework. With regard to liability law, the relationship between standard, protected interest and damage, and the relationship between the norm violation and the damage, are special points of consideration.

The concluding remarks end with some final points to consider and topics that need further research.

To sum up, this research further opens up the world of product standards to private law scholars. It lists a number of factors that determine the significance of these standards for private law standards that stem from a European, institutional and private law perspective. Private law standard setting fulfils its own autonomous role, however these factors may help to strive towards a more coherent approach. This is important so that private law does not lose its connection with an increasingly complex social reality. Hopefully, this research may contribute to a more active use of standards by parties and be of inspiration to the Supreme Court in the further development of the law.

Annex I – Rechtspraakonderzoek over normalisatienormen

Rechtspraak over normalisatienormen en contractuele normstelling

Hoge Raad en conclusies A-G

HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1971, *NJ* 1996/360, *RvdW* 1996/41 (*Bemico e.a./Cornebo*).
HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2204, *NJ* 1998, 567 (*Bos/Althuisius, Bos/erven Althuisius*).
HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2525, *NJ* 1998/224 (*Slokker Bouwmaatschappij Zoetermeer/Wolvega Panelen*).
HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4914, *NJ* 2001/57 (*Eurofleur Leusden/Rolloos Sörensen*).
Conc. A-G Verkade van 14 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC4492, *RvdW* 2008/322.
HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1773, *RvdW* 2011/729.
HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:337, *RvdW* 2016/337.
HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, *NJ* 2019/21.

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AT1737.
Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2526.
Hof Leeuwarden 22 maart 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV6492.
Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2007.
Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6572, *JBO* 2008/45, m.nt. H.J. Bos, *JM* 2009/3, m.nt. H.J. Bos.
Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD5812.
Hof Arnhem 26 mei 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:257.
Hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2593.
Hof 's-Gravenhage 6 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0330, *NJF* 2010/193.
Hof Amsterdam 14 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6949, *RCR* 2010, 74.
Hof Arnhem 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN5820.
Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, *RCR* 2011/78.
Hof Arnhem 29 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0811.
Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4301.
Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4307.
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8374.
Hof Amsterdam 26 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5471.
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718, *RAV* 2013, 74.
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3452, *JAR* 2013/194.
Hof 's-Hertogenbosch 25 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2441.
Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858, *JAAN* 2013/200.
Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4907.
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8984.
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2014 ECLI:NL:GHARL:2014:6781.
Hof Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:408.
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2841, *JA* 2014/83, m.nt. E. Pans.
Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1058.
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3369.
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243.
Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2771.
Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4079.
Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:606, *RvR* 2015/4.
Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4215, *RCR* 2015/5.
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:340.
Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:310.
Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:606, *NJF* 2015/194.
Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:640.
Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:915, *JM* 2015/153, m.nt. Bos, *JBO* 2015/237 m.nt. Bos, *JBO* 2015/114, m.nt. D. van der Meijden.
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2180.
Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1156.
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4346.
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5070.
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5526.
Hof 's-Hertogenbosch 15 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3586.
Hof 's-Hertogenbosch 15 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:921.

Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5263.
 Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4320.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10514.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2580.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5158.
 Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2028.
 Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3852, AR 2017/5076.
 Hof Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1758.
 Hof Amsterdam 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3023.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8308.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6038.

Rechtbanken

Rb. Zutphen 26 maart 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF6264
 Rb. Breda (vrz.) 23 april 2003, ECLI:NL:RBBRE:2003:AF9189, JAAN 2003/3.
 Rb. Arnhem 4 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2826.
 Rb. Den Haag (vrz.) 6 december 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AR8035.
 Rb. Zwolle-Lelystad 27 juli 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU6978
 Rb. Den Haag (vrz.) 8 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ1827 (Bodemzaak: Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4373), JAAN 2007, 0126.
 Rb. Zutphen 29 november 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ5591.
 Rb. Zutphen 3 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993.
 Rb. Haarlem 17 januari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA3451, B/E 2008/113.
 Rb. Arnhem 24 januari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:AZ9460.
 Rb. 's-Gravenhage 12 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA1255.
 Rb. Maastricht 26 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB4448.
 Rb. Zwolle-Lelystad 14 november 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BD4284.
 Rb. Den Haag 16 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BE9131.
 Rb. Zwolle-Lelystad 11 juni 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD6781.
 Rb. Rotterdam 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG2022, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081015n2.html>, *European Journal of Commercial Contract Law* (2009-1) 41, abstract by Kruisinga (*Eyroflam S.A./P.C.C. Rotterdam B.V.*).
 Rb. Rotterdam (vrz.) 12 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BG9688 (*Gemeente Rotterdam/Interparking*).
 Rb. Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2966 (*Stichting Vivium Zorggroep/Thuasne*).
 Rb. Zwolle-Lelystad 17 februari 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BH7722
 Rb. Rotterdam 25 februari 2009.
 Rb. 's-Hertogenbosch 30 april 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BI6125.
 Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 29 juni 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC1534.
 Rb. Arnhem (vrz.) 24 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ4956.
 Rb. Den Haag (vrz.) 11 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK3117.
 Rb. Zwolle-Lelystad 9 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL0104.
 Rb. Rotterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1244 JHV 2010/107 m.nt H. Ferment (*Interparking/Gemeente Rotterdam*).
 Rb. 's-Hertogenbosch 25 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL8940, *Prg.* 2010/94.
 Rb. Arnhem (vrz.) 29 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM5524, JAAN 2010/58.
 Rb. Den Haag (vrz.) 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4974 (vervolg op Rb. Den Haag (vrz.) 17 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM5665)
 Rb. Rotterdam 1 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9945.
 Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 11 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR4554.
 Rb. Arnhem 25 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8256.
 Rb. Dordrecht 15 juni 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ8251.
 Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, JOM 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*).
 Rb. Arnhem 7 september 2011, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6932.
 Rb. Arnhem 23 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7459.
 Rb. Almelo 19 december 2012.
 Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:2793.
 Rb. Oost-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ7265.
 Rb. Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6059.
 Rb. Amsterdam 15 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2741.
 Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5327.
 Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11075, JM 2013, 158, JBO 2013/164, m.nt. H.J. Bos.
 Rb. Den Haag 25 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15027
 Rb. Overijssel 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2631.
 Rb. Amsterdam 6 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7934.

Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6386.
 Rb. Midden-Nederland (vrz.) 20 december 2013, ECLI onbekend, JAAN 2014/48.
 Rb. Gelderland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:841.
 Rb. Amsterdam (vrz.) 2 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580 JAAN 2014/193.
 Rb. Gelderland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1794, JAAN 2014/68.
 Rb. Den Haag (vrz.) 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761, JAAN 2014/77.
 Rb. Amsterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1075
 Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1440
 Rb. Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1827.
 Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4578, NJF 2014/376.
 Rb. Amsterdam 10 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8117, JM 2015/81.
 Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16818.
 Rb. Amsterdam 24 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8784.
 Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4029.
 Rb. Amsterdam 9 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5843.
 Rb. Rotterdam (vrz.) 10 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:976, JAAN 2016/62.
 Rb. Rotterdam 2 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2070.
 Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2971.
 Rb. Noord-Nederland (vrz.) 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2338.
 Rb. Den Haag 25 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5843.
 Rb. Gelderland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4530.
 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8495.
 Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2415.
 Rb. Gelderland (vrz.) 15 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3450.
 Rb. Gelderland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4112.
 Rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7221.
 Rb. Noord-Nederland (vrz.) 9 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4264.
 Rb. Amsterdam (vrz.) 21 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9375.
 Rb. Amsterdam 20 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3805.
 Rb. Amsterdam (vrz.) 24 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5455.
 Rb. Rotterdam 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8843.
 Rb. Rotterdam 16 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:421.
 Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:346.
 Rb. Noord-Nederland 12 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1975.
 Rb. Rotterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4304.
 Rb. Rotterdam 24 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5104.

Arbitrale vonnissen

RvA voor de Bouw 24 februari 2014, No. 34.501 (gebruik NEN-normen gewoonte in de bouwsector), TBR 2016/192, m.nt. E.M. Bruggeman.
 RvA 7 december 2018, 36.222.

Rechtspraak over normalisatienormen en buitencontractuele normstelling

Hoge Raad en conclusies A-G

HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Losser/Kruidhof).
 HR 12 april 2004, ECLI:NL:HR:2002:AD9112, JBO 2005/341.
 HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463, NJ 2005, 215 (Stichting de Lozerhof/van Duyvenbode-Langen).
 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200, NJ 2007/644, RvdW 2007, 705 (Ouders/MCL)
 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (Knooble/Staat).
 Conclusie Parket Hoge Raad van 22 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY1529 (Stokke stoel).
 HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, NJ 2013/501, m.nt. Hugenholtz (Stokke).
 HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3620, JIN 2015/18, m.nt. C.J.A. de Bruijn.
 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106.
 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176.
 HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772.
 Conc. A-G Harlief van 18 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:244.
 HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:510.
 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:444.

Hoven

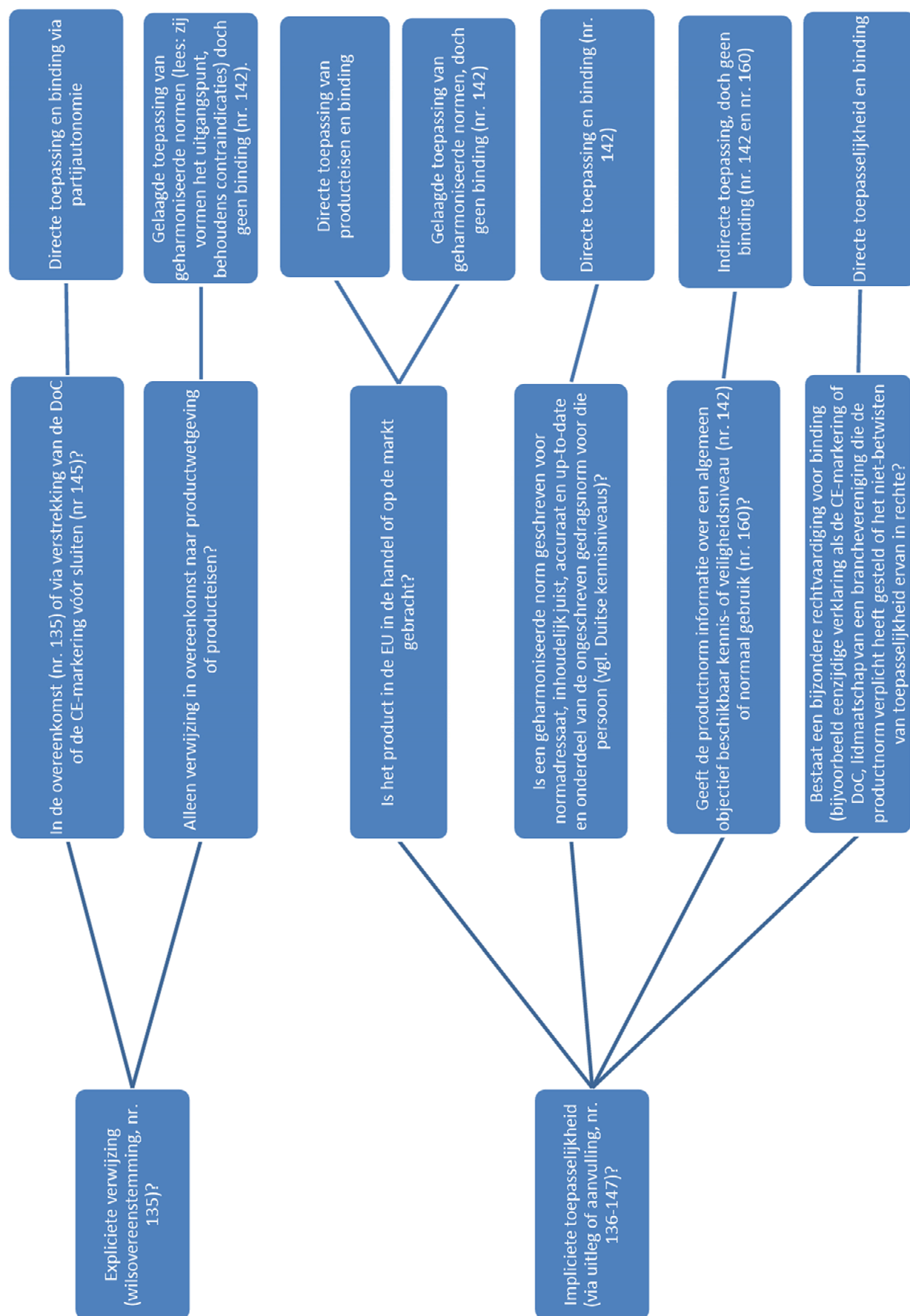
Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4164, JA 2006/95, VR 2007/38.
 Hof 's-Gravenhage 1 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU1864.

Hof Arnhem 19 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9404.
Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8168, RAV 2009,29.
Hof Amsterdam 24 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL4918.
Hof Leeuwarden 3 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4480, JAR 2009, 74.
Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1437.
Hof Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5222.
Hof 's-Gravenhage 8 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3091.
Hof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:243.
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5843.
Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5256.
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6308.
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1697.
Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, NJF 2017/120.
Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5073.
Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1301.
Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3704, *Belastingblad* 2019/35, m.nt. J.A. Monsma.
Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2018, 17/00743 en 17/00744, ECLI:NL:GHSHE:2018:3704, *NTFR*.

Rechtbanken

Rb. Arnhem 22 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO2174 (*Basic Holdings, Glen Duplex/Bouwmaterialenhandel De Heuning*).
Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558.
Rb. Zutphen 23 juni 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AP8627.
Rb. Arnhem (vrz.) 9 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4917.
Rb. Alkmaar 15 december 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AU8188.
Rb. Maastricht 18 augustus 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY8418.
Rb. Arnhem 1 november 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BC4427, *SES* 2008, 10.
Rb. Amsterdam (vzr.) 23 augustus 2007, *TBR* 2008/82.
Rb. Arnhem 12 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC7707.
Rb. Noord-Nederland 12 maart 2009, ECLI:NL:RBNNE:2019:1294.
Rb. Dordrecht 9 december 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6932, *JA* 2010/24.
Rb. Arnhem 22 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1090.
Rb. Den Haag 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8643.
Rb. Amsterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7349.
Rb. Oost-Brabant (ktr., zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 13 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1145.
Rb. Zeeland-Westbrabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2163.
Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3097.
Rb. Gelderland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2014:8176, *JA* 2015/25.
Rb. Midden-Nederland 19 augustus 2015.
Rb. Gelderland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5786.
Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11552.
Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8116.
Rb. Gelderland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4565.
Rb. Noord-Nederland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3827.
Rb. Noord-Nederland 21 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11289.
Rb. Amsterdam 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8388.
Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167.
Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055, *VR* 2018/110.
Rb. Limburg 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8581.
Rb. Noord-Nederland (vrz.) 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2977.
Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, *RVR* 2018/70 (*Pannakooi*).
Rb. Oost-Brabant 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4414.
Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, C/17/149483 / HA ZA 16-161(niet gepubliceerd).
Rb. Den Haag (vrz.) 6 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13142.
Rb. Rotterdam 7 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10074.

Annex II – Schema's behorende bij hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7



Figuur 1 Wijzen waarop Europese productnormen betekenis krijgen voor contractuele normstelling (zie voor concrete gezichtspunten, paragraaf 8.5)



Figuur 2 Wijzen waarop productnormen betekenis krijgen voor buitencontractuele normstelling (zie voor concrete gezichtspunten, paragraaf 8.5)

Literatuurlijst

Handboeken, naslagwerken en monografieën met eigen citeerwijze

Asser, Asser Procesrecht/Asser 3 2017

W.D.H. Asser, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bamberger/Roth 2018

H.G. Bamberger & H. Rott, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2. Auflage*: C.H. BECK 2018.

Bauw, Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken (Mon. BW B47) 2015

E. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken (Mon. BW nr. 47)*, Deventer: Kluwer 2015.

Bernstein 2013

R. Bernstein, *Pure Economic Loss*, London: Sweet & Maxwell 2013.

Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW

R.J.B. Boonekamp, 'Art. 98 BW Causaal verband', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

B.J. Broekema-Engelen, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:77 BW

B.J. Broekema-Engelen, 'Commentaar bij art. 77. Aansprakelijkheid voor gebruikte zaken', in: R.J.Q. Klomp, H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Clerk & Lindsell (2014)

J.F. Clerk e.a., *Clerk & Lindsell on Torts*, London: Sweet & Maxwell 2014.

Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H.

U. Foerste & F. Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch. 3. Auflage*, München: Verlag C.H. Beck oHG 2012.

Giesen, Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht, Deventer Kluwer 2015.

Gruber, MünchKomm/Gruber. 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26

Gruber, *CISG Art. 35 [Vertragsmäßigkeit der Ware]*, München: Verlag C.H. BECK 2019.

Howells & Grubb, The Law of Product Liability (2007)

A. Grubb & G. Howells, *The Law of Product Liability*, London: Butterworths 2007.

Hager, Staudinger/Hager (2009) BGB § 823

J. Hager, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse. §§ 823 E-1, 842, 825 (Unerlaubte handlungen 1 - Teilband 2), Berlin: Sellier-de Gruyter 2009.

Hartkamp & Sieburgh, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6/III* 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Verbintenissenrecht 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Hartkamp & Sieburgh Asser, Hartkamp & Sieburgh 6-VI* 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Verbintenissenrecht 6-IV*. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Hartkamp & Sieburgh, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Verbintenissenrecht 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Hartkamp & Sieburgh, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Heerma van Voss, Asser/Heerma van Voss 7-V 2015

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Hijma, Asser/Hijma 7-I* 2013

Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I*. Koop en Ruil.*, Deventer: Kluwer 2013.

Hijma, Asser/Hijma 7-I 2019

Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Hijma & Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht 2017

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Houben Asser/Houben 7-X* 2015

I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015.

Houben Asser/Houben 7-X 2019

I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Jansen in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW

K.J.O. Jansen, 'I Titel 3 Onrechtmatige daad Artikelsgewijs commentaar', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Klindt/ProdSG (2015)

T. Klindt, *Produktsicherheitsgesetz ProdSG. Kommentar*, München: C.H. Beck 2015.

Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler 2019

H. Köhler, J. Bornkamm & J. Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Beckliche Kurz Kommentare. Band 13a*, München: Verlag C.H. Beck oHG 2019.

Korthals Altes & Groen, Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*: 2015.

Loos, Consumentenkoop (Mon. BW nr. B65b) 2019

M.B.M. Loos, *Consumentenkoop (Monografieën BW nr. B65b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Miller & Goldberg 2004

J. Miller & R. Goldberg, *Product Liability*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Oldenhuis, Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid personen (Mon. BW nr. B46) 2014

F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen aansprakelijkheid voor personen (Monografieën BW nr. B46)*, Deventer: Kluwer 2014.

Oldenhuis, in: GS Onrechtmatige daad

F.T. Oldenhuis, 'Commentaar bij art. 6:173 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

MünchKomm/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823

F.J. Säcker e.a., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6. 7. Auflage. Schuldrecht - Besonderer Teil IV. §§ 705/823*, München: Verlag Beck 2017.

Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5) 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën BW nr. A5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, 7. Aufl. 2019, CISG

Schlechtriem, Schwenzer & Schroeter, *Kommentar zum UN Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München: Verlag C.H. Beck 2019.

Schlössels & Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 1 (HSB) 2017

P. De Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 1. Grondslagen, Begrippen, Normering, Organisatie, Wet- en regelgeving, Uitvoering, Handhaving*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Scholten, Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel. ** Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Schut Asser/Schut 5-I 1981

G.H.A. Schut, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht = Asser serie. 5: Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

Sieburg, Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht* Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Staudinger/Reinhard Singer (2012) BGB

R. Singer, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 1. Buch: Allgemeiner Teil. §§ 90-124; §§ 130-133 (Sachen und Tiere; Geschäftsfähigkeit; Willenserklärung)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2012.

Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Stolker, in: GS Onrechtmatige daad

C.J.J.M. Stolker, 'Afdeling 3. Produktaansprakelijkheid', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Tjong Tjin Tai, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2018.

Valk, Asser/Valk 7-III 2016

W.L. Valk, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel III, Pacht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van den Berg & Van Gulijk, Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-IV 2017

M.A.M.C. Van den Berg & S. Van Gulijk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Nispen, in: GS Onrechtmatige daad

C.J.J.C. Van Nispen, 'afd. 3A Boek 6 BW Oneerlijke Handelspraktijken', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *GS Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Schaick, Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. Van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Schaick, Asser/Van Schaick 7-VIII 2018

A.C. Van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, alijdurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991

C.J. Van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. P. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek : Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering Boeken 3, 5 En 6. Boek 7: Bijzondere Overeenkomsten Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. BW Boek 6 1981

C.J. Van Zeben, J.W. Du Pon & (m.m.v M.M. Olthof), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Verheij, Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4) 2015

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)*, Deventer: Kluwer 2015.

Verheij, Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4) 2019

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Monografieën Privaatrecht 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Verkade, Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame (Monografieën BW nr. B49b) 2011

D.F.W. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame (Monografieën BW nr. B49b)*, Deventer: Kluwer 2011.

Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Monografieën BW nr. B49a) 2016

D.F.W. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Monografieën BW nr. B49a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Vranken, Asser/Vranken 1995**

J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel***, Deventer: Kluwer 1995.

Vranken, Asser/Vranken* 2005**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel.****, Deventer: Kluwer 2005.

Vranken, Asser/Vranken ** 2014**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Vriend, in: GS Verbintenissenrecht 2018

M. Vriend, *Commentaar bij art. 6:248 BW, in: R.J.Q. Klomp, H.N. Schelhaas, Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons, Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-XI 2019

J.H. Wansink, N. Van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2019.

Götting/Hetmank UWG

Götting & Hetmank, *UWG § 3a Rechtsbruch*, München: Verlag C.H. Beck München 2016.

Boeken en tijdschriftartikelen

Abbott & Snidal 2001

K.W. Abbott & D. Snidal, 'International Standards and International Governance', *Journal of European Public Policy* 2001, 8.

Abbott & Snidal 2009

K.W. Abbott & D. Snidal, 'The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State', in: W. Mattli & N. Woods, *The Politics of Global Regulation*, Princeton: Princeton University Press, p. 44-88 2009.

Abbott & Snidal 2010

K.W. Abbott & D. Snidal, 'International Regulation without International Government: Improving IO Performance through Orchestration', *Review of International Organizations* 5(3), p. 315-344.

Acratopulo 2012

J. Acratopulo, 'Product Liability Claims in Contract: Europe', in: A. McDougall & P. Popat, *International Product Law Manual*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2012.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam, UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Akkermans 2011

A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011/72.

Akkermans & Van Dijk 2012

A.J. Akkermans & Chr.H. Van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17.

Alemanno e.a. 2013

A. Alemanno e.a., *Better Business Regulation in a Risk Society*, New York Heidelberg Dordrecht London: Springer 2013.

Ancery 2012

A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

Ancery 2018

A.G.F. Ancery, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht: ook financieel toezichtrecht?', *MvV* 2018, nr. 3, p. 94-99.

Ancery & Krans 2016

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumenten-recht: grensbepaling en praktische kwesties', *AA* 2016, afl. 11, p. 825-830.

Ancery & Pavillon 2014

A.G.F. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *WPNR* 2014/7026.

Armbrüster 2018

Ch. Armbrüster, 'Verbotsnichtigkeit von Kaufverträgen über abgasmanipulierte Fahrzeuge', *NJW* 2018, 3481.

Armstrong 2002

K. Armstrong, 'Mutual Recognition', in: C. Barnard & J. Scott, *The Law of the Single European Market*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2002.

Arts e.a. 2019

C.J.M. Arts e.a., *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie. Preadviezen NJV 2019.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Austin & Milner 2001

M. Austin & H. Milner, 'Strategies of European standardization', *Journal of European public policy* 2001, vol. 8, issue 3.

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

Baldwin & Cave 1999

R. Baldwin & M. Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Baneke & Bremer 2018

M. Baneke & L.L. Bremer, '257. Inkoopmacht platforms: wel macht, geen inkoop?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2018, nr. 5-6, p. 52-58.

Barbier de la Serre & Sibony 2008

E. Barbier de la Serre & A-L. Sibony, 'Expert Evidence before the EC Courts', *CML Rev.* 45: 941-985, 2008.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. KUB), Deventer: Kluwer 1992.

Barendrecht 1998

J.M. Barendrecht, 'Pure Economic Loss in the Netherlands', in: E.H. Hondius & (red.), *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998.

Barendrecht & Duyvensz 2000a

J.M. Barendrecht & J.H. Duyvensz, 'Productenaansprakelijkheid tegenover niet-consumenten (I)', *WPNR* 2000/6390, p. 117-123.

Barendrecht & Duyvensz 2000b

J.M. Barendrecht & J.H. Duyvensz, 'Productenaansprakelijkheid tegenover niet-consumenten (II, slot)', *WPNR* 2000/6391, p. 135-142.

Barents & Brinkhorst 2012

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Barkhuysen 2017

T. Barkhuysen, 'Een wettelijke regeling voor publicatie van rechterlijke uitspraken op rechtspraak.nl', *NJB* 2017/1278.

Barnard 2013

C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Beale e.a. 2015a

H. Beale e.a., *Chitty on Contracts - Vol. I*, London: Sweet & Maxwell 2015a.

Beale e.a. 2015b

H. Beale e.a., *Chitty on Contracts. Vol. II*, London: Sweet & Maxwell 2015b.

Beatson, Burrows & Cartwright 2016

J. Beatson, A. Burrows & J. Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Beck 2012

G. Beck, *Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 2012.

Beckers 2015

A. Beckers, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes. On Global Self-Regulation and National Private law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2015.

Bengoetxea 1993

J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford: Clarendon 1993.

Bentvelzen 2016

F.C. Bentvelzen, 'Zelfregulering curia novit? Over omgang met private regelgeving in Nederlandse civiele overheids-rechtspraak', *RMThemis* 2016-5.

Bergkamp 2016

L. Bergkamp, 'Private Party Standing and EU Risk Regulation. Expanded Standing Rights in the Public Interest.', *EJRR* 2016, p. 557-568.

Betlem 2002

G. Betlem, 'The Doctrine of Consistent Interpretation - Managing Legal Uncertainty', *Oxford Journal of Legal Studies* 2002, Vol. 22, No. 3.

Betlem 2005

G. Betlem, 'Torts, a European *Ius Commune* and the Private Enforcement of Community Law', *The Cambridge Law Journal* 64.

Beumers & Van Boom 2016

M.Th. Beumers & W.H. Van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht', in: M.Th. Beumers, W.H. Van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens. Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)*, Deventer: Kluwer 2016.

Biondi 2003

A. Biondi, 'Case C-253/00, Antonio Muñoz y Cia, Superior Fruticola SA v. Frumar Ltd, Redbridge ProduceMarketing Ltd, Judgment of the Full Court of 17 September 2002, [ECR] 2002 I-7289', *CML Rev.* 2003/40.

Black 1996

J. Black, 'Constitutionalising Self-Regulation', *the Modern Law Review* 1996.

Black 2010

J. Black, 'The Role of Risk in Regulatory Processes', in: R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge, *Oxford Handbook of Regulation*, 2010.

Black 2001

J. Black, 'Decentralizing Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World', *Current Legal Problems* 2001, 54 (1).

Bleeker 2017

Bleeker, 'De knellende criteria van het rechterlijk bevel en verbod', in: F. Van de Pole.a., *Vijftig weeffouten in het BW*, p. 196, Nijmegen: Ars Aequi 2017.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

Bolt & Spier 1996

A.T. Bolt & J. Spier, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', in: A.T. Bolt, J. Spier & O.A. Haazen, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereniging*, jrg. 126, 1996-1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Borghetti 2004

J-S. Borghetti, *La responsabilité du fait des produit. Étude de droit comparé*, Paris: 2004.

Brack & De Ruyter 1993

A. Brack & K. De Ruyter, 'European legal developments in product safety and liability: The role of customer complaint management as a defensive marketing tool', *Intern. J. of Research in Marketing* 10 (1993) 153-164.

Brüggemeier 2006

G. Brüggemeier, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin: Springer 2006.

Brüggemeier e.a. 1991/2010

G. Brüggemeier e.a., 'Examples of Product Safety Legislation', *HanseLR* 2010, Vol. 6, No. 2 (Translation of Chapter II, in: Ch. Joerges (ed.), *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards* - Vol. 2 and 3, EUI Working Paper Law No. 9/11 and 91/12 from 1991)

Brunner 1973

C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: 1973.

Brunsson & Jacobsson 2001

N. Brunsson & B. Jacobsson, *A World of Standards*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Bühler & Tobler 2011

Th. Bühler & Ch. Tobler, *Produktsicherheit in der EU und in der Schweiz*, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristischen Medien AG 2011.

Burrows 1999

P. Burrows, 'Combining regulation and legal liability for the control of external costs', *International Review of Law and Economics* 1999, vol. 19, issue 2, 227-244.

Busch 2012

D. Busch, 'Why MiFID matters to private law - the example of MiFID's impact on an assets manager's civil liability', *Capital Markets Law Journal* 2012, Vol. 7, No. 4, p. 386-413.

Busch 2017

D. Busch, 'De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2017/7175.

Cafaggi 2006a

F. Cafaggi, 'Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space', in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2006.

Cafaggi 2009a

F. Cafaggi, *EUI Working Papers RSCAS 2009/31, Private Regulation in European Private law*, Florence: ROBERT SCHUMAN CENTRE FOR ADVANCED STUDIES 2009.

Cafaggi 2013

F. Cafaggi, 'The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts. New architectures.', *Fordham International Law Journal* 36, 1557-68.

Cafaggi 2006b

F. Cafaggi, 'A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementarities', in: F. Cafaggi, *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Cafaggi 2009b

F. Cafaggi, 'Product safety, private standard-setting and information networks', in: F. Cafaggi & H. Muir Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009.

Cafaggi 2011a

F. Cafaggi, 'New Foundations of Transnational Private Regulation', *Journal of Law and Society* 2011.

Cafaggi 2011b

F. Cafaggi, 'Private Regulation in European Private Law', in: A.S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2011, p. 91-126.

Cafaggi 2012

F. Cafaggi, *Enforcing transnational private regulation: models and patterns*, Cheltenham: Edward Elgar 2012.

Cafaggi & Janczuk 2010

F. Cafaggi & A. Janczuk, 'Private Regulation and Legal Integration: The European Example', *Business and Politics* (2010) 12.

Cafaggi & Iamiceli 2014

F. Cafaggi & P. Iamiceli, 'Supply chains, contractual governance and certification regimes', *Eur J Law Econ* (2014) 37.

Cafaggi & Iamiceli 2017

F. Cafaggi & P. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*', *E.R.P.L.* 2017/3, p. 575-618.

Cafaggi & Muir Watt 2009

F. Cafaggi & H. Muir Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009.

Calabresis 1970

G. Calabresis, *The Costs of Accidents*, New Haven: Yale University Press 1970.

Cane 2002

P. Cane, 'Tort Law as Regulation', *Comm. L. World* 2002, afl. 31, p. 305-331.

Caria 2014

V.Y.E. Caria, 'De (bijzondere) zorgplicht van banken jegens ondernemers bij renteswaptransacties', *O&F* 2014, Afl. 2.

Castermans 2008

A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht, of De eigenschappen van perensap*, Den Haag: Boom 2008.

Castermans 2016

A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik', *AA* 2016, afl. 1, p. 34-40.

Castermans & Den Hollander 2012

A.G. Castermans & P.W. Den Hollander, 'Dwaling tussen privaats- en publiekrecht', *WPNR* 2012/6940.

Cavaliere 2004

A. Cavaliere, 'Product Liability in the European Union: Compensation and Deterrence Issues', *European Journal of Law and Economics* 18 (2004), p. 299 e.v.

Chalmers, Davis & Monti 2014

D. Chalmers, G. Davis & G. Monti, *European Union Law. Text and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

Chao-Duivis 2012

M.A.B. Chao-Duivis, *UAV 2012 toegelicht*: Instituut voor Bouwrecht 2012.

Cherednychenko 2007

O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), Utrecht: G.J. Wiarda Institute 2007.

Cherednychenko 2012

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM Themis* 2012-5.

Cherednychenko 2014a

O.O. Cherednychenko, 'Public Regulation, Contract Law, and the Protection of the Weaker Party: Some Lessons from the Field of Financial Services', *E.R.P.L.* 5-2014.

Cherednychenko 2014b

O.O. Cherednychenko, 'Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?', *E.R.P.L.* 1-2014, p. 37-68.

Colombo & Elia Antonio 2017

C. Colombo & M. Elia Antonio, 'Harmonised technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2017/24 (2), p. 323-340.

Contreras 2017

J.L. Contreras, *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law. Competition, Antitrust, and Patents*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Cox 2007

L.A. Cox, 'Letter to the Editor. Regulatory False Positives: True, False, or Uncertain?', *Risk Analysis* Vol. 27, No. 5 2007 p. 1083-1086.

Craig 2012

P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Craig & De Búrca 2015

P. Craig & G. De Búrca, *EU law: Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Daelemans 1997

C. Daelemans, 'The Legitimacy and Quality of European Standards: The Legitimation of Delegation of Powers and Standard-Setting Procedures', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

De Graaf 2012

T.J. de Graaf, 'Garanties versus nonconformiteit en exoneraties', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2012, p. 33-39.

De Graaff 2016

R. de Graaff, 'De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten', *RM Themis* 2016, 177(4): 202-213.

De Graaff 2019

R. de Graaff, 'Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht', *NTBR* 2019/2.

De Graaff & Verheij 2017

R. de Graaff & D. Verheij, 'Europese verordeningen en Nederlands vermogensrecht', *AA* 2017, p. 988-994.

De Haan e.a. 2019

P. de Haan e.a., *Onderwijseditie Bestuursrecht in De Sociale Rechtsstaat / De Haan, Drupsteen, Fernhout. 2 Rechtsbescherming. Overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

De Hoon & Van Doorn 2013

M.W. de Hoon & C.J.M. van Doorn, 'Inkoopmacht in de supermarktbranche: het civielrechtelijke perspectief', *NTBR* 2013/25.

De Jong 2014

E.R. de Jong, 'Van voorzorgbeleid naar voorzorgplicht', in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: BJu, pp. 225 - 257. 2014.

De Jong 2016

E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss.), Utrecht: Boomjuridisch 2016.

De Jong 2018

E.R. de Jong, 'Tort Law and Judicial Risk Regulation', *EJRR* 2018.

De Mol 2014

M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie* (diss. Maastricht), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999

A.J.C. de Moor-van Vugt & F.J. Van Ommeren, 'Certificering als reguleringsstelsel?', *SEW* 1999/3.

De Sadeleer 2006

N. De Sadeleer, 'The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law', *European Law Journal* 2006, Vol. 12, No. 2.

De Witte 2011

B. De Witte, 'Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order', in: P. Craig & G. De Búrca, *The Evolution of EU law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Den Hollander 2016

P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Leiden: Bju 2016.

Den Hollander 2018

P.W. den Hollander, 'Ambtshalve toetsing en het 'aureool' van de openbare orde bij overeenkomsten in strijd met een wettelijke norm', *MvV* 2018, nr. 10, p. 311-316.

Di Bella 2014

L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

Dommering-van Rongen 1991

L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.

Dommering-van Rongen 2000

L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000.

Dougan 2011

M. Dougan, 'The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing EU Law before the National Courts', in: P. Craig & G. De Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Dougan 2017

M. Dougan, 'Addressing Issues of Protective Scope within the Francovich Right to Reparation', *European Constitutional Law Review* 13: 124-165, 2017.

Dougan 2013

M. Dougan, 'The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships', in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

Drake 2006

S. Drake, 'Scope of Courage and the principle of "individual liability" for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice', *ELRev* 2006, p. 841-864.

Drion 2016a

C.E. Drion, 'De historie van Haviltex', *NJB* 2016, afl. 28, p. 1961.

Drion 2016b

C.E. Drion, 'Product recall', *NJB* 2016/1823.

Du Perron 1999

E. Du Perron, *De overeenkomst en derden: : een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Uva), Deventer: Kluwer 1999.

Duintjer Tebbens 1979

H. Duintjer Tebbens, *International Product Liability - A Study of Comparative Law and International Legal Aspects of Product Liability* (diss.), Alphen a/d Rijn: 1979.

Duyvensz 2010

J.H. Duyvensz, 'Vergoedbaarheid van transactie schade op grond van onrechtmatige daad', *WPNR* 2010/6855.

Ebers, Janssen & Meyer 2009

M. Ebers, A. Janssen & O. Meyer, 'Comparative Report', in: M. Eberse.a., *European Perspectives on Producers' Liability. Direct Producers' Liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress*, Munich: Sellier. European law publishers GmbH 2009.

Egan 2001

M. Egan, *Constructing a European Market: Standards, Regulation and Governance*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Egan & Zito 1997

M. Egan & A. Zito, 'Regulation in Europe and the Globalization of the Economy', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Eijlander & Voermans 2000

P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Eijlander, Evers & Van Gestel 2003

Ph. Eijlander, G.J.M. Evers & R.A.J. van Gestel, 'Certificatie binnen kaders: Naar een verantwoorde en consistente toepassing van certificatie en accreditatie in het overheidsbeleid', *Beleidswetenschap* 17(4).

Eijlander & Voermans 1999

Ph. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Eilmansberger 2004

T. Eilmansberger, 'The Relationship between Rights and Remedies in EC law: in search of the missing Link', *CML Rev.* 2004, 41.

Elferink 1998

M.H. Elferink, *Verwijzing in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 1998.

Eliantonio 2017

M. Eliantonio, 'Judicial Control of the EU Harmonized Standards: Entering a Black Hole?', *Legal Issues of Economic Integration* 44, no. 4 (2017): 395–408.

Engelen 1986

B.J. Engelen, 'De rol van de wettelijke gedragsnorm bij het onrechtmatigheidsoordeel op grond van artikel 1401 BW', *RMThemis* 1986, p. 208-224 (afl. 3).

Engelhard & Giesen 2009

E.F.D. Engelhard & I. Giesen, *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Blj 2009.

Engelhard 2017

E.F.D. Engelhard, 'Wetgever, pas op! De (vrijwel) autonome auto komt eraan', *AA* 2017/3, p. 230-236.

Fagotto 2015

E. Fagotto, *Industry Food Safety Standards: Public and Private Interest in Food Safety* (diss. EUR), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2015.

Fairgrieve 2005

D. Fairgrieve, *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Fairgrieve & Howells 2006

D. Fairgrieve & G. Howells, 'General Product Safety - a Revolution Through Reform?', *MLR* (2006) 69 (1).

Fairgrieve e.a. 2016

D. Fairgrieve e.a., 'Product Liability Directive', in: P. Machnikowski & e.a., *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia 2016.

Fairgrieve, Howells & Pilgerstorfer 2013

D. Fairgrieve, G. Howells & M. Pilgerstorfer, 'The Product Liability Directive: Time to get Soft?', *JETL* 2013; 4(1).

Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017

D. Fairgrieve & M. Pilgerstorfer, 'European Product Liability after Boston Scientific: An Assessment of the Court's Judgment on Defect, Damage and Causation', *E.B.L.R.* 2017, Vol. 28, Issue 6, p. 879-910.

