



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

5 De vertaalslag van Europese productnorm naar privaatrechtelijke normstelling

5.1 INLEIDING

127 Algemeen

We blijven nog even bij de zaak *James Elliott*. De Ierse rechter vroeg zich in deze zaak af in hoeverre bij de beoordeling van conformiteit van bouwproducten onder het commerciële Ierse kooprecht rekening moet worden gehouden met geharmoniseerde normen onder de Richtlijn Bouwproducten. Het antwoord van het Hof van Justitie komt erop neer dat het materiële toepassingsbereik van de Richtlijn Bouwproducten niet mede de privaatrechtelijke conformiteit bij koop omvat.¹¹⁴⁹ *Top-down* gezien is de betekenis van geharmoniseerde normen in deze situatie dus beperkt: het EU-recht dwingt niet tot het toekennen van privaatrechtelijke betekenis aan geharmoniseerde normen (hoofdstuk 3). Het is aan de nationale wetgever en rechter om contractuele conformiteit van producten in verhouding tot de bestaande Europese productnormen vorm te geven en in te vullen. Logische vervolgstap is dus om de betekenis van producteisen en geharmoniseerde normen vanuit het privaatrechtelijk perspectief te bekijken (*bottom up*). De receptie van producteisen en geharmoniseerde normen in het privaatrecht en de betekenis ervan voor privaatrechtelijke normstelling worden immers niet alleen gedicteerd door het EU-recht, maar hangen mede af van het privaatrecht.¹¹⁵⁰

In de hoofdstukken 6 en 7 zal worden onderzocht welke factoren die samenhangen met het privaatrechtelijk beoordelingskader relevant zijn voor de mate waarin en de wijze waarop Europese productnormen betekenis krijgen bij privaatrechtelijke normstelling. Deze proloog vormt een inleiding op die twee hoofdstukken en blik in algemene zin vooruit alvorens wordt ingegaan op de bijzondere privaatrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (en de CISG). Zoals in de komende twee hoofdstukken zal blijken, komt bij het bepalen van de betekenis van Europese productnormen voor privaatrechtelijke normstelling in de praktijk de nadruk meer te liggen op een inhoudelijke beoordeling van productnormen. De status van normen als recht, het al dan niet bestaan van binding eraan en de eventuele (alternatieve) legitimatie ervan, blijken in de praktijk als gezichtspunten van minder gewicht. Met name de inhoud en de soort informatie die de norm biedt, blijken van belang voor de mate waarin deze normen betekenis krijgen bij

¹¹⁴⁹ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 50 t/m 52.

¹¹⁵⁰ Vgl. Van Gerven & Lierman 2010, p. 170 die opmerken: 'Uiteindelijk is conforme interpretatie een techniek die ertoe strekt om, in een omgeving van meergelaagdheid, de globale rechtsorde zo coherent en consistent mogelijk te maken. Waar het op aankomt is die doelstelling zo goed mogelijk te bewerkstelligen, een proces dat niet noodzakelijk via een hiërarchische rangorde moet worden bewerkstelligd, maar zowel top-down als bottom-up kan verlopen.'

privaatrechtelijke normstelling, onder andere voor de wijze waarop daarmee open normen in het privaatrecht worden ingevuld.¹¹⁵¹

5.2 VERBINDING EN AUTONOMIE

128 Europese productnormen: gedragsnormen, regulering van producteigenschappen of technische methodes?

Privaatrechtelijke normen zien op de vraag hoe burgers onderling zich tot elkaar verhouden en zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. Dit onderzoek ziet mede op de vraag welke rol productnormen als externe normen kunnen spelen in verhouding tot de bestaande privaatrechtelijke gedragsnormen die kunnen worden gevonden in het geschreven recht (algemeen verbindende voorschriften) en die – via open normen als de maatschappelijke betamelijkheid, redelijkheid en billijkheid en openbare orde – kunnen worden gevonden in het ongeschreven recht.

