



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

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 gesignaleerd 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.’ Alsmede 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 scheidt(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 ontlenen 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 (*Franovich*), 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 *Peterbroeck* 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 Pensioenfonds 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, verstrekkende 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 *eliminatory 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 teruggerepen 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 Zippo 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 lidstaataansprakelijkheid voor schending van EU-recht, Dougan 2017, p. 130. Zie anders, doch voordat nadere rechtspraak was geweest 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 bezien 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*).

nationale 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 geïdentificeerd.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 geïmplementeerd 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 ontlenuen.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 vatte 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 gebrektheid 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 ontlenen 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 ontlenen 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. Mülbart, ‘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.