Falke 1997

J. Falke, 'Achievements and Unresolved Problems of European Standardisation', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integration of Scientific Evidence in Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Falke 2000

J. Falke, *Rechtliche Aspekten der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA. Band 3 Deutschland*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2000.

Falke & Joerges 1991/2010a

J. Falke & Ch. Joerges, 'The New Approach to Technical Harmonisation and Standards, its Preparation through the ECJ Case Law on Articles 30, 36 EEC and the Low-Voltage Directive, and the Clarification of its Operating Environment by the Single European Act', *HanseLR* Vol. 6, No. 2 (Translation of Chapter IV, in Ch. Joerges (ed.), *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards* - Vol. 4 EUI Working Paper Law No. 91/13 of 1991)

Falke & Joerges 1991/2010b

J. Falke & Ch. Joerges, 'The "traditional" law approximation policy approaches to removing technical barriers to trade and efforts at a "horizontal" European product safety policy', *HanseLR* Vol. 6, No. 2 (Translation of Chapter IV, in Ch. Joerges (ed.), *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards* - Vol. 4 EUI Working Paper Law No. 91/13 of 1991).

Faure 2000

M Faure, 'Product Liability and Product Safety in Europe: Harmonisation or Differentiation?', *KYKLOS* 2000, Vol. 53.

Faure 2014

M Faure, 'The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice', *Journal of Risk Research* 2014, Vol. 17, No. 6.

Faure & Visser 2015

M. Faure & L.T. Visser, 'Een rechtseconomische visie op de collectieve actie', in: M. Faure & L.T. Visser, *Collectieve acties. Preadviezen VBR 2015*, Paris: Zutphen 2015.

Faure 2004

M. G. Faure, 'Productaansprakelijkheid in Europa: kritische rechtseconomische reflecties', *AV&S* 2004/2.

Faure & Hartlief 2002

M. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

Faure, Visscher & Weber 2016

M. Faure, L.T. Visscher & F. Weber, 'Liability for unknown risks - A Law and Economics Perspective', *JETL* 2016; 7(2); 198-228.

Faure & Vos 2003

M. Faure & E. Vos, *Juridische afbakening van het voorzorgsbeginsel: mogelijkheden en grenzen*, Den Haag: Gezondheidsraad 2003.

Foss Hansen, Krayen von Krauss & Thickner 2007

S. Foss Hansen, M.P. Krayen von Krauss & J.A. Thickner, 'Response to "Regulatory False Positives: True, False or Uncertain?"', *Risk Analysis* Vol. 27. No. 5 2007.

Foss Hansen & Thickner 2013

S. Foss Hansen & J.A. Thickner, 'The precautionary principle and false alarms - lessons learned', in: EEA Report No 1/2013, *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation (2nd report)*, p. 17-46, 2013.

Franken 2010

A.Ch.H Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht - een verkenning', *AV&S* 2010/25.

Galland 2013

J-P. Galland, 'The difficulties of Regulating Markets and Risks in Europe through Notified Bodies', *EJRR* 2013, nr. 3, p. 365-373.

Gambelli 1997

F. Gambelli, 'Technical Standardisation in France', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Garcia-Martinez, Verbruggen & Fearne 2013

M. Garcia-Martinez, P.W.J. Verbruggen & A. Fearne, 'Risk-based approaches to food safety regulation: what role for co-regulation?', *Journal of Risk Research* 2013, Vol. 16 nr. 9.

Geddes 1992

A. Geddes, *Product and service liability in the EEC*, London: Sweet & Maxwell 1992.

Geradin 2017

D. Geradin, 'European Union Competition Law, Intellectual Property Law and Standardization', in: J.L. Contreras, *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Giesen 2001

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Bju 2001.

Giesen 2004

I. Giesen, 'A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband (oratiebespreking)', *RM Themis* 2004-2.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2007

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht (Monografieën Privaatrecht nr. 8)*, Deventer: Kluwer 2007.

Giesen 2008

I. Giesen, 'De omgang met en handhaving van 'meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels': een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 2008/6772, p. 785-792.

Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard & e.a., *Handhaving van en door het privaatrecht. Veftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Bju 2009.

Giesen 2010

I. Giesen, 'The development of products liability in the Netherlands', in: S Whittaker & (ed.), *The Development of Product liability*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Giesen 2014

I. Giesen, 'Over 'oude' gedachten die niet zomaar voorbij gaan: voortschrijdend inzicht inzake Bewijs en aansprakelijkheid?', *VR* 2014/13.

Giesen 2018

I. Giesen, '(Zelf)regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een "ReL"?', *NTBR* 2018/5.

Giesen e.a. 2009

I. Giesen e.a., *Aansprakelijkheid in internationaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie.* : Rapport Ministerie van Financiën 2009.

Giesen & Maes 2014

I. Giesen & K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27.

Glinski 2008

C. Glinski, 'Bridging the Gap: The Legal Potential of Private Regulation', in: O. Dilling, M. Herberg & G. Winter, *Responsible business : self-governance and law in transnational economic transactions*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 2008.

Goldberg 2013

R. Goldberg, *Medicinal Product Liability and Regulation*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

Hage 2017

R. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hartkamp 2010

A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht*, (inaugurele rede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Hartlief 2001

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van de verkoper ter zake van non-conformiteit. Noot bij HR 27 april 2001, *RvdW* 2001, 96', *AA* 2001/12.

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 2004, afl. 6564 (themanummer *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*), p. 106-118.

Hartlief 2007a

T. Hartlief, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen bij het preadvies van prof. mr. I. Giesen', *NJB* 2007/1109.

Hartlief 2015

T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: J. Spiere.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, *SBR* 5, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Hartlief 2017

T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB* 2017/1753, afl. 32.

Hartlief 2007b

T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!', *NJB* 2007, 915.

Hartmannsberger & Herzig 2016

R. Hartmannsberger & A. Herzig, 'Wettbewerbsrechtliche Folgen von Verstößen gegen formale Produkthanforderungen', *GRUR-RR* 2016, 433.

Havinga 2006

T. Havinga, 'Private Regulation of Food Safety by Supermarkets', *Law & Policy* 28(4), p. 515-533.

Heeres 2015

H.L. Heeres, 'Warenwet', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2015.

Henderson & Twerski 1998

J.A. Henderson & A.D. Twerski, 'What Europe, Japan and Other Countries Can Learn from the New American Restatement of Products Liability', *Texas International Law Journal* 1998, Vol. 34:1, p. 1-20.

Hermes 2009

J. Hermes, *Wechselwirkung zwischen Produktsicherheitsrecht und Produkthaftungsrecht. Am Beispiel der Pflichtenkreise, der Haftung und des Umfangs des Produktrückrufs*, Hamburg: Verlag Dr. Kovač 2009.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999.

Hiemstra 2018

J.M. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (Recht en Praktijk nr. CA 19)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Hiemstra & Wallheimer 2010

M. Hiemstra & M. Wallheimer, 'Wie is er bang voor de tandarts? Handhaving van de Geneesmiddelenwet: duidelijkheid gewenst', *JGRplus* 2010.

Hilson & Downes 1999

Ch. Hilson & A. Downes, 'Making sense of rights: Community Rights in E.C. law', *ELRev* 1999, 24 (2).

Hirsch Ballin 1998

E. Hirsch Ballin, 'De stroom van het recht', in: W. van den Burg & F.W.A. Brom, *Over idealen. Het belang van idealen in het recht, moraal en politiek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 91-101.

Hodges 1993

C. Hodges, *Product liability. European laws and practice*: 1993.

Hodges 2010

C. Hodges, 'The Regulation of Medical Products and Medical Devices', in: A. Grubb, J. Laing & J. McHale, *Principles of Medical Law*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Hodges, Benöhr & Creutzfeldt-Banda 2012

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

Hodges, Tyler & Abbott 1996

C. Hodges, M. Tyler & H. Abbott, *Product Safety*, Sweet & Maxwell: London 1996.

Hodges 2005

Ch.J.S. Hodges, *European Regulation of Consumer Product Safety*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Hoenkamp 2015

R.A. Hoenkamp, *Safeguarding EU Policy Aims and Requirements in Smart Grid Standardisation* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2015.

Hofman 2014

C. Hofman, *Öffentlich-rechtlich statuierte Produktbeobachtungspflichten als Mittel der Sicherheitsgewährleistung im Produkt-, Stoff- und Technikrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2014.

Hofmann, Rowe & Türk 2011a

H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, '25. Judicial Supervision', in: H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Hofmann, Rowe & Türk 2011b

H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, 'Delegation and the European Union Constitutional Framework', in: H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Hofmann, Rowe & Türk 2011c

H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, 'Subordinate Legislation', in: H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Hofmann, Rowe & Türk 2011d

H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, 'Rulemaking by Private Parties', in: H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Hood, Rothstein & Baldwin 2001

Hood, Rothstein & R. Baldwin, *The Government of Risk : Understanding Risk Regulation Regimes*: 2001.

Houben 2013

I. Houben, 'Toepassing van het contractenrecht in gereuleerde sectoren, alias 'regulatory contract law'', *WPNR* 2013/6998, p. 1085-1091.

Howells 1998

G. Howells, *Consumer Product Safety*, Aldershot, UK: Ashgate 1998.

Howells 2000

G. Howells, 'The Relationship Between Product Liability and Product Safety - Understanding a Necessary Element in European Product Liability Through a Comparison with the U.S. Position', *Washburn Law Journal* 2000, Vol. 39.

Howells 2008

G. Howells, 'Is European product liability harmonised? ', in: H. Kozion & R. Schulze, *Tort Law of the European Community*, Wenen/New York: Springer 2008.

Howells 2009

G. Howells, 'Product Liability for Nanotechnology', *J Consumer Policy* (2009) 32:381-391.

Howells 2014a

G. Howells, 'Chapter 25. Product Safety - A Model for EU Legislation and Reform', in: K. Purnhagen & P. Rott, *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Switzerland: Springer International Publishing 2014.

Howells 2014b

G. Howells, 'European Consumer Law', in: C. Barnard & S. Peers, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Jans 2013

J.H. Jans, 'Chapter 17. The Netherlands', in: J.H. Jans, R. Macrory & A-M Moreno Molina, *National Courts and EU Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2013.

Jansen & Duyvensz 2001

C.E.C. Jansen & J.H. Duyvensz, 'Productenaansprakelijkheid en voorgeschreven ondeugdelijk materiaal sinds het Moffenkit-arrest', *NTBR* 2001, p. 402-40.

Jansen 2007

K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW', *NTBR* 2007/6.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2012.

Jansen 2018

K.J.O. Jansen, 'Hoe luiden de kelderluikfactoren?', *NTBR* 2018/14.

Joerges 1991/2010

Ch. Joerges, 'Product Safety, Product Policy and Product Safety Law', *HanseLR* 2010, Vol. 6 No. 2 (Translation of Chapter 1, in: Joerges, Ch. (ed.), *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards* - Vol. 1, EUI Working Paper Law No. 91/10 from 1991).

Joerges 1997

Ch. Joerges, 'Scientific Expertise in Social Regulation and the European Court of Justice', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Joerges 2001

Ch. Joerges, 'Law, Science, and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level - Stories on Baby Dummies, Mad Cows and Hormones in Beef', *7 Columb. Journal of European Law* (2001).

Joerges, Ladeur & Vos 1997

Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making. National Traditions and European Innovations*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Joerges & Micklitz 1991/2010

Ch. Joerges & H-W. Micklitz, 'The need to supplement the new approach to technical harmonisation and standards by a coherent European product safety policy', *HanseLR* 2010, Vol. 6, No. 2 (Translation of Chapter V, in: Ch. Joerges (ed.), *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards* - Vol. 5, *EUI Working Paper Law No. 91/14* from 1991).

Joerges, Schepel & Vos 1999

Ch. Joerges, H. Schepel & E. Vos, *EUI Working Paper LAW No. 99/9. The Law's Problems with the Involvement of Non-Governmental Actors in Europe's Legislative Processes: The Case of Standardisation under the 'New Approach'*, Florence: European University Institute, Department of Law 1999.

Kaplow 1992

L. Kaplow, 'Rules versus Standards: An economic analysis', *Duke Law Journal* 42(3), 557-629.

Katan 2018

B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Keirse 2014

A.L.M. Keirse, 'Richtlijn 1985/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Keirse 2015a

A.L.M. Keirse, 'Onrechtmatige overheidsdaad', in: J. Spiere.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding. SBR-5*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Keirse 2015b

A.L.M. Keirse, 'Productaansprakelijkheid', in: J. Spiere.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Keirse 2017

A.L.M. Keirse, 'Schadevoorkomingsclaims', *Letsel & Schade* 2017/2, p. 6-8.

Keirse & Van den Berg 2002

A.L.M. Keirse & P.A.J. van den Berg, 'Beantwoording rechtsvraag (298) Verbintenissenrecht. Productaansprakelijkheid en consumentenkoop: samenloop en kanalisatie', *AA* 2002/51.

Kip Viscusi 1991

W. Kip Viscusi, *Reforming Products Liability*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1991.

Klik 2008

P. Klik, *Conformiteit bij koop*, Deventer: Kluwer 2008.

Klinke & Renn 2002

A. Klinke & O. Renn, 'A New Approach to Risk Evaluation and Management: Risk-Based, Precaution-Based, and Discourse-Based Strategies', *Risk Analysis* Vol. 22, No. 6, p. 1071-1094.

Klinke & Renn 2001

A. Klinke & O. Renn, 'Precautionary principle and discursive strategies: classifying and managing risks', *Journal of Risk Research* 2001 4:2, p. 159-173.

Kloepfer 2011

M. Kloepfer, 'Instrumente des Techniksrecht', in: R. Schroeder & M. Schulte, *Handbuch des Techniksrecht*, Heidelberg: Springer 2011.

Knight 1921

F.H. Knight, *Risk Uncertainty and Profit*, Boston: Hart, Shaffner and Marx 1921.

Kolstad, Ulen & Johnston 1990

C.D. Kolstad, T.S. Ulen & G.V. Johnston, 'Ex Post Liability for Harm vs Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or complements?', *American Economic Review* (1990) 80, p. 888 e.v.

Komninos 2002

Komninos, 'New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage Crehan and the Community right to damages', *CML Rev.* 2002, 39, p. 447-487.

Korthals Altes 2005

E. Korthals Altes, 'De wereld van J.B.M. Vranken Een vervolg (I en II, slot)', *WPNR* 6643, p. 890 e.v. en 6644, p. 914 e.v.

Krans 2015

B. Krans, 'Guidance door een Europees document?', *NTBR* 2015/1.

Krans 1997

H.B. Krans, 'Het regresrecht van de verkoper bij consumentenkoop (art. 7:25)', *WPNR* 1997/6269.

Krans 2010

H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010.

Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009

A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009 (24) 4.

Kroes 2005

Ch.r.f. Kroes, 'Product recall. Enkele vermogensrechtelijke gezichtspunten', *VrA* 2005/3.

Kroes 2004

Chr.f. Kroes, 'Product recall', *AV&S* 2004/31.

Kroon & Mastenbroek 2008

L. Kroon & C.S. Mastenbroek, 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk', *IER* 2008, afl. 5. p. 253-264.

Kruisinga 2007

S.A. Krusinga, 'De aansprakelijkheid van de verkoper in de CISG voor het in acht nemen van buitenlandse regelgeving', *MvV* 2007.

Kuipers 2001

P. Kuipers, 'Aansprakelijkheid voor 'terughaalschade' en waarschuwingplichten van de producent bij (mogelijke) product recall', *AV&S* 2001, p. 99 e.v.

Ladeur 1997

K-H. Ladeur, 'Integration of Scientific and Technological Expertise into the Process of Standard-Setting According to German Law', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Leczykiewicz & Weatherill 2013

D. Leczykiewicz & S. Weatherill, 'Private Law Relationships and EU law', in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

Leczykiewicz & Weatherill 2016

D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2016.

Lee 2011

M. Lee, 'Safety, Regulation and Tort: Fault in Context', *The Modern Law Review* (2011) 74(4).

Lee 2018

M. Lee, 'The Sources and Challenges of Norm Generation in Tort Law', *EJRR* 9 (2018), pp. 34-47.

Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2013

K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fons, 'To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice. Distinguished Lecture of 6 July 2013. EUI Working Paper.', *AEL* 2013/9.

Lenaerts & Nuffel 2011

K. Lenaerts & Van Nuffel, *European Union Law*, London: Sweet & Maxwell 2011.

Lenz 2014

T. Lenz, *Produkthaftung*, München: Verlag C.H. Beck 2014.

Lenze 2005

S. Lenze, 'German Product Liability Law', in: D. Fairgrieve, *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Lierman 2004

S. Lierman, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Lisman & Vollebregt 2013

J. Lisman & E. Vollebregt, 'De Lyocentre-zaak en de grens tussen geneesmiddel en medisch hulpmiddel: het Hof van Justitie zet de klok van de harmonisatie 21 jaar terug', *JGRplus* 2013/2.

Loos 2009

M.B.M. Loos, 'Volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht: voorzichtigheid geboden!', *TvC* 2009-2, p. 33-36.

Loth 2009

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht. Monografieën nieuw BW. A-serie ; 19*, Deventer: Kluwer 2009.

Loth 2014

M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog: over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*, Inaugurele rede. Tilburg: PrismaPrint, Tilburg University 2014.

Loth 2016

M.A. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over het herstel van autonomie, een minimaalbeschermingsniveau, en de rol van de maatmens benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht. (Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht)*, Deventer: Kluwer 2016.

Loth 2018

M.A. Loth, 'Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meergelaagde rechtsorde', *AA* 2018/4, p. 335-342.

Low & Muir 2013

G. Low & E. Muir, 'The Privatization of European Law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin', *European Review of Private Law* 2013/5-6.

Lowrance 1976

W.W. Lowrance, *Of Acceptable Risk. Science and the Determination of Safety*, California: Los Altos 1976.

Lundqvist 2014

B. Lundqvist, *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws. The Rise and Limits of Self-Regulation.*, Cheltenham: Edward Elgar 2014.

Maes 2016

K.L. Maes, 'De reikwijdte van primaire en secundaire zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?', *AV&S* 2016/2.

Majone 2002

G. Majone, "'What Price Safety? The Precautionary Principle and its Policy Implications'", 40 *Journal of Common Market Studies* (2002), pp. 89-109.

Mak 2011

V. Mak, 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europese consumentenrecht', *NTBR* 2011/77.

Mak 2012

V. Mak, 'Full Harmonization in European Private Law: A Two-Track Concept', *E.R.P.L.* 1-2012 [213-236].

Mak 2016

V. Mak, 'Op weg naar een Europese "Digital Single Market"', *NJB* 2016/396.

Marburger 1979

Marburger, *Der Regeln der Technik im Recht*, Köln: Carl Heymans Verlag 1979.

Marburger 1983

P. Marburger, 'Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln (Kongressvortrag, Aufsatz)', *VersR* 1983, p. 597-608.

Mataija 2016

M. Mataija, *Private Regulation and the Internal Market. Sports, Legal Services, and Standard Setting in EU Economic Law*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Mattli 2001

W. Mattli, 'The politics and economics of international institutional standards setting: an introduction', *Journal of European Public Policy* 2001, 8:3.

Mattli & Büthe 2003

W. Mattli & T. Büthe, 'Setting international Standards: Technological Rationality or Primacy of power?', *World Politics* 2006, Vol. 56, No. 1.