Mijns inziens bevatten Europese productnormen veelal geen zelfstandige gedragsnormen. Producteisen vormen in combinatie met de verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in hoofdstuk 2, de gedragsnormen voor marktdeelnemers, zijnde de algemeen verbindende voorschriften die publiekrechtelijk worden gehandhaafd. Producteisen krijgen via deze verplichtingen een normadressaat (primair de producent en indien aanwezig onder de RAPV de EER-importeur) of betekenis voor andere zorgplichten (zoals die van de distributeur). Door het wettelijke kader is het doel van de norm (namelijk de veiligheid) helderder en is duidelijker aan welke gedragsnormen de eisen zijn gekoppeld. Dat geldt ook voor de relatief open geformuleerde essentiële eisen, zij het dat deze als open normen nader dienen te worden geconcretiseerd.¹¹⁵²

Geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen bevatten evenmin zelfstandige gedragsnormen. In hoofdstuk 4 is al opgemerkt dat geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen normatieve keuzes bevatten ten behoeve van het uiteindelijk met de norm te bereiken resultaat. Tegelijkertijd zijn normalisatienormen een keuze voor een technische methode die klaarblijkelijk niet exclusief is. Geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen zijn daardoor – ook los van het bindingsvraagstuk en legitimatie (hoofdstuk 4) – qua inhoud anders dan gedragscodes of medische protocollen, die wél – en soms ook exclusief – concreet gedrag aan een bepaalde actor voorschrijven.¹¹⁵³ Normalisatienormen geven technische

¹¹⁵¹ Vgl. ook Lee die opmerkt dat er in de praktijk naar Engels recht geen principieel onderscheid lijkt te zijn in de inhoudelijke doorwerking van traditionele regulering of alternatieve regulering als codes en standaarden, Lee 2011, p. 527.

¹¹⁵² Enige nuancering is wel op zijn plaats; ook bij gesloten veiligheidsnormen zoals bij cosmetica of speelgoed, of maximale residu limieten (MRL's), kan onduidelijkheid bestaan over de te volgen testmethoden.

¹¹⁵³ Vgl. TM, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 616: 'dat het overtreden van een in een bepaalde groep erkende norm van beroepsethiek alleen dan een onrechtmatige daad oplevert, indien de norm tevens als een regel van ongeschreven recht kan gelden'. Giesen 2007, p. 68 die spreekt van 'een soort kristallisatie van rechtsovertuigingen' die alternatieve regelgeving kan bevatten ter invulling van art. 3:12 BW en van 'gewoonterecht in wording', p. 71. Voor de normen in gedragscodes en medische protocollen is dit mijns

methodes die nog nader moeten worden vertaald naar een concrete gedragsnorm. Die vertaalslag kan bij geharmoniseerde normen worden gemaakt via de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers. Bij normalisatienormen waar niet naar wordt verwezen in de wet, ontbreken veelal geschreven gedragsnormen.

Hoewel producteisen en geharmoniseerde normen recht zijn in de zin van art. 79 Rv (zie hoofdstuk 4) zijn het mijns inziens geen rechtsgronden voor een verweer of vordering in de zin van art. 25 Rv die door de rechter ambtshalve moeten worden aangevuld.¹¹⁵⁴ Van beleidsregels is reeds uitgemaakt dat deze, hoewel zij recht zijn in de zin van art. 79 RO, niet ambtshalve hoeven te worden toegepast.¹¹⁵⁵ Teuben verklaart deze keuze van de Hoge Raad doordat rechters niet bekend mogen worden geacht met alle mogelijke bestaande beleidsregels, zeker nu die niet altijd even toegankelijk zijn.¹¹⁵⁶ Een vergelijkbaar argument geldt voor Europese productnormen en de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in hoofdstuk 2. Vanuit een oogpunt van proceseconomie kan van een rechter niet worden verlangd dat hij alle mogelijk relevante productveiligheidsinstrumenten en daaraan gekoppelde geharmoniseerde normen doorspit op zoek naar mogelijk toepasselijke productveiligheidsnormen.¹¹⁵⁷ Als zodanig lijkt de rechter voor de toepassing van geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen) dus eveneens gebonden aan de privaatrechtelijke rechtsstrijd en hetgeen door partijen over deze normen is aangevoerd (art. 149 lid 1 jo. 24 Rv), behoudens kwesties van openbare orde (nr. 172).