Mattli & Büthe 2010

W. Mattli & T. Büthe, 'Chapter 19 - International standards and standard setting bodies. ', in: D. Coen, W. Grant & G. Wilson, *The Oxford Handbook of Business and Government*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Mattli & Büthe 2011

W. Mattli & T. Büthe, *The New Global Rulers*, Princeton - Oxford: Princeton University Press 2011.

McBarnet & Kurkchian 2007

D. McBarnet & M. Kurkchian, 'Corporate Social Responsibility through Contractual Control? Global Supply Chains and "Other-regulation", p. 59-62', in: D. McBarnet, A. Voiculescu & T. Campbell, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

McGee & Weatherill 1990

A. McGee & S. Weatherill, 'The Evolution of the Single Market - Harmonisation or Liberalisation', *MLR* 1990, 53:3, p. 578-596.

Medzmariashvili 2017

M. Medzmariashvili, 'Delegation of Rulemaking Power to European Standards Organizations: Reconsidered', *Legal Issues of Economic Integration* 2017 ; Vol. 44, No. 4. p. 353-366.

Meijer 2007

R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid voor schending van Europees gemeenschapsrecht: de invloed van het Europese recht op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheid* (diss. Groningen): 2007.

Meijer 2014

R. Meijer, 'The Rewe/Comet 'Doctrine' and its Implications for Dutch Law', in: A.S. Hartkampe.a., *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer, p. 39-55 2014.

Meijer 2002

S.Y.Th. Meijer, 'Verplichting tot product recall', *NbBW* juli/aug. 2002, nr. 7/8.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het Burgerlijke Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

Meltzer, Freeman & Thomson 2003

J. Meltzer, J. Freeman & S. Thomson, *Lovell's report. Product Liability in the European Union. A Report for the European Commission*: 2003.

Memelink 2009

P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Leiden: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Menting 2013

M. Menting, 'Niets in het recht is blijvend behalve verandering', in: G. van Dijcke.a., *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013.

Menting 2015

M. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnberg', *NTBR* 2015/16.

Menting 2016

M. Menting, *Industry Codes of conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law* (diss. Tilburg), Tilburg: PrismaPrint 2016.

Menting & Vranken 2014

M. Menting & J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland. Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht', *Preadviezen 2013 Vereniging voor Burgerlijk Recht*

Metselaar 2016

A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie* (diss. Leiden), Leiden: Wolter Kluwer 2016.

Micklitz 2009

H-W. Micklitz, 'The Visible Hand of European Regulatory Private Law—The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation', *Yearbook of European Law* 01/01/2009, Vol.28(1), p. 2-59.

Micklitz 2015

H-W. Micklitz, 'The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations', *E.R.P.L.* 2015, nr. 4, p. 491–524.

Mittwoch 2013

A-C. Mittwoch, *Vollharmonisierung und Europaisches Privatrecht. Methode, Implikationen und Durchfuhrung*, Berlin/Boston: De Gruyter 2013.

Navarro-Michel 2013

M. Navarro-Michel, 'New Health Technologies and Their Impact on EU Product Liability Regulations', in: M.L. Fleare.a., *European Law and New Health Technologies*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Neerhof 2013a

A. R. Neerhof, 'Standardization in Construction Law: An Example of Successful Decentring of Regulatory Governance?', in: A.L.B. Colombi Ciacchie.a., *Law & Governance. Beyond the Public-Private Law Divide?*, Den Haag: Eleven International Publishing 2013a.

Neerhof 2013b

A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, Den Haag: IBR, Instituut voor Bouwrecht 2013b.

Neerhof 2016

A.R. Neerhof, 'Alternatief bestuursrecht: normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang. ', in: J.H. Gerards, M. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht, Preadviezen VAR 2016, VAR-reeks 156*, Den Haag Boom 2016.

Neerhof 2017

A.R. Neerhof, 'Gebruik van normalisatie door de Europese en de Nederlandse overheid: een rechtsstatelijke en democratische blik', *JBplus* 2017/3.

Neerhof 2018

A.R. Neerhof, *Zichtbare handen bij zelfregulering op markten. Voor democratie, rechtsstaat, vrijhandel en vrije mededinging* (oratie VU), Amsterdam: 2018.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Nuninga 2018

W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2018/21.

Ogus 1994

A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Clarendon Press 1994.

Ogus 2004

A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Ogus 2007

A. Ogus, 'The Relationship between Regulation and Tort law: Goals and Strategies', in: W.H. van Boom, M. Lukas & Chr. Kissling, *Tort and Regulatory Law*, WienNewYork: Springer 2007.

Ogus 1995

A. Ogus, 'Rethinking Self-regulation', 15 Oxford J. Legal Stud. 97 1995.

Ogus & Visscher 2010

A. Ogus & L. Visscher, 'A Law and Economics Perspective on Injunctive Relief', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2010) 17, p. 32.

Paijmans 2016

B.M. Paijmans, 'De verzwaarde stelplicht revisited', *NTBR* 2016/2.

Pape 2011

S.B. Pape, *Warnings and product liability. Lessons learned from cognitive psychology and ergonomics* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2011.

Pavillon 2011

C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011.

Pavillon & Tiggelaar 2018

C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tiggelaar, 'Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk; een hanteerbare sanctie?', *Contracteren* 2018, nr. 3.

Peel 2011

J. Peel, *Science and Risk Regulation in International Law*, Cambridge, UK: Cambridge University Press 2011.

Pelkmans 1987

J.L.M. Pelkmans, 'The New Approach to Technical Harmonisation and Standardization', *Journal of Common Market Studies* Vol. XXV, No. 3, March 1987.

Pelkmans 2007

J.L.M. Pelkmans, 'Mutual recognition in goods. On promises and disillusion', *JEPP* 2007, 14:5, p. 699-716.

Pelkmans 2009

J.L.M. Pelkmans, 'Het 2008-goederenpakket: nuttige verdieping van de interne markt', *SEW* 2009/176.

Prechal 2005a

A.S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Prechal 2005b

A.S. Prechal, 'Joined Cases C-397/01 to C-403/01, Bernhard Pfeiffer et al., judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 October 2004, nyr', *CML Rev.* 2005, nr. 42. .

Prechal 2006

A.S. Prechal, 'Member State Liability and Direct Effect: What's the Difference at All?', *E.B.L.R.* 2006, Vol. 17, Issue 2, p. 299-316.

Prechal & Cath 2014

A.S. Prechal & K. Cath, 'The European Acquis of Civil Procedure: constitutional aspects', *Unif. L. Rev.* 2014, Vol. 19.

Prechal & Widdershoven 2011

A.S. Prechal & R. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection', *REAL* 2011/4, Nr. 2.

Previdi 1997

E. Previdi, 'The Organization of Public and Private Responsibilities', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integration of Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Pugh & Pilgerstorfer 2004

C. Pugh & M. Pilgerstorfer, 'The development risks defence—knowledge, discoverability and creative leaps', *Journal of Personal Injury Law* 2004, 4, 258.

Purnhagen 2014

K.P. Purnhagen, *The politics of systematization in EU product safety regulation market, state, collectivity, and integration*, Dordrecht, New York: Springer 2014.

Rajneri e.a. 2018

E. Rajneri e.a., 'Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems', *E.R.P.L.* 2018-I, p. 57-96.

Reich 2007

N. Reich, 'Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights', *CML Rev.* 2007, 44.

Reich 2008

N. Reich, 'AGM-COS.MET or: who is protected by EC safety regulation?', *ELRev* 2008, (33) 1.

Reich 2014

N. Reich, *General principles of EU civil law*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia 2014.

Reich 2016

N. Reich, 'Product Liability and Beyond: An Exercise in 'Gap-Filling'', *E.R.P.L.* 2016/3&4.

Reich e.a. 2014

N. Reich e.a., *European Consumer Law*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia 2014.

Renn & Klinke 2013

O. Renn & A. Klinke, 'Risk Governance: Concept and Application to Institutional Risk Management', in: A. Alemanno & e.a., *Better Business Regulation in a Risk Society*, New York Heidelberg Dordrecht London: Springer 2013.

Reurich 2005

L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II Vaagheid van normen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

Rott 2013

P. Rott, 'The Court of Justice's Principle of Effectiveness and its Unforseeable Impact on Private Law Relations', in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

Sadeleer 2010

N. de Sadeleer, 'The Precautionary Principle in EU Law', *AV&S* /24.

Sattler 2011

S. Sattler, 'Standardisation under EU competition law rules', *E.C.L.R.*

Sauter & Schepel 2009

W. Sauter & H. Schepel, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

Scheltema & Scheltema 2009

A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis (preadvies)*, Deventer: Kluwer 2009.

Scheltema 2013a

M. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013, nr. 7/8.

Scheltema 2013b

M. Scheltema, 'Assessing Effectiveness of International Private Regulation in the CSR Arena', *Voorlopige versie, Preadvies 2013 Vereniging voor Burgerlijk Recht*

Schepel 2002

H. Schepel, 'Delegation of Regulatory Powers to Private Parties under EC Competition Law: Towards a Procedural Public Interest Test', *CML Rev.* 2002, p. 31-51.

Schepel 2005

H. Schepel, *The Constitution of Private Governance : Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2005.

Schepel 2013a

H. Schepel, 'Case C-171/11 Fra.bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches', *ERCL* 2013; 9 (2).

Schepel 2013b

H. Schepel, 'The New Approach to the New Approach. The Juridification of Harmonised Standards in EU Law', *MJ* 2013 (4).

Schepel & Falke 2000

H. Schepel & J. Falke, *Legal aspects of standardisation in the member states of the EC and EFTA. Vol. 1: Comparative report*, Luxembourg Office for Official Publications of the European Communities 2000.

Schlacke 1997

S. Schlacke, 'Foodstuffs Law and the Precautionary Principle', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise in Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schreuder 2014

A.I. Schreuder, 'Aansprakelijkheid voor 'zelfdenkende' apparatuur', *AV&S* 2014/20.

Schroeder 2003

H.P. Schroeder, 'Die lex mercatoria - Rechtsordnungsqualitaet und demokratische Legitimation', in: C-H. Witt, *Die Privatisierung des Privatrechts - rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler Band 2002*, Stuttgart: Richard Boorberg, p. 259 e.v. 2003.

Schut 1987

G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

Schut 1974

G.H.A. Schut, *Produktaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, 'NEN-normen zijn geen algemeen verbindende voorschriften. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012', *AA* 2013, afl. 10.

Schutgens 2015

R.J.B. Schutgens, 'Laura Di Bella, De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad, diss.', *RMThemis* 2015/6.

Schuurmans 2013

D. Schuurmans, *Product Recall en zijn gevolgen: op naar een betere marktveiligheid* (masterscriptie), Tilburg: Tilburg 2013.

Schwartz 2000

A. Schwartz, 'Statutory Interpretation, Capture, and Tort Law: The Regulatory Compliance Defense', *American Law and Economics Review* 2000, Vol. 2, Issue 1, 1 January 2000, p. 1-57.

Schwartz 1997

T.M. Schwartz, 'Regulatory Standards and Products Liability: Striking the balance between the two', *U. Mich. J.L. Reform* 30 431 1996-1997, p. 431-460.

Scott 2001

C. Scott, 'Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design', *Public Law* p. 329-353.

Scott 2008

C. Scott, '11. Regulating private legislation', in: F. Cafaggi & H. Muir Watt, *Making European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2008.

Scott 2010

C. Scott, 'Standard Setting in Regulatory Regimes', in: R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Scott, Cafaggi & Senden 2011

C. Scott, F. Cafaggi & L. Senden, 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation', *Journal of law and society* 2011, Vol. 38, No. 1, p. 1-19.

Scott & Vos 2002

J. Scott & E. Vos, 'The Juridification of Uncertainty: Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and WTO', in: Ch. Joerges & R. Dehousse, *Good Governance in Europe's Integrated Market* Oxford: Oxford University Press 2002.

Seibel 2013

M. Seibel, 'Abgrenzung der "allgemein anerkannten Regeln der Technik" vom "Stand der Technik"', *NJW* 2013/41.

Senden 2017

L. Senden, 'The Constitutional Fit of European Standardization Put to the Test', *Legal Issues of Economic Integration* 44, no. 4 (2017): 337–352.

Senden & Curtin 2011

L. Senden & D. Curtin, 'Public Accountability of Transnational Private Regulation: Chimera or Reality?', *Journal of law and society* Volume 38, Issue 1, p. 163–188

Siderius & Verhoeven 1993

P.J.S. Siderius & P.J.L. Verhoeven, *Neutrale productinformatie in Nederland. Gebruik en beoordeling door consumenten bij aankoop*, Leiden: SWOKA Instituut voor Consumentenonderzoek 1993.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

Sieburgh 2014

C.H. Sieburgh, 'EU law and non-contractual liability of the Union, Member States and individuals', in: A.S. Hartkampe.a., *The influence of EU law on national private law*, Deventer: Kluwer 2014.

Smits 2015

J. Smits, 'De Nederlandse wetgever en andere normenstelsels: op zoek naar het recht der werkelijkheid', *Recht der Werkelijkheid* 2015 (36).

Snijders 1987

G.M.F. Snijders, *Productveiligheid en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1987.

Snijders 1990

G.M.F. Snijders, *Productenrecht. Drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990.

Snijders 2013

G.M.F. Snijders, 'Vleesfraude en productenaansprakelijkheid', *TvAR* 2013, nr. 9.

Snijders 2008

H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 2008/6761, p. 541-552.

Snijders 2015

H.J. Snijders, 'Bewijsvermoedens nader beschouwd. Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade', *NJB* 2015/1902.

Snijders 2014

H.J. Snijders, 'Developments (in national rules) for ex officio raising points', in: A.S. Hartkampe.a., *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014.

Spier 2014

J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV&S* 2014/6.

Spindler 1998

G. Spindler, 'Market Processes, Standardisation and Tort Law', *European Law Journal* Vol. 4, No.3, September 1998.

Spindler 2009

G. Spindler, 'Interaction between product liability and regulation at the European level', in: F. Cafaggi & H. Muir Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009.

Stapleton 1999

J. Stapleton, 'Products liability in the United Kingdom: the myths of Reform', *Texas International Law Journal* 1999, 45(3), p. 53-61.

Stapleton 1994

J. Stapleton, 'Product Liability', in: London: Butterworths 1994.

Steward 2012

R. Steward, 'Enforcement of transnational public regulation', in: F. Cafaggi, *Enforcement of Transnational Regulation. Ensuring Compliance in a Global World*, Cheltenham: Elgar 2012.

Stolker 1989

C.J.J.M. Stolker, 'Vijf argumenten tegen het ontwikkelingsrisicoverweer', *NJB* 1989, p. 643 e.v.

Stolker 1990

C.J.J.M. Stolker, 'Objections to the Development Risk Defence', *Med Law* (1990) 9 783-800.

Storm 1985

P.M. Storm, *Product recall. Het terugroepen van gevaarlijke producten*, Deventer: Kluwer 1985.

Straetmans & Verhoeven 2016

G. Straetmans & D. Verhoeven, 'V. Other EU Laws concerning Similar Issues', in: P. Machnikowski & e.a., *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia: Cambridge, Antwerp, Portland 2016.

Struck 2014

Christian Struck, *Product regulations and standards in WTO Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014.

Stuurman 1995

C. Stuurman, *Technische normen en het recht: Beschouwingen over de interactie tussen het recht en technische normalisatie op het terrein van informatietechnologie en telecommunicatie* (diss. Amsterdam VU): [S.l.]: [s.n.] 1995.

Stuyck 2015

J. Stuyck, 'Consumer Concepts in EU Secondary Law', in: F. Klinck & Riesenhuber (eds), *Verbraucherleitbilder, B*, Berlin: De Gruyter 2015, p. 115-135.

Sunstein 2005

C.R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Svilpaite 2007

E. Svilpaite, 'Self and Co-regulation Instruments in the EU Legal Framework: Limits and Conditions of Use', *NEWGOV Working Paper 04/D69*, 2007.

Tanja-van den Broek 2002

T.H. Tanja-van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', *WPNR* 2002/6493, p. 430-463.

Taschner 1986

H.C. Taschner, *Produkthaftung. Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG)*, München: Beck 1986.

Tegelaar 2016

J. Tegelaar, 'Immuun voor de Unie? (Semi-)immunititeit van nationale financiële toezichthouders onder nieuw recht', *AA* 2016/10, p. 705-715.

Ten Oever & Veldt 2016a

H.A. Ten Oever & G.M. Veldt, 'Openbare orde in de context van art. 3:40 lid 1 BW en regelgeving buiten het BW', in: W.H. van Boom e.a., *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Leiden: Wolters Kluwer 2016.

Ten Oever & Veldt 2016b

H.A. Ten Oever & G.M. Veldt, 'Vragen over nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW: Een pleidooi voor een twee fasen toets', *NTBR* 2016/52.

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Teubner 1971

G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirische Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag GmbH 1971.

Teubner 1998

G. Teubner, 'After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law', *Current Legal Problems* 51, p. 393 e.v.

thoe Schwartzenberg 2013

H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2013.

Tigelaar 2017

L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn Consumentenrechten* (diss. Groningen), Paris: Zutphen 2017.

Tigelaar 2015

L.B.A. Tigelaar, 'Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten', *NTBR* 2015/31.

Timmermans 2016

C.W.A. Timmermans, 'Horizontal Direct/Indirect Effect or Direct/Indirect Horizontal Effect: What's in a Name?', *E.R.P.L.* 2016, nr. 3&4, p. 673–686.

Tison 2005

M. Tison, 'Do not attack the watchdog! Banking supervisor's liability after Peter Paul', *Working Paper Series Financial Law Institute Gent* 2005.

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen AA 2009.

Tjittes 2013

R.P.J.L. Tjittes, 'De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten', in: P. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel, *Middelen voor Meijer*, 2013.

Tjittes 2018

R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht. Deel 1: Totstandkoming en inhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Tjong Tjin Tai 2006

E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Amsterdam: Kluwer 2006.

Tjong Tjin Tai & Loth 2014

E. Tjong Tjin Tai & M.A. Loth, *Wat niet weet, wat niet deert? Over de reikwijdte van het beginsel 'eenieder wordt geacht de wet te kennen' in het hedendaagse recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

Tjong Tjin Tai & Boesten 2016

E. Tjong Tjin Tai & S. Boesten, 'Aansprakelijkheid, zelfrijdende auto's en andere zelfbesturende objecten', *NJB* 2016/496.

Tridimas 2006

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Valk 2009

W.L. Valk, 'Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen', in: A.G. Castermanse.a., *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, 2009.

Valk 2016b

W.L. Valk, 'Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen', in: Jac. Hijmae.a., *Rechtshandeling en overeenkomst. SBR-3*, Deventer: Wolters Kluwer 2016b.

Valk 2018

W.L. Valk, 'Verder denken over uitleg van rechtshandelingen Kan het eenvoudiger?', *NJB* 2018/1360.

Valk & Schelhaas 2016

W.L. Valk & H.N. Schelhaas, *Uitleg van rechtshandelingen* Zutphen: Paris 2016.

Van Asselt, Vos & Rooijackers 2008

B.A. van Asselt, E. Vos & B. Rooijackers, 'Science, knowledge and uncertainty in EU risk regulation', in: E. Vos & M. Everson, *Uncertain risks regulated*, London, New York: Routledge-Cavendish 2008.

Van Bochhove 2013

L. van Bochhove, *Betrokkenheid bij contractbreuk* (diss. EUR), Oisterwijk: Wolf Legal Publishing 2013.

Van Boom 2001

W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001/3.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Effacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'On the Intersection Between Tort Law and Regulatory Law - A Comparative Analysis', in: W.H. van Boom, M. Lukas & Chr. Kissling, *Tort and Regulatory Law*, WienNewYork: Springer 2007.

Van Boom 2008a

W.H. van Boom, 'Iets over handhaving in het privaatrecht', *WPNR* 2008, afl. 6772.

Van Boom 2008b

W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *Tijdschrift voor consumentenrecht* 2008-1.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom e.a. 2004

W.H. van Boom e.a., *Pure Economic Loss*, Wien, New York: Springer 2004.

Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenberg 2011

W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg, 'Over rake remedies: handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag', in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg, *Rake remedies*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2011.

Van Boom & Van Doorn 2006

W.H. van Boom & C.J.M. van Doorn, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2006.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht) Deventer: 1989.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht; een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Van Dam 2013

C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Van Dam 2017

C.C. van Dam, 'Het Hof van Justitie spreekt zich uit over de bindende werking van een aanbeveling van de Europese Commissie', *NTER* 2017/4.

Van Delft-Baas 1987

M. van Delft-Baas, *Productinformatieplichten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1987.

Van den Bergh 2008

R. van den Bergh, 'De maatschappelijke wenselijkheid van gedragscodes vanuit rechtseconomisch perspectief', *WPNR* 2008/6772.

Van den Bergh & Visscher 2007

R. van den Bergh & L.T. Visscher, 'The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law', *Erasmus Law Review*

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA), Boom 2002.

Van den Cleyenbreugel & Van den Bogaert 2018

P. van den Cleyenbreugel & S. Van den Bogaert, '13. Free movement of Goods', in: P.J. Kuijper e.a., *The Law of the European Union*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2018.

Van der Burg 2001

W. van der Burg, 'Het primaat van de praktijk : ' in: B.M.J. van Klink & W.J. Witteveen, *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p.105-122 2001.

Van der Linden & De Jong 2017

T.E. van der Linden & E.R. de Jong, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht.', *NTBR* 2017/2.

Van der Meulen 2017

B. van der Meulen, *Levensmiddelenrecht. Systeem van een gelaagd functioneel rechtsgebied*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Van der Meulen 2011

B. van der Meulen, *Private Food Law. Governing food chains through contract law, self-regulation, private standards, audits and certification schemes*, Wageningen: Wageningen Academic Publishers 2011.

Van der Meulen & Van der Meulen 2013

S.M.M. van der Meulen & B.M.J. van der Meulen, 'Rosbief. Juridische kanttekeningen bij het paardenvleesschandaal. Over de gedaantewisseling van een paard, voedselveiligheid en misleiding van de consument', *TvAR* 2013/9.

Van der Wiel e.a. 2019

B.T.M. van der Wiel e.a., *Cassatie*, Deventer: Kluwer 2019.

Van der Wiel 2017

B.T.W. van der Wiel, 'Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's. Bespreking van het proefschrift van mr. E.R. de Jong.', *MvV* 2017/1, p. 14-18.

Van Dongen & Giesen 2018

E.G.D. van Dongen & I. Giesen, 'Het Kelderluik-arrest: van niet zo revolutionair naar niet meer weg te denken', *RMThemis* 2018-2.

Van Doorn & Van Boom 2004

C.J.M. van Doorn & W.H. van Boom, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid', *Tijdschrift voor consumentenrecht* 1.

Van Doorn & Pape 2006

C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, 'Noot bij HvJ 9 februari 2006, C-127/04, HvJ 10 januari 2006, C-402/03, HvJ 14 maart 2006, C-177/04', *TvC* 2006-6.

Van Doorn & Pape 2011

C.J.M. Van Doorn & S.B. Pape, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Van Doorn & Pape 2015

C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2015.

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer Kluwer 1971.

Van Erp 2013

J.G. van Erp, 'Naming and shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen.', in: W.H. van Boom & I. Giesen, *Civilologie. Handboek empirie van het privaatrecht*, Den Haag, p. 338-358.: *BJu* 2013.

Van Gerven 2000

W. van Gerven, 'Of Rights, Remedies and Procedures', *CML Rev.* (2000) 501.

Van Gerven, Lever & Larouche 2000

W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law. Ius Commune Casebook*, Oxford: Hart Publishing 2000.

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. I. Algemeen deel: veertig jaar later: Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.

Van Gestel 2012a

R.A.J. van Gestel, 'Hoge Raad is duur. Over het verwijzen naar normalisatienormen in wetgeving.', *RegelMaat* 2012 (27).

Van Gestel 2012b

R.A.J. van Gestel, 'Kaderwetgeving en de verstrooiing van de wetgevende macht', *RegelMaat* 2012 (27) 3.

Van Gestel 2018

R.A.J. van Gestel, 'Recht is niet alleen recht als er recht op staat', *RegelMaat* 2018 (33) 6.

Van Gestel & Micklitz 2013

R.A.J. van Gestel & H-W. Micklitz, 'European Integration Through Standardization: How Judicial Review is Breaking Down The Club House of Standardization Bodies', *Common market law review* 2013, 50(1), p. 145–181.

Van Huizen 2017

P.J.P. van Huizen, 'Wordt schade aan het product in de toekomst vergoed door de producent?', *TAV* 2017/159, p. 12-17.

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2006.

Van Leeuwen 2014

B.J. van Leeuwen, 'Free movement of services, european standardisation and private law', *EUI LAW* 2014/04 Working paper - European regulatory private law. The paradigms tested.

Van Leeuwen 2015

B.J. van Leeuwen, *Paradoxes of Convergence: European Standardisation of Services and Its Impact on Private Law*, Florence: EUI 2015.

Van Leeuwen 2019

B.J. van Leeuwen, 'Market Access, the New Approach and Private Law', *ERPL* 2-2019, p. 269-292.

Van Leeuwen 1990

K. van Leeuwen, *Juridische aspecten van produktveiligheid* (diss. Twente), Deventer: Kluwer 1990.

Van Leuken 2015

R. van Leuken, *Rechtsverhoudingen tussen particulieren en de verdragsrechtelijke verkeersvrijheden* (diss. RU Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015.

Van Leuken e.a. 2017

R. van Leuken e.a., 'Fundamental Freedoms: TFEU Provisions on Free Movement', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & W. Devroe, *European Law and Private Law*, Hart: Oxford 2017.

Van Loock, Samoy & Pisulinski 2017

S. van Loock, I. Samoy & J. Pisulinski, 'Directives', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & W. Devroe, *European Law and Private Law*, Oxford, Portland & Oregon: Hart 2017.

Van Maanen & Lindenberg 2015

G.E. van Maanen & S.D. Lindenberg, 'Aansprakelijkheid voor eigen gedrag op grond van art. 6:162', in: J. Spiere.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding. SBR 5.*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Nispen 1978

C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

Van Ommeren 2012

F.J. van Ommeren, 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra & (Ed.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer, pp. 149-236 2012.

Van Praag 2014

E.J. van Praag, 'Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar Europees recht', *SEW* 2014, afl. 5, p. 214-231.

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, *Toezicht*, Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 2005, Deventer: Kluwer 2005.

Van Santen 2018

T.J.K. van Santen, 'Het recht van verhaal van de eindverkoper: in Duitsland, in Nederland en in de toekomst', *Contracteren* 2018-3, p. 97-105.

Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017

A. van Waeyenberge & D. Restrepo Amariles, 'James Elliott Construction: a "new(ish) approach" to judicial review of standardisation', *ELRev* 2017, 42(6) p. 882-893.

Van Wassenauer van Catwijck 1986

A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid*: 1986.

Van Wees 2015

K.A.P.C. van Wees, 'Aansprakelijkheidsaspecten van (deels) zelfrijdende auto's', *AV&S* 2015/28, afl. 5.

Veldt & Van Boom 2015

G.M. Veldt & W.H. van Boom, 'Pacemakers, defibrillatoren en de reanimatie van Richtlijn 85/374. Annotatie bij: HvJ EU 5 maart 2015 (C-503/13, C-504/13), ECLI:EU:C:2015:148 (Boston ScientificMedizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse en Betriebskrankenkasse RWE) en conclusie van A-G Y. Bot van 21 oktober 2014, ECLI:EU:C:2014:2306. 5 mei 2015, nr. C-503/13, C-504/13', AA 2015, afl. 5, p. 384-391.

Veldt & Wissink 2017

G.M. Veldt & A.E.C. Wissink, 'Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico's. Annotatie bij HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (W. c.s./Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Carpimko). ', *NTBR* 2017/36, p. 253-263.

Verbruggen 2013

P.W.J. Verbruggen, 'Aansprakelijkheid van certificatie-instellingen als private toezichthouders', *NTBR* 2013/39.

Verbruggen 2014a

P.W.J. Verbruggen, *Enforcing Transnational Private Regulation. A Comparative Analysis of Advertising and Food Safety.*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2014.

Verbruggen 2014b

P.W.J. Verbruggen, 'The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services', *E.R.P.L.* 2014/2.

Verbruggen 2017a

P.W.J. Verbruggen, 'Private law rights and remedies under the free movement of goods and services', in: H-W. Micklitz & C.H. Sieburgh, *Primary EU Law and Private Law Concepts*, Antwerp: Intersentia 2017.

Verbruggen 2017b

P.W.J. Verbruggen, 'Private regulatory standards in commercial contracts: questions of compliance', in: R. Brownsword, R. Van Gestel & H-W. Micklitz, *Contract & Regulation*, Elgaronline: Cheltenham 2017.

Verbruggen 2018

P.W.J. Verbruggen, 'Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie', *WPNR* 2018/7215, p. 849-850.

Verbruggen 2019a

P.W.J. Verbruggen, 'Good Governance of Private Standardization and the Role of Tort Law', *E.R.P.L.* 2-2019, p. 319-352.

Verbruggen 2019b

P.W.J. Verbruggen, 'Speelveiligheid voor de jonge consument', *TvC* 2019/4.

Verbruggen & Havinga 2014

P.W.J. Verbruggen & T. Havinga, 'Metatoezicht op voedselveiligheid', *Tijdschrift voor Toezicht* 2014 (5) 1.

Verbruggen & Van Leeuwen 2015

P.W.J. Verbruggen & B.J. Van Leeuwen, 'Aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen. Over de (mogelijke) invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.', *NTBR* 2015/45.

Verbruggen & Van Leeuwen 2018

P.W.J. Verbruggen & B.J. Van Leeuwen, 'The Liability of Notified Bodies under the EU's New Approach: The Implications of the PIP Breast Implants Case', *ELRev* 2018, 43(3), p. 394-409.

Verhoeven 2017

D. Verhoeven, *Productveiligheid en productaansprakelijkheid* (diss. Antwerpen), Antwerpen: 2017.

Verkade 1986

D.F.W. Verkade, *Ongoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Verkade, Van Sinttruiden & Maassen 1990

D.F.W. Verkade, M.Ph. Van Sinttruiden & J.F.C. Maassen, *Product in gebreke. Produktenaansprakelijkheid naar Nederlands en E.E.G. recht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1990.

Vieweg 2011

K. Vieweg, 'Produkthaftungsrecht', in: R. Schroeder & M. Schulte, *Handbuch des Technikrechts*, Heidelberg: Springer 2011.

Visscher 2005

L. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het onrechtmatige daadsrecht*, (diss 2005): 2005.

Visscher, Faure & Weber 2018

L. Visscher, M. Faure & F. Weber, 'Goorloofde maar gezondheidsbedreigende producten en diensten: een rechtseconomische visie op regulering en aansprakelijkheid', *AV&S* 2018/18.

Vos 1997

E. Vos, 'Market Building, Social Regulation and Scientific Expertise', in: Ch. Joerges, K-H. Ladeur & E. Vos, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.

Vos & Van Asselt 2015

E. Vos & B.A. van Asselt, 'EU risk regulation: the role of science in political and judicial decision-making', in: H-W. Micklitz & T. Tridimas, *Risk and EU law*, Cheltenham: Elgaronline 2015.

Voskamp 2018

S. Voskamp, *Onderwijsvereenkomst* (diss. Leiden), Leiden: Boomjuridisch 2018.

Vranken 2004

J.B.M. Vranken, 'Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht', *WPNR* 2004/6560.

Vytopil 2015

A.L. Vytopil, *Contractual control in the supply chain : on corporate social responsibility, codes of conduct, contracts and (avoiding) liability* (diss. Utrecht), The Hague Eleven International Publishing 2015.

Waddington 2013

L. Waddington, 'Vulnerable and confused: the protection of "vulnerable" consumers under EU law', *ELRev* 2013, 7.5.7.

Wallinga 2016

M. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de loper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?', *WPNR* 2016/7116.

Wallinga 2018

M. Wallinga, *EU investor protection regulation and private law* (diss. Groningen), Groningen: 2018.

Wansink 2006

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, (Serie Verzekeringsrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Weatherill 2001

S. Weatherill, 'Breach of directives and breach of contract', *ELRev* 2001, 177.

Weatherill 2006

S. Weatherill, 'The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice', *ERCL* 2006, 136.

Weatherill 2012

S. Weatherill, 'Maximum versus Minimum Harmonization: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market', in: N.N. Shuibhne & L.W. Gormley, *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Weatherill 2013a

S. Weatherill, 'The Elusive Character of Private Autonomy', in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

Weatherill 2013b

S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013.

Weatherill 2013c

S. Weatherill, 'Product Safety Regulation', in: *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013.

Weber 2014

F. Weber, 'European integration assessed in the light of the 'rules vs. standards debate'', *Eur J Law Econ* (2013) 35:187-210.

Weiß 2008

H.T. Weiß, *Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit* (diss. Freiburg im Breisgau), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG 2008.

Werle 2001

R. Werle, 'Institutional aspects of standardization – jurisdictional conflicts and the choice of standardization organizations', *Journal of European Public Policy* 2001, nr. 8

Werle & Iversen 2006

R. Werle & E.J. Iversen, 'Promoting Legitimacy in Technical Standardization', *Science, Technology and Innovation Studies*

Whittaker 2005

S. Whittaker, *Liability for Products. English law, French law, and European Harmonisation*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Wijne 2019

R.P. Wijne, 'Dat de Hoge Raad in 2019 arrest moge wijzen', *TvVP* 2019/1, p. 19-23.

Wilman 2014

F.G. Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts* (diss), Leiden: Meijers Research and Graduate School of the Leiden Law School, Faculty of Law, Leiden University 2014.

Winn & Jondet 2008

J. Winn & N. Jondet, 'A New Approach to Standards and Consumer Protection', *Journal of Consumer Policy* (2008) 31

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2001.

Wissink 2011

M.H. Wissink, 'Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid', in: *Contracteren Special Willem Grosheide*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Wissink 2014

M.H. Wissink, 'Interpretation of Private Law in conformity with EU directives', in: A.S. Hartkampe.a., *The Influence of EU law on National Private Law*, Deventer Kluwer 2014.

Wolters 2013

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden*, Deventer: Kluwer 2013.

Wuyts 2014

D. Wuyts, 'The Product Liability Directive - More than two Decades of Defective Products in Europe', *JETL* 2014; 5(1) : p. 1-34.

Zander 2010

J. Zander, *The Application of the Precautionary Principle in Practice. Comparative Dimensions*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Zhang 2012

L. Zhang, *Standardization and Patent Licensing In the European Union*, Helsinki: Oy Nord Print Ab 2012.

Zippro 2009

E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2009.

Blog

Gherardini 2016

Bardo Schettini Gherardini, Harmonised European Standards and the EU Court of Justice: Beware Not to Open Pandora's Box, 27 mei 2016, *European Law Blog*. www.europeanlawblog.eu 27 May 2016.

Medzmariashvili 2016

M. Medzmariashvili, Opening the ECJ's Door to Harmonised European Standards? (Opinion of the AG in C-613/14 James Elliott Construction), *European Law Blog* 1 March 2016.

Van Cleynenbreugel & Demoulin 2017

P. van Cleynenbreugel & I. Demoulin, The EP's 'European Standards' Resolution in the wake of James Elliott Construction: carving ever more holes in Pandora's Box?, *European Law Blog* 25 september 2017.

Volpato & Elia Antonio 2019

A. Volpato & M. Elia Antonio, The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series, *European Law Blog* 7 March 2019.

Rechtspraakregister

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 11 March 2014, 52067/10 and 41072/11 (*Moor/Suisse*).

Hof van Justitie

HvJ Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal 13 juni 1958, C-9/56 en C-10/56 (*Meroni c.s./Hoge Autoriteit van de EGK&S*).

HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen*).

HvJ EG 15 juli 1963, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann e.a./Europese Commissie*).

HvJ EG 15 juli 1964, 6-64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

HvJ EG 16 juni 1966, 57/60 (*Lütticke/Hauptzollamt Saarlouis*).

HvJ 3 april 1968, 28/67 (*Firma Molkerei Zentrale c.s./Hauptzollamt*).

HvJ EG 2 december 1971, C-5/71, Jur. 1971, p. 975, ECLI:EU:C:1971:116 (*Schöppenstedt*).

HvJ EG 11 januari 1974, 8-74 (*Procureur du Roi/Dassonville*).

HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne/Sabena II*).

HvJ EG 16 december 1976, 33-76 (*Rewe-Zentralfinanz eG en Rewe-Zentral AG/Landwirtschaftskammer für das Saarland*).

HvJ EG 16 december 1976, 45-76 (*Comet/Produktschap voor siergewassen*).

HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*).

HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 en C-40/77, *Jur.* 1978, p. 1209, ECLI:EU:C:1978:113 (*Bayerischen HNL*).

HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78 (*Cassis de Dijon*).

HvJ EG 5 april 1979, 148/79, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ministerio/Ratti*).

HvJ EG 12 juni 1980, 88/79, ECLI:EU:C:1980:152, ECR 1980 p. 1827 (EL1980:II/00241) (*Ministère Publique/Grunert*).

HvJ EG 2 december 1980, 815/79, ECLI:EU:C:1980:273 (*Cremonini/Vrancovich*).

HvJ EG 7 juli 1981, 158/80, ECLI:EU:C:1981:163 (*Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH and Rewe-Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel*) (*Butter buying cruises*).

HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT e.a.*).

HvJ EG 30 november 1983, 227/82 (*Leendert van Bennekom*).

Hof 8 november 1983, gevoegde zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, ECLI:EU:C:1983:310 (*IAZ e.a./Europese Commissie - ANSEAU-NAVEWA label*).

HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson, Kamann/Nordrhein-Westfalen*).

HvJ EG 6 juni 1984, 97/83 (*Melkunie*).

HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*).

HvJ EG 15 mei 1986, 222-84 (*Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*).

HvJ EG 22 oktober 1987, 317/85 (*Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost.*).

HvJ EG (Vijfde Kamer) 11 juli 1989, 246/86, ECLI:EU:C:1989:301 (*Belasco e.a./Europese Commissie*).

HvJ EG 7 november 1989, C-125/88, ECLI:EU:C:1989:401 (*HFM Nijman*).

HvJ EG 8 november 1990, C 177/88, ECLI:EU:C:1990:383 (*Dekker*).

HvJ EG 23 november 1989, C-150/80, ECLI:EU:C:1989:594 (*Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik*).

HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*).

HvJ EG 10 juli 1990, C-326/88, ECLI:EU:C:1990:291 (*Hansen*).

HvJ EG 20 september 1990, C-192/89, EU:C:1990:322 (*Sevince*).

HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion*).

HvJ EG 13 november 1990, C-331/88 (*Fedesa c.s.*).

HvJ EG 24 januari 1991, C-339/89, ECLI:EU:C:1991:28 (*Alsthom Atlantique SA/Compagnie de Construction Mecanique Sulzer SA*).

HvJ EG 16 april 1991, 112/89, ECLI:NL:XX:1991:AD1379, NJ 1992/674 (*Upjohn/Farzo*).

HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 - 9/90 (*Francovich*).