129 De deels autonome rol van het privaatrecht: het complementaire karakter van het aansprakelijkheidsrecht

Binnen het veld van productveiligheid vervult het privaatrecht een bijzondere rol. De van oudsher belangrijkste functie van het privaatrecht, die het publiekrecht traditioneel gezien niet kent en het productveiligheidsrecht evenmin, is de herstel- c.q. *reparatie- of compensatiefunctie*.¹¹⁵⁸ Het privaatrecht kan daar waar sprake is van niet-naleving van normen, 'recht

inziens zeker zo. Voor normalisatienormen moet mijns inziens echter nog een vertaalslag worden gemaakt, naar een concrete gedragsnorm.

¹¹⁵⁴ Zie in het algemeen over art. 149 lid 1 Rv (verbod tot aanvulling van feiten) en lid 2 (vaststaande feiten), art. 24 Rv (verbod op aanvulling van rechtsfeiten c.q. de feitelijke grondslag, bijvoorbeeld een exonatieclausule waar geen beroep op is gedaan), en evt. art. 25 Rv (ambtshalve aanvulling van rechtsgronden), Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/99 en 100.

¹¹⁵⁵ HR 28 maart 1990, NJ 1991/118, m.nt. Scheltema (*Leidraad-arrest*), r.o. 4.8.

¹¹⁵⁶ Teuben 2004, p. 225.

¹¹⁵⁷ Vgl. in zekere zin de nadelen als genoemd door Van Schaick in reactie op Hartkamp, welke laatste een ruimhartige benadering voorstaat met betrekking tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/100. Zie eerder ook Snijders 2008.

¹¹⁵⁸ Het aansprakelijkheidsrecht bepaalt in welke gevallen er een recht op geldelijke compensatie bestaat, Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2019/15. Verheij noemt dit ook wel de defensieve of rechtshandhavende functie, in de zin dat met aansprakelijkheidsrecht bestaande verhoudingen worden beschermd, p. 16. 'The restoration feature', Van Boom 2006, p. 12, zoals ook Van Boom 2008a, p. 765.

doen' of de oorspronkelijke situatie 'rechtzetten'¹¹⁵⁹ of 'herstellen' door overeenkomsten bijvoorbeeld nietig te verklaren of te vernietigen, nakoming af te dwingen, ontbinding toe te staan of schadevergoeding toe te kennen. Ook wordt in de literatuur wel aangenomen dat het aansprakelijkheidsrecht mede een (re)distributieve functie heeft, namelijk de *ex post* verdeling van risico's,¹¹⁶⁰ waarbij mede rekening moet worden gehouden met macro-effecten als de verzekerbaarheid van risico's.¹¹⁶¹ Via een aanspraak onder de verzekering vindt eveneens spreiding plaats. Deze distributieve functie ziet men met name terug in kwalitatieve aansprakelijkheden, in deze context in het bijzonder bij productaansprakelijkheid. De rechtvaardigingen voor de kwalitatieve aansprakelijkheden zijn te vinden in het gevaarzettings- en profijtbeginsel, in de aanname dat van risicoaansprakelijkheid een preventieve werking uit zou gaan, in het vermogen van bepaalde partijen om de schade te dragen¹¹⁶² en in de goede verzekerbaarheid.¹¹⁶³ Aansprakelijkheid mag overigens niet te ver strekken om de kosten voor producten laag te houden en innovatie te bevorderen c.q. niet te verhinderen. Daarbij geldt zowel op nationaal niveau¹¹⁶⁴ als in Europees verband¹¹⁶⁵ dat aan kwalitatieve aansprakelijkheid geen exclusief karakter toekomt (zie hierna).

Met name aanhangers van de instrumentele visie op privaatrecht zien naast deze herstellende en (re)distributieve functies van privaatrecht, nog een belangrijke functie van privaatrecht:¹¹⁶⁶ de *preventieve functie*.

Aansprakelijkheid voor onveilige producten zou preventie door private partijen kunnen bevorderen en versterken.¹¹⁶⁷ Het bieden van privaatrechtelijke

¹¹⁵⁹ Deels terug te voeren op Aristoteles' onderscheid tussen distributieve en corrigerende rechtvaardigheid (*distributive and corrective justice*), zoals ook besproken door Nieuwenhuis 2006, p. 74.

¹¹⁶⁰ Zie ook overweging 7 van de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Dit correspondeert deels met de eerdergenoemde distributieve rechtvaardigheid van Aristoteles. In de rechtseconomie ziet spreiding op de reductie van secundaire ongevalskosten. Preventie werkt de reductie van primaire ongevalskosten in de hand. De tertiaire ongevalskosten zijn de systeemkosten. Het doel van het delictuele aansprakelijkheidsrecht vanuit rechtseconomisch perspectief is de som van deze kosten zo laag mogelijk te houden, Calabresis 1970, p. 26-27. Overigens bestaan ook tegengeluiden. Niet alle auteurs menen dat het vermogensrecht zich moet bezighouden met verdelende rechtvaardigheid, maar dat dit een taak van het publiekrecht is: Nieuwenhuis 2006, p. 75 onder verwijzing naar Brunner 1973, p. 5, Hartlief 2004, p. 107. Vgl. ook Loth 2009, p. 63.

¹¹⁶¹ Faure & Hartlief 2002, p. 137 e.v., Spier 2014, paragraaf 1, alsmede COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, punt 3.2.4.

¹¹⁶² Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2019/14; Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47) 2015/4, nr. 3.

¹¹⁶³ Faure & Hartlief 2002, p. 19. Vgl. Oldenhuis, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173 BW, aant. 1.4 (actueel t/m 01-04-2016) onder verwijzing naar o.a. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47) 2015/1-4 en Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2019/31.

¹¹⁶⁴ Vb. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567, NJ 2011/406 (*Melchemie/Delbanco*).

¹¹⁶⁵ Art. 13 van de Richtlijn Productaansprakelijkheid als geïmplementeerd met art. 6:193 BW.

¹¹⁶⁶ De termen 'remedies' en 'sanctioneren' in het licht van privaatrechtelijke handhaving worden verschillend gehanteerd. Zie voor een ruime definitie van remedies bijvoorbeeld Van Boom e.a. 2011, p. 1 (nl. alle juridische middelen ten behoeve van handhaving van rechten, de naleving van plichten en de sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht). En voor een enge Van Boom 2008a, p. 765, zoals ook aangehaald door Tigelaar 2015, p. 20.

¹¹⁶⁷ Zie Giesen 2009, p. 310. Over handhaving door privaatrecht in het algemeen: Ogus 2007, p. 386. Over productveiligheid en -aansprakelijkheid in het bijzonder: Van Leeuwen 1990, p. 23; Lierman 2004, p. 395;

remedies voor schendingen van publiekrechtelijke rechtsplichten kan bovendien bijdragen aan handhaving van deze rechtsplichten.¹¹⁶⁸ De exacte uitwerking en de effecten van het privaatrecht in relatie tot de preventieve werking zijn ongewis. Om dit in de praktijk te onderzoeken is een uitvoerige rechtseconomische, sociologische en empirische analyse nodig, waarin dit proefschrift niet zal voorzien.