HvJ EG 20 mei 1992, C-290/90 (*Commissie/Duitsland, ooglotion*).

HvJ EG 21 januari 1993, C-188/91 EU:C:1993:24 (*Deutsche Shell*).

HvJ EG 9 augustus 1994, C-359/92, ECLI:EU:C:1994:306 (*Bondsrepubliek Duitsland/de Raad van de Europese Unie*).

HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, ECLI:EU:C:1994:130 (*H.J. Banks & Company Ltd/British coal cooperation*).

HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*).

HvJ EG 5 maart 1996, zaak C-46/93 & C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

HvJ EG 30 april 1996, C-194/94 (*CIA Security International/Securitel c.s.*).

HvJ EG 23 mei 1996, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205 (*Hedley Lomas*).

HvJ EG 8 oktober 1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94 (*Dillenkofer e.a./Duitsland*).

HvJ EG 14 december 1995, C-312-93, ECLI:EU:C:1995:439 (*Peterbroeck*).

HvJ EG 29 mei 1997, C-300/95, ECLI:EU:C:1997:255 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, Jur. 1997, p. I-04161, NJ 1998/793 (*Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst*).

HvJ EG 5 mei 1998, C-157/96 (*National Farmers Union e.a.*).

HvJ EG 5 mei 1998, C-180/96 (*BSE*).

HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, NJ 2000/374 (*Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*).

HvJ EG 21 januari 1999, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 (*Upjohn Ltd/The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 a.o.*).

HvJ EG 25 maart 1999, C-112/97, ECLI:EU:C:1999:168 (*Commissie/Italië*).

HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97 ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*).

HvJ EG 27 juni 2000, C-240-98-244/98 (*Oceano Grupo*).

HvJ EG 4 juli 2000, C-352/98, ECLI:EU:C:2000:361 (*Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm SA e.a./Commissie*).

HvJ EG 26 september 2000, C-443/98, ECR I-7535 (*Unilever/Central Food*).

HvJ EG 5 oktober 2000, C-376/98 (*Tobacco Advertising I*).

HvJ EG 5 april 2001, C-100/00, ECLI:EU:C:2001:211 (*Commissie/Italië*).

HvJ EG (Vijfde kamer) 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veefald/Arhus Amtskommune*).

HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (*Commissie/Nederland*).

HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage/Crehan*).

HvJ EG 13 december 2001, C-481/99, ECLI:EU:C:2001:684 (*Heininger/ Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*).

HvJ EG 19 februari 2002, C-309-99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*).

HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*).

HvJ EG (Vijfde Kamer) 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (*Commissie/Griekenland*).

HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*).

HvJ EG 6 juni 2002, C-159/00, ECLI:EU:C:2002:343 (*Sapod Audic/Eco-Emballages SA*).

HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*).

HvJ EG (5e kamer) 21 november 2002, C-473/00 (*Cofidis SA/Jean-Louis Fredout*).

HvJ EG 8 mei 2003, C-14/02 (*ATRAL/Belgische Staat*).

HvJ EG 22 mei 2003, C-103/01, ECLI:EU:C:2003:301 (*Commissie/Duitsland*).

HvJ EG 30 september 2003, C-22/01, EU:C:2003:513 (*Köbler*).

HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P, JAAN 2007/506 (*Commissie/Succhi di Frutta*).

HvJ EG 29 juni 2004, C-486/01, ECLI:EU:C:2004:394 (*Front National/European Parliament*).

HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*).

HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, ECLI:EU:C:2004:606 (*Peter Paul c.s./Bondsrepubliek Duitsland*).

HvJ EG 14 december 2004, C-210/03 (*Swedish Match*).

HvJ EG 14 december 2004, C-309/02, ECLI:EU:C:2004:799.

HvJ EG 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449 (*Alliance for Natural Health*).

HvJ EG 8 september 2005, C-40/04 (*Syuchi Yonemoto*).

HvJ EG (Eerste kamer) 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL*).

HvJ EG 22 november 2005, C-114/04 (*Mangold/Helm*).

HvJ EG 6 december 2005, C-66/04, ECLI:EU:C:2005:743 (*VK/Europes Parlement en de Raad, Commissie*).

HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*).

HvJ EG 9 februari 2006, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93, NJ 2006/402, m.nt. Mok (*O'Byrne/Sanofi Pasteur, O'Byrne I*).

HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk 2*).

HvJ EG 4 juli 2006, C-212-04 (*Konstantinos Adeneler and others/Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*).

HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04 (*Manfredi*).

HvJ EG (tweede kamer) 23 november 2006, C-315/05, ECLI:EU:C:2006:736 (*Lidl Italia Srl/Comune di Arcole (VR)*).

HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*).

HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, NJB 2007, 1168, NTER 2008, nr.7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*).

HvJ EU 14 juni 2007, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337 (*Medipac-Kazantzidis AE/Venizeleio-Pananeio*).

HvJ EG (eerste kamer) 5 juli 2007, C-327/05, ECLI:EU:C:2007:409 (*Commissie/Denemarken*).

HvJ EG (Eerste kamer) 4 oktober 2007, C-429-05, ECLI:EU:C:2007:575 (*Rampion en Godard/Franfinance SA en K par K SAS*).

HvJ EG 8 november 2007, C-374/05 (*Gintec*).

HvJ EG 15 november 2007, C-319/05 (*Commissie/Duitsland, Knoflookcapsules*).

HvJ EG 30 april 2009, C-27/08 ECLI:EU:C:2009:278 (*BIOS Naturprodukte/Saarland*).

HvJ EG 15 januari 2009, C-140/07 JGR 2009, 1 (*Hecht-Pharma GmbH/Staatliches Gewerbaufsichtsamt Lüneburg*).

HvJ EG 26 maart 2009, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191 (*SELEX*).

HvJ EG 30 april 2009, C-132/08 (*Lidl Magyarország Kereskedelmi bt/Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa*).

HvJ EG 4 juni 2009, C-08/8, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-mobile c.s./Raad van bestuur van de NMA*).

HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi*).

HvJ EG 4 juni 2009, C-285/08, ECLI:EU:C:2009:351 (*Moteurs Leroy Somer/Dalkia France en Ace Europe*).

HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/80, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*).

HvJ EU 15 oktober 2009, C 101/08, ECLI:EU:C:2009:626 (*Audiolux/Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a., Bertelsmann AG e.a.*).

HvJ EG 19 november 2009, C-288/08, ECLI:EU:C:2009:718 (*Kemikalieinspektionen/Nordiska Dental AB*).

HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Küçükdeveci/Swedex*).

HvJ EU 21 oktober 2010, C-185/08 (*Latchways and Eurosafe Solutions/Kedge Safety Systems c.s.*).

HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*VB Pénzügyi Lízing Zrt./Ferenc Schneider*).

HvJ EU 7 december 2010, C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08), Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller (C-144/09)*).

HvJ EU (Tweede kamer) 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland*).

HvJ EU (beschikking) 31 maart 2011, C-367/10 P, ECLI:EU:C:2011:203 (*EMC Development/Commissie*).

HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oreal/Ebay*).

HvJ EU 16 juni 2011, C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 (*Weber en Putz*).

HvJ EU 1 december 2011, gevoegde zaken C-446/09 (*Koninklijke Philips Electronics N.V./Lucheng Meijing Industrial Company c.s.*) en C-495/09 (*Nokia Corporations/Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*), ECLI:EU:C:2011:796.

HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, NJ 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutruex*).

HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez/CICOA*).

HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Nemzeti Fogasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt*).

HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banco Espanol de Crédito/Camino, Banesto*).

HvJ EU 12 juli 2012, C-602-10, ECLI:EU:C:2012:443 (*SC Volksbank România SA/CJPC*).

HvJ EU 6 september 2012, C-190/11, TvC 2013, afl. 3, p. 145-148, m.nt. R.R.M. de Moor (*Mühlleitner*).

HvJ EU 6 september 2012, C-308/11, ECLI:EU:C:2012:548 (*Chemische Fabrik Kreussler & Co. GmbH/Sunstar Deutschland GmbH*).

HvJ EU 14 september 2012, C-171/11, ECLI:NL:XX:2012:BX2273, NJ 2012/580, RvdW 2012/1099 (*Fra.bo SpA/DVGW*).

HvJ EU (Grote Kamer) 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åklagaren/Åkerberg Fransson*).

HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz/Catalunyacaixa*).

HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11 (*Jutta Leth*).

HvJ EU 30 mei 2013, C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344, JOR 2013/274, m.nt. D. Busch (*Genil c.s./Bankinter c.s.*).

HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637 (*Soledad Duarte Hueros/Autociba & Automóviles Citroën España*).

HvJ EU 3 oktober 2013, C-109/12 (*Laboratoires Lyocentre*).

HvJ EU 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami III*).

HvJ EU 17 oktober 2013, C-218/12, TvC 2015, afl. 1, p. 37-39 en 41-43, m.nt. R.R.M. de Moor (*Emrek/Sabranovic*).

HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT c.s.*).

HvJ EU 22 januari 2014, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 (*VK/Europese Parlement en de Raad, ESMA*).

HvJ EU 13 maart 2014, C-132/13 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV/ILME*).

HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:255, JGR 2014/32 (*Acino/Europese Commissie*).

HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kredietnemers/Jelzálogbank*).

GvEA EU 14 mei 2014, T-198/12 (*Duitsland/Europese Commissie*).

HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone c.s.*).

HvJ EU 16 oktober 2014, C-100/13 (*Commissie/Duitsland, ü-mark*).

HvJ EU (Vierde kamer) 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385 (*Novo Nordisk Pharma/S*).

HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*).

HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2014:1921 (*Nationale Nederlanden Levensverzekeringen Mij/Van Leeuwen. Woekerpolis*).

HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV*).

HvJ EU 16 juni 2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 (*Huawei/ZTE*).

HvJ EU 16 juli 2015, C-255/14, ECLI:EU:C:2015:475 (*Chmielewski*).

HvJ EU 10 september 2015, C-106/14, ECLI:EU:C:2015:576 (*Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), Fédération des magasins de bricolage et de l'aménagement de la maison (FMB)/Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*).

HvJ EU 15 oktober 2015, C-251/14, ECLI:EU:C:2015:687 (*Balázs*).

HvJ EU 17 december 2015, C-157/14, EU:C:2015:823 (*Neptune distribution*).

Concl. A-G van 28 januari 2016 in C-613/14, ECLI:EU:C:2016:63 (*James Elliott Construction Ltd./Irish Asphalt Ltd.*).

HvJ EU 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pilbox 38 UK/Secretary of State for Health*).

HvJ EU 24 November 2016, C-662/15, ECLI:EU:C:2016:903 (*Lohmann & Rauscher/BIOS*).

HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*).

HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*).

Concl. A-G M. Bobek van 7 maart 2017, C-621/15 (*Sanofi Pasteur/Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*).

HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*).

HvJ EU 14 december 2017, C-630/16, ECLI:EU:C:2017:971 (*Anstar Oy Turvallisuus- ja kemikaalivirasto (Tukes)*).

HvJ EU 20 februari 2018, C-16/16 P, SEW 2018, 7-8 (*Koninkrijk België/Europese Commissie*).

HvJ EU 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer e.a.*).

HvJ EU 6 november 2018, C-619-16 (*Kreuzinger*).

HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck-Gesellschaft e.a.*).

HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17 ECLI:EU:C:2019:204 (*Vantaan kaupunki/ Skanska Industrial Solutions c.s.*).

Gerecht van Eerste Aanleg

GvEA (Vierde kamer — uitgebreid) 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (*SCK en FNK/Europese Commissie*).

GvEA (Derde kamer) 11 september 2002, T-13/99 (*Pfizer Animal Health SA c.s./Raad*).

GvEA (Derde kamer) 11 september 2002, T-70/99 (*Alpharma Inc/Raad c.s.*).

GvEA (Tweede kamer - uitgebreid) 26 november 2002, gevoegde zaken T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-132/00, T-137/00 en T-/141/00 (*Artegodan c.s./Commissie*).

GvEA 10 maart 2004, T-177/02 (*Malgutti/Commissie*).

GvEA 25 mei 2004, T-264/03, ECLI:EU:T:2004:157 (*Schmoldt e.a./Commissie*).

GvEA 12 mei 2010, T-432/05, ECLI:EU:T:2010:189 (*EMC Development/Europese Commissie*).

GvEA 8 december 2011, nr. T-421/07 (*Deutsche Post/Commissie*).

GvEA (tweede kamer) 28 september 2016, T-600/15, ECLI:EU:T:2016:601 (*PAN Europe e.a./Commissie*).

GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*).

Hoge Raad der Nederlanden

HR 13 januari 1879, *W* 4330 (*Meerenberg-arrest*).
HR 10 juni 1919, *NJ* 1919/647.
HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos, Tandartsen*).
HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)*).
HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*).
HR 19 mei 1967, ECLI:NL:PHR:1967:AC4745, *NJ* 1967/261, m.nt. Scholten (*Saladin/HBU*).
HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, *NJ* 1972/339, m.nt. L.J. Hymans v.d. Berg (*Maring, Assuradeuren/Maring, La Confiance-Maring*).
HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1973/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*).
HR 2 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6726, *NJ* 1973, 315 (*Lekkende Kruik I*).
HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*).
HR 6 april 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB7188, *NJ* 1973/459, m.nt. GJS (*Merryweather/Hagemeyer*).
HR 22 november 1974, *NJ* 1975/149 (*Heddema/De Coninck, Struikelende broodbezorger, Springtouwte*).
HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695, *NJ* 1976/486 (*Van der Laan/Top, Pseudo vogelpest*).
HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514, *NJ* 1979/245 (*Messaoudi/Hoechst*).
HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*).
HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, *NJ* 1981/227 (*Van Dam/Beukeboom*).
HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*).
HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982, 614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natronloog*).
HR 7 mei 1982 ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478, m.nt. Brunner (*Omgewaaiide boom*).
HR 16 mei 1986 ECLI:NL:PHR:1986:AC9354, *NJ* 1987/251, m.nt. M. van Scheltema (*Landbouwwliegers, Spuitvliegen*).
HR 20 november 1987, *NJ* 1988/550 (*Timmer/Deutman*).
HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*).
HR 28 maart 1990, *NJ* 1991/118, m.nt. Scheltema (*Leidraad-arrest*).
HR 8 december 1989, *NJ* 1990/778 (CJHB) (*Vrieling/Ruröde*).
HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/1 (*De Staat/Natuur en Milieu c.s.*).
HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0181, *NJ* 1991/420 (*Roeffen/Thijssen*).
HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, *NJ* 1993/476.
HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw I*).
HR 17 en 24 september 1993, *NJ* 1993/173 en 174 (CAO).
HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1080, *NJ* 1993/182, m.nt. Brunner (*Van Uitert/Kraamzorg, Lekkende kruik II*).
HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1197, *NJ* 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*).
HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338, *NJ* 1995/614, m.nt. Brunner, AA 1994/821, m.nt. Hijma (*Schirmeister/Heus, Oldtimer*).
HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, *NJ* 1994, 624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hulsbosch/Broen (Taxusstruik)*).
HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, *NJ* 1996/196 (*Staat/Shell*).
HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/720, m.nt. Scheltema (*August de Meijer, Wrakopruimingsarrest*).
HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175, m.nt. Brunner, VR 1995/96 (*Korver/De Heel*).

HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1971, NJ 1996/360, RvdW 1996/41 (*Bemico e.a./Cornebo*).

HR 28 juni 1996, NJ 1997/495, m.nt. H.J. Snijders (*Rolrichtlijnen-arrest*).

HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2204, NJ 1998, 567 (*Bos/Althuisius, Bos/erven Althuisius*).

HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, NJ 1997/219 (*Du Pont/Hermans*).

HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7230, NJ 1998/281, m.nt. M.M. Mendel (*Centraal Beheer/Forbo*).

HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2525, NJ 1998/224 (*Slokker Bouwmaatschappij Zoetermeer/Wolvega Panelen*).

HR 9 januari 1998, NJ 1998/272 (*Brok/Huberts, heupdysplasie*).

HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, NJ 1999/638 (*Cijsouw II*).

HR 2 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2883, NJ 1999, 552.

HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Losser/Kruidhof*).

HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*).

HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*Mol/Meijer*).

HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7239, NJ 2000/644 (*W. Haagman & co c.s./Vaessen-Schoemaker Chemische Industrie BV, Soepballen*).

HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, NJ 2000/700, AV&S 2001, p. 43, m.nt. F.T. Oldenhuis (*Foekens/Naim*).

HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:AA9430, NJ 2001/199 (*Steinbusch/Van Alpen*).

HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001/524, m.nt. Vranken (*Ter Hofte/Oude Monnik*).

HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*).

HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1058, NJ 2001/420, m.nt. T. Koopmans, RvdW 2001/83 (*Luchthaven* HR 7 HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*).

september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3657, NJ 2001/615. *Soesterberg*).

HR 15 juni 2001, NJ 2001, 435 (*WE/VIB II*).

HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, NJ 2001/120, m.nt. Mendel (*Biçak/Aegon*).

HR 23 november 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. Vranken (informed consent)

HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4914, NJ 2001/57 (*Eurofleur Leusden/Rolloos Sörensen*).

HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, NJ 2003/706 (*Pharmacia/Cosmétique*).

HR 12 april 2004, ECLI:NL:HR:2002:AD9112, JBO 2005/341.

HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151 m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Aansprakelijkheid arts, tuchtrecht*).

HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003, 112 (*Bramer/Hofmanbeheer & Colpro*).

HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, NJ 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella besmetting Westfrieze Flora*).

HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*).

HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:AF8254, NJ 2004/177 (*Peters/Hofkens, Vallende schoonmaakster*).

HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4621, NJ (*London Verzekeringen/Noordhollandsche*).

HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*).

HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, *JOR* 2005, 168, m.nt. J.J. Dammigh, *JOL* 2005, 127 (*Fabels/Meenderink*).

HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377, m.nt. H.J. Snijders en F.C.B. van Wijmen (*Protocol-II*).

HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*).

HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*).

HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *NJ* 2005/418, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bouwvergunning Heemstede, Ludlage/Van Paradijs*).

HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463, *NJ* 2005, 215 (*Stichting de Lozerhof/van Duyvenbode-Langen*).

HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *JAR* 2005/287 (*Bayar/Wijnen*).

HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, *NJ* 2006/115, m.nt. C.E. du Perron (*Bosman/mr. G*).

HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, *RvdW* 2005/4 (*Hertel/Van der Lugt*).

HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378 (*Royal e.a./Polygram*).

HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, *NJ* 2006/302 (*ACM/Albert Heijn*).

HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*).

HR 7 april 2006, *NJ* 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*).

HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2013:AX1576, *NJ* 2006, 522, *RvdW* 2006, 879, *JOL* 2006, 540, *JGR* 2006, 54, m.nt. Vollebregt (*GSK/Sara Lee*).

HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, *NJ* 2008/529, m.nt. Van Dam (*Actuarissen/Vie d'Or*).

HR 10 november 2006, LJN: AY9317, *RvdW* 2006/1058, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*).

HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, *RvdW* 2006, 1109, *JOR* 2007/19 mnt. K. Frielink, *JA* 2007/23 m.nt. S.B. van Baalen, *RF* 2007/2, *NJ* 2006/644, *JE* 2006/459 (*Van Lanschot Bankiers N.V.*).

HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, *NJ* 2007, 203, m.nt. Mok (*Zorgplicht vermogensbeheerder*).

HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:AZ4410, *NJ* 2008/104, m.nt. Du Perron (*NBA/Meerhuysen*).

Concl. A-G Verkade van 14 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC4492, *RvdW* 2008/322.

HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200, *NJ* 2007/644, *RvdW* 2007, 705 (*Ouders/MCL*).