De heersende leer in zowel de rechtseconomische literatuur als de (deels daarop geïnspireerde) privaatrechtelijke dogmatiek is dat het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke complementaire rol vervult. Niet alleen is een geschreven norm zoals een productnorm van nature gebaseerd op een compromis tussen algemene belangen, maar een productnorm kan ook een te laag beschermings- of veiligheidsniveau dicteren bijvoorbeeld doordat deze is verouderd, leemtes bevat of doordat hij tot stand is gekomen op basis van onjuiste informatie of onder te grote invloed van lobby.¹¹⁶⁹ Ook kan een productnorm door toezichthouders onvoldoende worden gehandhaafd.¹¹⁷⁰ Bekende publiekrechtelijke handhavingsproblemen zijn het niet kunnen opsporen van alle overtreders, het ontbreken van kennis, de beperkte budgetten in het licht van kostbare handhaving, *principle-agent* problemen en vormen van *capture*.¹¹⁷¹ Vanwege dergelijk regulerings- en handhavingsfalen wordt aan privaatrechtelijke normstelling en aan de daaraan gekoppelde remedies waar het de veiligheid van producten betreft, een belangrijke vangnetfunctie toegedicht.¹¹⁷²

Om deze redenen wordt in de doctrine wel gezegd dat publiekrecht in het algemeen en Europese productnormen hier in het bijzonder minimumnormen zijn indien zij worden toegepast in een privaatrechtelijke context. In het aansprakelijkheidsrecht wordt dat wel samengevat met de in mijn ogen te gesimplificeerde stelregel dat schending van een productnorm een belangrijke aanwijzing vormt voor onrechtmatigheid, doch dat de naleving ervan niet per definitie bevrijdend werkt in de zin dat dat zou betekenen dat niet onrechtmatig is gehandeld. Andere normalisatienormen en vormen van zelfregulering zijn evenmin uitputtend en het slaafs volgen ervan bevrijdt

COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 10; Van Dam 2013, p. 422.

¹¹⁶⁸ Privaatrechtelijke handhaving heeft de laatste jaren volop in de belangstelling gestaan, zie bijvoorbeeld de bundel van Engelhard & Giesen 2009, p. 1 e.v., Van Boom 2008a, p. 765 e.v., Hartlief 2007b, p. 915.

¹¹⁶⁹ O.a. Faure 2014, p. 692 onder verwijzing naar Maloney & McCormick 1982 en Ogus 1994, p. 57.

¹¹⁷⁰ Zie bijv. Faure 2014, p. 693 onder verwijzing naar Burrows 1999 en Kolstad e.a. 1990. Zie ook Cane 2002, p. 305, 312, en 320-322, zoals ook aangehaald door De Jong 2018, p. 6, alsmede Ogus 1994, p. 57 en Ogus 2007, p. 380. Als belangrijkste voorbeeld van uitblijven van regelgeving wordt vaak de asbest-jurisprudentie genoemd. Zie voor Engels recht, Lee 2011, p. 564.

¹¹⁷¹ Zie o.a. Schwartz 2000, p. 7.

¹¹⁷² Vanuit rechtseconomisch perspectief pleiten auteurs dan ook voor een *smart mix* van publiek- en privaatrecht. Vgl. Faure e.a. 2016 over onzekere risico's en Visscher e.a. 2018 over geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten.

evenmin van aansprakelijkheid.¹¹⁷³ De vele nuancerings op en schakeringen van dit uitgangspunt zullen hierna worden besproken.

De vraag is of een civiele rechter überhaupt in de technische beoordeling van bijvoorbeeld producteisen zou moeten treden, mede omdat de wetgever veelal over de meest volledige informatie beschikt ten aanzien van risico's (nr. 39)¹¹⁷⁴ en het primaat nog altijd bij de wetgever ligt.¹¹⁷⁵ Echter, vanwege de vangnetfunctie die aan het privaatrecht wordt toegeschreven in het licht van *regulatory failure* zal een rechter in de praktijk niet altijd aan een inhoudelijke beoordeling van de productnorm ontkomen. Voor de feitelijke informatie die de rechter voor die beoordeling nodig heeft, is hij afhankelijk van het partijdebat.¹¹⁷⁶

130 Doelen van productnormen, afgewogen belangen, informatie over risico's en vertaling naar de uiteindelijk technisch gemaakte keuzes.

Voor genoemd uitgangspunt impliceert dat binnen het privaatrecht soms verder wordt gekeken dan de productnorm. Voor een civiele rechter is het zeer lastig in te schatten wat de juridische en informatieve waarde van een productnorm is, net als bijvoorbeeld van medische protocollen.¹¹⁷⁷ Een eerste aanwijzing kan worden gevonden in de doelen die met productnormen worden nagestreefd. De pluraliteit aan doelen die in hoofdstuk 3 werd besproken, werkt tevens door in de vast te stellen producteisen en eventueel daaronder hangende geharmoniseerde normen. Ook andere normalisatienormen zijn het resultaat van een complexe belangenafweging en hebben van nature een compromiskarakter. Soms wordt als doel van normalisatie het bevorderen van de uitwisselbaarheid van producten genoemd,¹¹⁷⁸ soms veiligheid, maar veelal is het een combinatie van factoren.¹¹⁷⁹ Een normalisatienorm kan een methode voorschrijven waarvoor een nauwkeuriger of veiliger alternatief bestaat, maar dit alternatief kan door het normalisatie-instituut bij de

¹¹⁷³ Vgl. voor medische protocollen HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*).

¹¹⁷⁴ Vgl. t.a.v. verticale verhoudingen Schepel 2005, p. 251 met nuancering op p. 258 zoals ook aangehaald door Lundqvist 2014, p. 424.

¹¹⁷⁵ Vgl. over de toepassing als gezichtspunt van alternatieve regelgeving in *Kouwenberg/Rabo* ook *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/83, die een vergelijkbare vraag opwerpt: 'Waarom zou de Hoge Raad het beter weten dan de directbetrokkenen die, steunend op een schat aan ervaring en kennis, proberen om al doende en denkende, via trial and error, normen van behoren te ontwikkelen in een tak van handel die voortdurend verandert?' Vranken komt tot de conclusie dat het niet kunnen waarborgen van een evenwichtig totstandkomingsproces (zie eerder hoofdstuk 4) de mogelijke rechtvaardiging vormt om de open norm van privaatrecht niet een-op-een met de alternatieve norm in te vullen.

¹¹⁷⁶ In algemenere zin Ogus 2007, p. 381 en 380.

¹¹⁷⁷ Vgl. Van Wijmen in de noot onder o.m. 3.3 en 4.3 bij HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377, m.nt. H.J. Snijders en F.C.B. van Wijmen (*Protocol-II*) onder verwijzing naar de conclusie van A-G Spier.

¹¹⁷⁸ *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/86.

¹¹⁷⁹ Falke noemt als doelen van normalisatie in het productveiligheidsrecht, Falke 1997, p. 215: 'The goals of technical rule-making are, besides providing uniformity for goods and services (rationalization and rendering compatible function) and the industry-wide assurance of quality (quality assurance function), technical safety for the protection of life, health and property (protection function) and environmental protection (environmental protection function).'

vaststelling van de norm niet zijn gekozen. Zo kan voor een lager veiligheidsniveau zijn gekozen, omdat betrokkenen bij normalisatie bijvoorbeeld juist de markt open en toegankelijk willen houden.¹¹⁸⁰

Normalisatienormen zeggen iets over de technische kennis en wat gebruikelijk is in een bepaalde bedrijfstak en hebben te dien aanzien een duidelijke waarde, maar ze zijn lang niet altijd doorslaggevend.