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3529, *NJ* 2007/639 (*HBU/Groenendijk*).

HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *NJ* 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*).

HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, *NJ* 2010/83 (*Moerings/Mol, Pootaardappelen*).

HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984, *NJ* 2008/480 (*BT/Scaramea*).

HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*).

HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890, *NJ* 2009/28 (*Smeets/Gemeente Heerlen*).

HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 (*Dexia/De Treek*).

HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. Vranken (*Effectenlease Levob*).

HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, *NJ* 2011, 302 (*Lego*).

HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, *RvdW* 2009/1403 (*VEB/World Online*).

HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, *NJ* 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*).

HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*).

HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, *NJ* 2010/570 (*Euronext/AFS*).

HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7889, *NJ* 2010/623 (*Skare/Flexmen*).

HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).

HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, *NJ* 2011/449 (*Pretium/Tros*).

HR 9 december 2011, *NJ* 2011/599 (*Flevoziekenhuis*).

HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*De Ronde Venen/Stedin*).

HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567, *NJ* 2011/406 (*Melchemie/Delbanco*).

Concl. A-G Langemeijer van 30 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*).

HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*).

HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *NJ* 2012/397 (*Knooble/Staat*).

HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, *NJ* 2002/386 (*Ingenhut*).

HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*).

Conclusie Parket Hoge Raad van 22 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY1529 (*Stokke stoel*).

HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, *NJ* 2014/98, m.nt. Hartlief (*SVB/Van de Wege, RSI*).

HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverslaap*).

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*).

HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *RvdW* 2014/600, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*).

HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt, KoersPlan*).

HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. Hijma (*Boetebeding WAV, Wijnenbouw/Muller*).

HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *NJ* 2015/361 (*SNS Reaal*).

HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, *NJ* 2015/266 (*Staat/S.*).

HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:337, *RvdW* 2016/337.

HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*SEBA/Amsterdam I*).

HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1280, *JIN* 2016/156 (*X/Veka*).

HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114, m.nt. TTT (*FNV/Condor*).

HR 9 december 2016, ECLI:HR:2016:2835, *NJ* 2017, 11 (*Duisenbergregeling*).

HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, *NJ* 2017/48 (*DAF/Achmea*).

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:279.

HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106.

HR 14 juli 2017 ECLI:NL:HR:2017:1345, *NJ* 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV/Zürich*).

Concl. A-G Hartlief 6 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1095, sub 3.18-3.19.

HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106, *RvdW* 2018/3 (*Forellenkwekerij*).

HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1 (*Chemours/Stedin*).

HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, *NJ* 2018/422.

HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, *NJ* 2018/291, m.nt. J. Spier.

HR 4 mei 2018 ECLI:NL:HR:2018:678 (*FNV/Werkgeversorganisaties*).

HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak.
 HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, *NJ* 2019/295, m.nt. Lindenbergh
 (*Liander/Grondroerder*).
 HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *JAR* 2018/66 m.nt. A.M. Helstone, *JOR*
 2018/215 m.nt. E.L.H. van der Vos (*Rabobank/X*).
 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*NVM, Meetinstructie*).
 HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, *NJ* 2018/398 (*Eiseres/Albert Heijn,*
Erecode franchise).
 HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, *NJ* 2020/40, m.nt. Jac. Hijma.
 HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, *NJ* 2019/21.
 Conc. A-G Harlief van 18 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:244.
 HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:510.
 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:444.
 Concl. P-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176.

Hoven

Hof Amsterdam 24 februari 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC7881, *BIE* 1985, 33.
 Hof Arnhem 24 juni 1986, ECLI:NL:GHARN:1986:AC9444, *NJ* 1988/709.
 Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AT1737.
 Hof Arnhem 28 oktober 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AT9190, *NJ* 2003/305
 (*Koolhaas/Rockwool, na verwijzing*).
 Hof Amsterdam 17 februari 2005, *IER* 2005/56 (zie voor het cassatieberoep HR 22
 september 2006, *NJ* 2006/522 (*Glaxosmithkline/Sarah Lee*)).
 Hof 's-Gravenhage 1 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU1864.
 Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2526.
 Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4164, *JA* 2006/95, *VR*
 2007/38.
 Hof Amsterdam 21 september 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY9350.
 Hof Amsterdam 16 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, *NJF* 2007, 523.
 Hof Arnhem 19 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9404.
 Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6572, *JBO* 2008/45, m.nt.
 H.J. Bos, *JM* 2009/3, m.nt. H.J. Bos.
 Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *NJF* 2009, 248
 (*Lichtwer c.s./Norgine*).
 Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8168, *RAV* 2009, 29.
 Hof Leeuwarden 3 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4480, *JAR* 2009, 74.
 Hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2593.
 Hof 's-Hertogenbosch 1 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ7299, *VR* 2010, 80,
JA 2010/7, met noot Van der Zalm.
 Hof Amsterdam 24 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL4918.
 Hof 's-Gravenhage 6 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0330, *NJF* 2010/193.
 Hof Arnhem 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN5820.
 Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, *RCR* 2011/78.
 Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR1513, *JAR* 2011/243, *Prg.*
 2011/214, *JA* 2011/163, *VR* 2012/63, *JIN* 2011/592.
 Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4301.
 Hof Amsterdam 18 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ3728
 Hof Arnhem 29 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0811.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8374.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718, *RAV* 2013, 74.
 Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1437.
 Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858, *JAAN* 2013/200.

Hof Amsterdam 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3204.
 Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4907.
 Hof Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5222.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3452, *JAR* 2013/194.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8984.
 Hof Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:408
 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2841, *JA* 2014/83, m.nt. E. Pans.
 Hof Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1520.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243.
 Hof 's-Gravenhage 8 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3091.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5843.
 Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4079.
 Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4215, *RCR* 2015/5.
 Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:606, *NJF* 2015/194.
 Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:640.
 Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:915, *JM* 2015/153, m.nt. Bos, *JBO* 2015/237 m.nt. Bos, *JBO* 2015/114, m.nt. D. van der Meijden.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4346.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5070.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5526.
 Hof 's-Hertogenbosch 15 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3586.
 Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5256.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1697.
 Hof Amsterdam 5 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1286.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5263.
 Hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3060.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6308.
 Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4320.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10514.
 Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5484.
 Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, *NJF* 2017/120.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2580.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5158.
 Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2028.
 Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3852, *AR* 2017/5076.
 Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166.
 Hof Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1758.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8308.
 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *JA* 2019/37.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10336, *JA* 2019/4.
 Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5073.
 Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1458.
 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1301.
 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6038.
 Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3188.

Rechtbanken

Rb. Haarlem (pres.) 29 april 1985, ECLI:NL:RBHAA:1985:AH0681, *BIE* 1986. 61.
 Rb. Haarlem 18 februari 1992, *NJ* 1993/521 (*Forbo*).
 Rb. Amsterdam 3 februari 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AB8317 (*S./Stichting Sanquin Bloedvoorziening*).
 Rb. Alkmaar 30 december 1999, *NJ Kort* 2000/11 (*Mazda*)(*Vlaar/APB*).

Rb. Zutphen 26 maart 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF6264
 Rb. Utrecht 29 april 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AF7905.
 Rb. Arnhem 22 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO2174 (*Basic Holdings, Glen Duplex/Bouwmaterialenhandel De Heuning*).
 Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558.
 Rb. Arnhem 14 januari 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO2187, *NJF* 2004/267 (*Heuting/Falkom*).
 Rb. Zutphen 23 juni 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AP8627.
 Rb. Breda 28 juli 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AQ5694, *IER* 2004, 98.
 Rb. Arnhem 4 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2826.
 Rb. Middelburg (straf) 13 april 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AT4286.
 Rb. Arnhem (vrz.) 23 juni 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU1580 (*Microtek Medical/Beldico*).
 Rb. Arnhem (vrz.) 9 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4917.
 Rb. Dordrecht (vrz.) 13 oktober 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU4279.
 Rb. Alkmaar 15 december 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AU8188.
 Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV0512.
 Rb. Rotterdam 3 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV1554, *JGR* 2006, 45, m.nt. Vollebregt.
 Rb. Maastricht 18 augustus 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY8418.
 Rb. Arnhem 1 november 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BC4427, *SES* 2008, 10.
 Rb. Den Haag (vrz.) 8 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ1827 (Bodemzaak: Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4373), *JAAN* 2007, 0126.
 Rb. Zutphen 3 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993.
 Rb. Arnhem 24 januari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:AZ9460.
 Rb. 's-Gravenhage 12 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA1255.
 Rb. Amsterdam (vzr.) 23 augustus 2007, *TBR* 2008/82.
 Rb. Maastricht 26 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB4448.
 Rb. Zwolle-Lelystad 14 november 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BD4284.
 Rb. Breda 19 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BC8144.
 Rb. Arnhem 12 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC7707.
 Rb. Den Haag 16 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BE9131.
 Rb. Rotterdam 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG2022,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081015n2.html>, *European Journal of Commercial Contract Law* (2009-1) 41, abstract by Kruisinga (*Eyroflam S.A./P.C.C. Rotterdam B.V.*).
 Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225 (*Rokersclaim*).
 Rb. Rotterdam (vrz.) 12 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BG9688 (*Gemeente Rotterdam/Interparking*).
 Rb. Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2966 (*Stichting Vivium Zorggroep/Thuasne*).
 Rb. Arnhem 22 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI3331 (*Arnild Barging/Euroship Services*).
 Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 29 juni 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC1534.
 Rb. Den Haag (vrz.) 11 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK3117.
 Rb. Dordrecht 9 december 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6932, *JA* 2010/24.
 Rb. Zwolle-Lelystad 9 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL0104.
 Rb. Rotterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1244 *JHV* 2010/107 m.nt H. Ferment (*Interparking/Gemeente Rotterdam*).
 Rb. Arnhem (vrz.) 29 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM5524, *JAAN* 2010/58.
 Rb. Amsterdam 19 januari 2011, zaaknummer /rolnummer: 428586 / HA ZA 09-1631, *IEPT* 20110119 (*Stybenex/Rockwool*).

Rb. Rotterdam 29 maart 2011 (zaak-/rolnummer 371783/ KG-ZA 11-86, niet gepubliceerd).

Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 11 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR4554.

Rb. Dordrecht 15 juni 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ8251.

Rb. Arnhem 22 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1090.

Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, *JOM* 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*).

Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8995.

Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 15 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW4108.

Rb. Amsterdam (vrz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2084.

Rb. Utrecht 25 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3544, *NJF* 2012/412.

Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0567.

Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:2793.

Rb. Oost-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ7265.

Rb. Amsterdam 15 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2741.

Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5327.

Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11075, *JM* 2013, 158, *JBO* 2013/164, m.nt. H.J. Bos.

Rb. Rotterdam 29 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6515.

Rb. Overijssel 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2631.

Rb. Amsterdam 6 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7934.

Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6386.

Rb. Amsterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7349.

Rb. Midden-Nederland (vrz.) 20 december 2013, ECLI onbekend, *JAAN* 2014/48.

Rb. Gelderland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:841.

Rb. Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, *JA* 2014/50, *NJF* 2014/377.

Rb. Amsterdam (vrz.) 2 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580 *JAAN* 2014/193.

Rb. Den Haag (vrz.) 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761, *JAAN* 2014/77.

Rb. Oost-Brabant (ktr., zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 13 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1145.

Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1440

Rb. Zeeland-Westbrabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2163.

Rb. Amsterdam (vrz.) 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1827.

Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4578, *NJF* 2014/376.

Rb. Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6080, *JGR* 2014/39.

Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3097.

Rb. Midden-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5643, *S&S* 2015/59 (*ProRail/ERS Railways*).

Rb. Amsterdam 10 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8117, *JM* 2015/81.

Rb. Amsterdam 24 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8784.

Rb. Gelderland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2014:8176, *JA* 2015/25.

Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda, eerste aanleg*).

Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179, *JA* 2015/148, m.nt. M.S.E. van Beurden, *GZR-Updates.nl* 2015-0389 m.nt. R.P. Wijne, *GJ* 2015/143.

Rb. Gelderland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5786.

Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11552.

Rb. Amsterdam 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8388.

Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212, *JA* 2016/37, *GZR-Updates.nl* 2016-0035 m. nt. R.P. Wijne, *NJF* 2016/119, *GJ* 2016/21.

Rb. Rotterdam (vrz.) 10 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:976, *JAAN* 2016/62.

Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2971.

Rb. Noord-Nederland (vrz.) 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2338.

Rb. Den Haag 25 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2014:5843.

Rb. Gelderland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4530.
 Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8116.
 Rb. Gelderland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4565.
 Rb. Noord-Nederland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3827.
 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8495.
 Rb. Noord-Nederland 21 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11289.
 Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167.
 Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2415.
 Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491, *RAV* 2017/90.
 Rb. Limburg 31 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4981, *RAV* 2017/91.
 Rb. Gelderland (vrz.) 15 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3450.
 Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055, *VR* 2018/110.
 Rb. Gelderland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4112.
 Rb. Limburg 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8581.
 Rb. Noord-Nederland (vrz.) 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2977.
 Rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7221.
 Rb. Noord-Nederland (vrz.) 9 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4264.
 Rb. Amsterdam (vrz.) 21 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9375.
 Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, *RVR* 2018/70 (*Pannakooi*).
 Rb. Amsterdam 20 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3805.
 Rb. Amsterdam (vrz.) 24 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5455.
 Rb. Rotterdam (vrz.) 27 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6275 (*Gelders staal- en schildersbedrijf/Eurogrit c.s.*).
 Rb. Oost-Brabant 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4414.
 Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, C/17/149483 / HA ZA 16-161 (niet gepubliceerd).
 Rb. Rotterdam 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8843.
 Rb. Den Haag (vrz.) 6 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13142.
 Rb. Rotterdam 7 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10074.
 Rb. Rotterdam 2 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6 (*Byldis Prefab/Eurogrit c.s.*).
 Rb. Rotterdam 16 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:421.
 Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:346.
 Rb. Noord-Nederland 12 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1975.
 Rb. Rotterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4304.
 Rb. Rotterdam 24 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5104.

Rechtspraak Duitsland

BGH 8.3.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, *NJW* 1995, 2099 (*Mussel case*).
 BGH 12.3.1968 - VI ZR 178/66 (Hamm), *NJW* 1968, 1279 (*Stromausfall wegen Kabelbeschädigung bei Bauarbeiten*).
 BGH 25.9.1968 - VIII ZR 108/66 (Frankfurt/Kassel), *NJW* 1968, 2238, 2239 (*Dieselmotoren*).
 BGH 26.11.1968- VI ZR 212/66 (Düsseldorf), *NJW* 1969, 269 (*Hühnerpest*).
 BGH 14.05.1974, VI ZR 48/73, *NJW* 1974, p. 1503 (*DVGW-prüfzeichen*).
 BGH 11. 12. 1979 - VI ZR 141/78 (Düsseldorf) (*Klapprad*).
 BGH 18.02.1981 - VIII ZR 14/80 (Düsseldorf), *NJW* 1981, 1269, 1270 (*Klebeband*).
 BGH 30.06.1983, *GRUG* 1984, p. 117-119 (*DIN*).
 BGH 29.11.1983, VI ZR 137/82, *NJW* 1984, p. 801 en 802 (*Schade toeschouwer ijshockey wedstrijd*).
 BGH 17.01.1984, VI ZR 35/85, *VersR* 11 1984, p. 270 en 271 (*Flachmeissel*).

BGH 13.12.1984 III ZR 20/83 (Hamm), *NJW* 1985, 1774.
 BGH 07.10.1986 - VI ZR 187/85 (Stuttgart) *NJW* 1987, 372 (373) (*Verzinkungsspray*).
 BGH 10.03.1987, VI ZR 144/86, *NJW* 1987/36, p. 2222 en 2223 (*Warentest composthakhmachines*).
 BGH 01.03.1988, VI ZR 190/87, *NJW* 1988, p. 2667 (*Ongeval glijbaan*).
 BGH 28.04.1987, VI ZR 127/86, *NJW* 1988/1-2, p. 48 en 49 (*Ongeval speeltuin doorgeroeste draaipaddestoel*).
 BGH 14.05.1988, VII ZR 184/97, *BGHZ* 139, 16.
 BGH 07.06.1988, VI ZR 91/87, *NJW* 1988, 2611 (*Limonadenflasche*).
 BGH 24.04.1990 - VI ZR 358/89 (Karlsruhe), *NJW* 1992, 41 (*Baustromverteiler*).
 BGH 19.04.1991, V ZR 349/89, *NJW* 1991, p. 2021 (*Schade naburig perceel na grondwerkzaamheden*).
 BGH 17.11.1992 - VI ZR 352/91, *NJW* 1993, 528 (*Mineralwässerflasche I*).
 OLG Stuttgart 07-10-1991 - 7 U 3/91, *NJW-RR* 1992, 670 (*Spannungsprüfer*).
 BGH 07-12-1993 - VI ZR 74/93 (München) (*Gewindeschneidemittel I, passiven Produktbeobachtung*).
 BGH 27.09.1994, *VersR* 1994/1034 (*Beademingsapparatuur*).
 BGH 09.05.1995, *NJW* 1995, 2162, *BGHZ* 129, 353, 359, *JZ* 1995, 1060 (*Mineralwässerflasche II*).
 BGH 12.11.1996, VI ZR 270/95, *NJW* 1997, 382 en 582 (*Verdronken kind op bouwplaats*).
 BGH 14.05.1998, VII ZR 184/97, *NJW* 1998, p. 2814 en 2815 (*Geluidsoverlast aangekochte woningen*).
 BVerfGE 29 juli 1998, *ZUM* 1998, p. 926 (*DIN*).
 BGH 18.05.1999, VI ZR 192/98, *NJW* 1999, p. 38 (*Instructiegebrek papierversnipperaar*).
 BGH 13.03.2001 - VI ZR 142/00, *NJW* 2001/2019 (*Gehoorschade bij concert*).
 OLG Köln 24. 7. 2002 - 13 U 146/01, *NJW* 2004, 521 (*Sandwich*).
 OLG Naumburg 17.04.2003, 7 U 75/02.
 OLG Celle 28.5.2003 - 9 U 7/03, *NJW* 2003, 2544, 2555 (*Innenlauftrommel, speelrad in speeltuin*).
 BGH 15.7.2003 - VI ZR 155/02 (OLG Frankfurt a.M.) *NJW-RR* 2003, 1459, 1460 (*Brekkige installatie warmtewisselaar*).
 BGH 3.11.2004, VIII ZR 344/03, *NJW-RR* 2005, p. 386 en 387 (*Roestschade door gebrekkige installatie warmtewisselaar*).
 BGH 2.3.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> (*Frozen Pork Case*).
 OLG Köln 07.09.2005, Az 27 U 12/04, *NJW* 2005, 3292, 3294, *ZLR* 2005, 738 (*Haribo, Lakritzmischung*).
 LG Düsseldorf 30.11.2005 - 10 O 144/04, *NJW-RR* 2006, 1033 (*Abschälmaschine*).
 OLG Celle 10.10.2005, 7 U 155/05, *VersR* 2007, p. 253 en 254 (*Lederschleifmaschine*).
 BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), *NJW* 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*).
 BGH 14.6.2007 - VII ZR 45/06, *NJW* 2007/2983.
 BGH 3.6.2008, VI ZR 223/07, *NJW* 2008, 3775 (*Trampoline ongeval*).
 BGH 16.6.2009 - VI ZR 107/08 (OLG Jena), *NJW* 2009, 2952 (*Airbag*).
 BGH 7.7.2010 - VIII ZR 85/09, *NZM* 2010, p. 618 en 619 (*Schallschutz*).
 OLG Düsseldorf 14.08.2013, VI-2 U (Kart) 15/08.
 BGH 9.7.2015, I ZR 224/13, *GRUR* 2015, 1021 (*Kopfhörer-Kennzeichnung*).
 OLG Frankfurt a.M. 5.7.2018, 6 U 28/18, ECLI:DE:OLGE:2018:0705.6U28.18.00.

Rechtspraak Oostenrijk

Oberster Gerichtshof 25 januari 2006,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060125a3.html> (*Frozen Pork Liver*).
 Oberster Gerichtshof 19 april 2007,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070419a3.html> (*Scaffold Hooks Case*).

Oberste Gerichtshof 17 Oktober 2012, 7 Ob 48/12b (*Kone c.s./ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft*).

Rechtspraak VK

Blythe v. Birmingham (1856) 11 Ex 781.
Clarke v Army & Navy Co-operative Society Ltd [1903] 1 KB 155 340, 372.
Donoghue v Stevenson [1932] UKHL 100.
Kubach v. Hollands [1937] 3 All ER 907.
Watson v Buckley and Osborne, Garrett and Co. Ltd. (Ogee Ltd.), [1940] 1 All ER 174.
Holmes v. Ashford [1950] 2 All ER 76.
Fisher v Harrods Ltd [1966] 1 Lloyd's Rep. 500.
Budden v BP Oil Ltd [1980] JPL 586; P No 78 111469/78 11470, 2 May 1980 (Budden).
Thompson v Smiths Shiprepairers [1984] QB 405 (Thompson).
Stokes v Guest, Keen and Nettlefold [1986] 1 WLR 1776
E Hobbs (Farms) Limited v The Baxenden Chemical Co Limited [1992] 1 Lloyds Rep 54.
Ward v. Ritz Hotel (London) [1992] P.I.Q.R. 315 (*Ward v Ritz Hotel*).
Green v Building Scene Limited And Another [1994] P.I.Q.R. P259.
Balding v. Lew-ways Ltd. 1995 QBLR 314.
Central RC v Uponor Ltd 1996 S.L.T. 645.
Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896.
Antonio Muñoz Y Cla SA and Another v Frumar Ltd and Another [1999] 3 C.M.L.R. 684.
A v The National Blood Authority [2001] 3 All ER 289.
Britvic Soft Drinks Ltd v Messer UK Ltd, a.k.a. Messer UK Ltd v Britvic Soft Drinks Ltd [2002] EWCA Civ 548; [2002] 2 All E.R. (Comm) 321; [2002] 2 Lloyd's Rep. 368; Times, May 22, 2002.
Andrew Weir Shipping v Wartsila UK Limited & Anor [2004] EWHC 1284 (Comm) 2004 WL 1174256.
Bramhill v Edwards [2004] EWCA Civ 403, [2004] 1 Lloyd's Rep. 653.
Pollard v Tesco Stores Ltd [2006] EWCA Civ 393.
Hazlewood Grocery Ltd v Lion Foods Ltd [2007] EWHC 1887 (QB); [2007] L.L.R. 693.
Webster Thompson Ltd v JG Pears (Newark) Ltd [2009] EWHC 1070 (Comm); [2009] 2 Lloyd's Rep. 339.
Baker v Quantum Clothing Group Ltd and others [2011] UKSC 17 (*Baker*).
Lowe v W Machell Joinery Ltd [2011] EWCA Civ 794; [2012] 1 All E.R. (Comm) 153; [2011] B.L.R. 591; 138 Con. L.R. 48; [2011] N.P.C. 72.
Activa DPS Europe Sarl v Pressure Seal Solutions Ltd (t/a Welltec System (UK)) [2012] EWCA Civ 943; [2012] T.C.L.R. 7; [2012] 3 C.M.L.R. 33; [2012] Eu. L.R. 756.
United Central Bakeries Ltd v Spooner Industries Limited [2013] CSOH 150, [2013] WL 4788884.
Arnold v Britton [2015] UKSC 36.
Weatherford Global Products Ltd v Hydropath Holdings Ltd [2014] EWHC 2725 (TCC); [2015] B.L.R. 69.
Wilkes v Depuy International Limited [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503.
Wood v Capita Insurance Services [2017] UKSC 24.
Gee v DePuy [2018] EWHC 1208 (QB), 2018 WL 02321180.

Rechtspraak VS

Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).
United States v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947).

Barker v. Lull Engineering Co., 573 P.2d 443, 20 Cal. 3d 413, 143 Cal. Rptr. 225, 1978 Cal. LEXIS 176, 96 A.L.R.3d 1 (Cal. 1978).
Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).
General Electric Co. v Joiner, 522 U.S. 136 (1996).
Snyder v. American Ass'n of Blood Banks 676 A2d p. 1036 (NJ 1996), p. 1048.
Kumho Tire Company LTD v. Carmichael, 526 U.S. 1473 (1999).
U.S. 17 May 1999 Federal District Court [Louisiana],
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html> (*Medical Marketing/Internazionale Medico Scientifica*).
Meneely v. Smith 5 P 3d 49, 57 (Wash.App 2000).
Milward v. Acuity Specialty Products, 639 F.3d 11 (1st Cir. 2011), p. 24.

Rechtspraak Ierland

James Elliott Construction/Irish Asphalt Limited [2011] IEHC 269, 2008 4767 P.
Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11.
Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Supreme Court (Ierland) op 30 december 2014 — *James Elliott Construction Limited/Irish Asphalt Limited* (Zaak C-613/14) (vertaling beschikbaar gesteld door MinBuZa).

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*).
Concl. A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680.
ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3295.
ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, NJB 2016/1193, BR 2016/53 met annotatie van M.Y.C.L. de Wit, JB 2016/124 met annotatie van L.J.M. Timmermans, JOM 2016/453, JOM 2016/1020 (*Plan "Sporalle"*).
ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296, JB 2016/123 (*Buitengebied Maartensdijk 2012*).
ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2947, JB 2017/3, JGR 2017/5 m.nt. Lisan.
ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1175, JGR 2018/2, m.nt. Later-Nijland.
ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298.

College van beroep voor het bedrijfsleven

CBB 23 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6798, AWB 12/268.
CBB 17 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:136.
CBB 19 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:426
CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:546.

Arbitrage

RvA voor de Bouw 24 februari 2014, No. 34.501 (gebruik NEN-normen gewoonte in de bouwsector), TBR 2016/192, m.nt. E.M. Bruggeman.
RvA 7 december 2018, 36.222.

Verordeningen, richtlijnen en andere besluiten van de instellingen van de EU

1965

Richtlijn 65/65/EEG van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (*PbEG* 1965, 22).

1972

Verordening (EEG) Nr. 1035/72 van de Raad van 18 mei 1972 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit (*PbEG* 1972, L 118).

1975

Richtlijn 75/324/EEG van de Raad van 20 mei 1975 inzake onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de Lid- Staten betreffende aerosols (*PbEG* 1975, L 147)

1976

Richtlijn 76/768/EEG van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake cosmetisch producten (*PbEG* 1976, L 262/169).

Richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten (PbEU L 262, blz. 169), zoals gewijzigd bij richtlijn 88/667/EEG van de Raad van 21 december 1988 (PbEU L 382, blz. 46) en bij richtlijn 93/35/EEG van de Raad van 14 juni 1993 (*PbEG* 1976 L 151, blz. 32).

1983

Richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (*PbEG* 1983, L 109/8).

1985

Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken (*PbEG* 1985, L210/29).

1989

Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (*PbEG* 1989, L 183/1).

Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde produkten (*PbEG* 1989, L 40) (Richtlijn Bouwproducten).

1992

Richtlijn 92/59/EEG van de Raad van 29 juni 1992 inzake algemene produktveiligheid (*PbEG* 1992, L 228/24).

1993

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993/L 095).

Richtlijn 93/42/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen (*PbEG* 1993, L 169) Geconsolideerde versie d.d. 11 november 2007.

Besluit 93/465/EEG van de Raad van 22 juli 1993 betreffende de modules voor de verschillende fasen van de overeenstemmingsbeoordelingsprocedures en de voorschriften inzake het aanbrengen en het gebruik van de CE-markering van overeenstemming (*PbEG* 1993, L 220/23).

1994

Richtlijn 94/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 maart 1994 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten betreffende apparaten en beveiligingssystemen bedoeld voor gebruik op plaatsen waar ontploffingsgevaar kan heersen (*PbEG* 1994, L 100/1).

1996

Verordening (EG) Nr. 2200/96 van de Raad van 28 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit (*PbEG* 1996, L 297/ 1).

1998

Richtlijn 98/37 van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende machines (*PbEG* 1998, L 207).

1999

Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (*PbEG* 1999, L 171).

2001

Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEU* 2001, L 311).

Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 december 2001 inzake algemene productveiligheid (*PbEU* 2009, L 11/4).

2002

Verordening (EG) Nr. 178/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden (*PbEU* 2002, L 31/1).

2004

Beschikking 2004/905/EG van de Commissie van 14 december 2004 tot vaststelling van richtsnoeren voor het melden van gevaarlijke consumentenproducten aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaten door producenten en distributeurs overeenkomstig artikel 5, lid 3, van Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2004, L 381/63).

Richtlijn 2004/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake elektromagnetische compatibiliteit en tot intrekking van Richtlijn 89/336/EEG (*PbEU* 2004, L 390/24).

2005

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (*PbEU* 2005, L 149/22).

Verordening (EG) Nr. 396/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 23 februari 2005 tot vaststelling van maximumgehalten aan bestrijdingsmiddelenresiduen in of op levensmiddelen en diervoeders van plantaardige en dierlijke oorsprong en houdende wijziging van Richtlijn 91/414/EG van de Raad (*PbEU* 2005, L 70/1).

2006

Richtlijn 2006/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende machines en tot wijziging van Richtlijn 95/16/EG (herschikking) (*PbEU* 2006, L 157/24).

Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (*PbEU* 2006, L 376/21).

Verordening (EG) Nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH), tot oprichting van een Europees Agentschap voor chemische stoffen, houdende wijziging van Richtlijn 1999/45/EG en houdende intrekking 76/769/EEG van de Raad en de Richtlijnen 93/67/EEG, 93/105/EG en 2000/21/EG van de Commissie (*PbEU* 2006, L 396).

Verordening (EG) Nr. 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen (*PbEG* 2006, L 404).

2007

Richtlijn 2007/23/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 mei 2007 betreffende het in de handel brengen van pyrotechnische artikelen (1) (*PbEU* 2007, L 154).

2008

Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (*PbEG* 2008, L 133/66).

Verordening (EG) Nr. 764/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van procedures voor de toepassing van bepaalde nationale technische voorschriften op goederen die in een andere lidstaat rechtmatig in de handel zijn gebracht, en tot intrekking van Beschikking nr. 3052/95/EG (*PbEU* 2008, L 218/21).

Verordening (EG) Nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 339/93 (*PbEU* 2008, L 218/30).

Besluit nr. 768/2008/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten en tot intrekking van Besluit 93/465/EEG van de Raad (*PbEU* 2008, L 218/82).

Verordening (EG) Nr. 1272/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 betreffende de indeling, etikettering en verpakking van stoffen en mengsels tot wijziging en intrekking van de Richtlijnen 67/548/EEG en 1999/45/EG en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1907/2006 (*PbEU* 2008, L 353/1).

2009

Verordening (EG) Nr. 443/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot vaststelling van emissienormen voor nieuwe personenauto's, in het kader van de communautaire geïntegreerde benadering om de CO₂-emissies van lichte voertuigen te beperken (*PbEU* 2009, L 140/1).

Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 betreffende de veiligheid van speelgoed (*PbEU* 2009, L 170/1).

Verordening (EG) Nr. 767/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende het in de handel brengen en het gebruik van diervoeders, tot

wijziging van Verordening (EG) nr. 1831/2003 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn

79/373/EEG van de Raad, Richtlijn 80/511/EEG van de Commissie, Richtlijnen 82/471/EEG, 83/228/EEG, 93/74/EEG, 93/113/EG en 96/25/EG van de Raad en Beschikking 2004/217/EG van de Commissie (*PbEU* 2009, L 229/1).

Richtlijn 2009/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid bij het gebruik door werknemers van arbeidsmiddelen op de arbeidsplaats (tweede bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG) (*PbEU* 2009, L 260/5).

Richtlijn 2009/142/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 betreffende gastoestellen (*PbEU* 2009, L 330/10).

Verordening (EG) Nr. 1223/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 betreffende cosmetische producten (herschikking) (*PbEU* 2009, L 342/59).

2010

Richtlijn 2010/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 juni 2010 betreffende vervoerbare drukapparatuur en houdende intrekking van Richtlijnen 76/767/EEG, 84/525/EEG, 84/526/EEG, 84/527/EEG en 1999/36/EG van de Raad (*PbEU* 2010, L 165/1).

Besluit 2010/15/EU van de Commissie van 16 december 2009 tot vaststelling van richtsnoeren voor het beheer van het communautaire systeem voor snelle uitwisseling van informatie (RAPEX) uit hoofde van artikel 12 en van de kennisgevingsprocedure uit hoofde van artikel 11 van Richtlijn 2001/95/EG (richtlijn inzake algemene productveiligheid) (*PbEU* 2009, C 9843).

2011

Verordening (EU) Nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (*PbEU* 2011, L 55/13).

Verordening (EU) Nr. 305/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten en tot intrekking van Richtlijn 89/106/EEG van de Raad (*PbEU* 2011, L 88/5).

Richtlijn 2011/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 betreffende beperking van het gebruik van bepaalde gevaarlijke stoffen in elektrische en elektronische apparatuur (herschikking) (*PbEU* 2011, L 174).

2012

Verordening (EU) Nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en

2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Beschikking 87/95/EEG van de Raad en Besluit nr. 1673/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2012, L 316/12).

2013

Richtlijn 2013/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 12 juni 2013 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van pyrotechnische artikelen (herschikking) (*PbEU* 2013, L 178/27).

Uitvoeringsverordening (EU) Nr. 920/2013 van de Commissie van 24 september 2013 inzake de aanwijzing van en het toezicht op aangemelde instanties overeenkomstig Richtlijn 90/385/EEG van de Raad betreffende actieve implanteerbare medische hulpmiddelen en Richtlijn 93/42/EEG van de Raad betreffende medische hulpmiddelen (*PbEU* 2013, L 253/8).

Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code (*PbEU* 2013, L 269/1).

Richtlijn 2013/53/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 betreffende pleziervaartuigen en waterscooters en tot intrekking van Richtlijn 94/25/EG (*PbEU* 2013, L 354/90).

2014

Richtlijn 2014/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van en de controle op explosieven voor civiel gebruik (herschikking) (*PbEU* 2014, L 96/1).

Richtlijn 2014/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van drukvaten van eenvoudige vorm (*PbEU* 2014, L 96/45).

Richtlijn 2014/30/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake elektromagnetische compatibiliteit (herschikking) (*PbEU* 2014, L 96).

Richtlijn 2014/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake liften en veiligheidscomponenten voor liften (*PbEU* 2014, L 96/251).

Richtlijn 2014/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake apparaten en beveiligingssystemen bedoeld voor gebruik op plaatsen waar ontploffingsgevaar kan heersen (herschikking) (*PbEU* 2014, L 96/309).

Richtlijn 2014/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van elektrisch materiaal bestemd voor gebruik binnen bepaalde spanningsgrenzen (herschikking) (*PbEU* 2014, L 96).

Richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van

tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van Richtlijn 2001/37/EG (*PbEU* 2014, L 127/1).

Verordening (EU) Nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (*PbEU* 2014, L 173/1).

Richtlijn 2014/53/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van radioapparatuur en tot intrekking van Richtlijn 1999/5/EG (*PbEU* 2014, L 153/62).

Richtlijn 2014/68/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van drukapparatuur (herschikking) (*PbEU* 2014, L 189/164).

Richtlijn 2014/90/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 inzake uitrusting van zeeschepen en tot intrekking van Richtlijn 96/98/EG van de Raad (*PbEU* 2014, L 257/146).

Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2017, L 349/1).

2015

Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (codificatie) (*PbEU* 2015, L 241/1).

2016

Verordening (EU) 2016/424 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende kabelbaaninstallaties en tot intrekking van Richtlijn 2000/9/EG (*PbEU* 2016, L 81/1).

Verordening (EU) 2016/425 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende persoonlijke beschermingsmiddelen en tot intrekking van Richtlijn 89/686/EEG van de Raad (*PbEU* 2016, L 81/51).

Verordening (EU) 2016/426 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende gasverbrandingstoestellen en tot intrekking van Richtlijn 2009/142/EG (*PbEU* 2016, L 81/99).

2017

Richtlijn (EU) 2017/738 van de Raad van 27 maart 2017 tot wijziging, met het oog op aanpassing aan de vooruitgang van de techniek, van bijlage II bij Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de veiligheid van speelgoed, wat lood betreft (*PbEU* 2017, L 110/6).

Verordening (EU) 2017/745 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2017 betreffende medische hulpmiddelen, tot wijziging van Richtlijn 2001/83/EG, Verordening (EG) nr. 178/2002 en Verordening (EG) nr. 1223/2009, en tot intrekking van Richtlijnen 90/385/EEG en 93/42/EEG van de Raad (*PbEU* 2017, L 117/1).

Verordening (EU) 2017/746 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2017 betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek en tot intrekking van Richtlijn 98/79/EG en Besluit 2010/227/EU van de Commissie (*PbEU* 2017, L 117/176)

Richtlijn (EU) 2017/774 van de Commissie van 3 mei 2017 tot wijziging, met het oog op de vaststelling van specifieke grenswaarden voor chemische stoffen die worden gebruikt in speelgoed, van aanhangsel C van bijlage II bij Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de veiligheid van speelgoed, wat betreft fenol (*PbEU* 2017, L 115/47).

2019

Verordening (EU) 2019/515 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 betreffende de wederzijdse erkenning van goederen die in een andere lidstaat rechtmatig in de handel zijn gebracht en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 764/2008 (*PbEU* 2019, L 91/1).

Richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*PbEU* 2019, L 111/59).

Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG (*PbEU* 2019, L 136/28).

Verordening (EU) 2019/1020 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende markttoezicht en conformiteit van producten en tot wijziging van Richtlijn 2004/42/EG en de Verordeningen (EG) nr. 765/2008 en (EU) nr. 305/2011 (*PbEU* 2019, L 169/1).

Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden (*PbEU* 2019, L 305)

Uitvoeringsbesluit (EU) 2019/417 van de Commissie van 8 november 2018 tot vaststelling van richtsnoeren voor het beheer van het systeem van de Europese Unie voor snelle uitwisseling van informatie (Rapex) uit hoofde van artikel 12 van Richtlijn 2001/95/EG inzake algemene productveiligheid en het bijbehorende kennisgevingssysteem (*PbEU* 2019, L 73/121).

Curriculum Vitae

Gitta Veldt is op 16 augustus 1985 geboren in Castricum. In 2003 behaalde zij haar VWO-diploma aan het Bonhoeffer College te Castricum. Daarna studeerde zij Nederlands recht aan de Universiteit Maastricht. In 2008 studeerde zij af in de richtingen Privaatrecht en Handel- en Ondernemingsrecht. Van 2009 tot en met 2012 werkte zij als advocaat-stagiaire en daarna als advocaat-medewerker in het vervoer-, handels-, aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht bij een middelgroot kantoor te Rotterdam. In december 2012 startte zij als PhD-fellow haar promotieonderzoek bij de afdeling Burgerlijk Recht van het Instituut voor Privaatrecht aan de Universiteit Leiden onder de begeleiding van prof. mr. H.J. Snijders. In dat verband liep zij in 2015 twee maanden stage bij de Europese Commissie, DG Grow B1. Op dit moment is zij werkzaam bij de afdeling Civiel recht te Leiden als universitair docent.