Naast de belangenafweging is van belang op basis van welke informatie een norm is vastgesteld. Van gesloten producteisen wordt (hoofdstuk 2) het onderliggende wetenschappelijke onderzoek gepubliceerd. Hierdoor kan worden achterhaald welke wetenschappelijke informatie tot uitgangspunt is genomen voor de vaststelling van de norm, alsmede hoe die informatie uiteindelijk is gewogen.¹¹⁸¹ Bij geharmoniseerde normen is voor een buitenstaander lastiger te achterhalen op welke informatie de norm is gebaseerd, welk belang uiteindelijk de doorslag heeft gegeven en hoe de norm daardoor inhoudelijk moet worden gewaardeerd. Het is namelijk al een lastige opgave om aan de hand van de eerdergenoemde essentiële eisen, het mandaat van de Commissie en de bijlage of annex (Annex ZZ of ZA) te herleiden welk aspect van de essentiële eis waar wordt vertaald in de geharmoniseerde norm. Door de gelaagdheid van dit systeem en de slechte toegankelijkheid van de geharmoniseerde normen en de bijbehorende documenten, is dit een lastig proces. De verwijzingen in de annex zijn bovendien niet altijd even nauwkeurig.

Bij nationale normalisatienormen ter invulling van vereisten uit bijvoorbeeld het Bouwbesluit 2012 ontbreekt een open hoofdnorm, een mandaat of een verplichte annex bij de normalisatienorm. Desalniettemin is de norm nog wel gekoppeld aan een publiekrechtelijk kader met een bepaald doel en een bepaalde strekking. De EN- en NEN-normen die los van enig wettelijk kader tot stand komen, zijn op hun beurt volledig autonoom. Ook die zijn tot stand gekomen door middel van een belangenafweging, maar aan het eindproduct is niet af te zien hoe deze weging heeft plaatsgevonden.

¹¹⁸⁰ De claim van de cementproducent in de eerdergenoemde EMC-zaak (nr. 114), over inbreuk van de geharmoniseerde norm op art. 101 VWEU, was dat de door EMC gebruikte technologie van een hoger niveau zou zijn. Vanwege de afdoening aan de hand van de *horizontal guidelines* hoefde men inhoudelijk niet verder op dit argument in te gaan. Lundqvist 2014, p. 371.

¹¹⁸¹ Een mooi voorbeeld vormt bijvoorbeeld: SWD(2016) 290 final Part 1/2 - Impact assessment. Accompanying the document Council Directive amending, for the purpose of adapting to technical progress, Annex II to Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys, as regards lead. Deze is opgesteld in het kader van: COM(2016) 560 final - 2016/0267 (NLE) Proposal for a Council Directive amending, for the purpose of adapting to technical progress, Annex II to Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys, as regards lead. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in: Richtlijn (EU) 2017/738 van de Raad van 27 maart 2017 tot wijziging, met het oog op aanpassing aan de vooruitgang van de techniek, van bijlage II bij Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de veiligheid van speelgoed, wat lood betreft (*PbEU* 2017, L 110/6).

131 Gezichtspunten voor de koppeling tussen productnorm, privaatrechtelijke normstelling en de voorliggende rechtsvraag

In de volgende hoofdstukken zal blijken dat een technische beoordeling en inhoudelijke waardering van een productnorm dient plaats te vinden door een rechter voordat hij überhaupt kan beoordelen op welke manier deze relevant zou kunnen zijn voor privaatrechtelijke normstelling, hetgeen in de praktijk beperkt zal zijn tot de voorliggende rechtsvraag.¹¹⁸² Inhoudelijke aspecten als het materiële toepassingsbereik, het normatieve gehalte van de productnorm, de daarmee na te streven doelen en de gekozen methoden c.q. middelen ter nastreving van die doelen, zijn bij die waardering van belang. Partijen en de rechter kunnen (zich) de volgende vragen stellen:

- Wat voor soort productnorm is het qua a) herkomst en b) inbedding in een evt. wettelijk kader?¹¹⁸³
- Wie is de normadressaat? Voor welke doelgroep is de productnorm geschreven? Voor geharmoniseerde normen geldt dat deze ten eerste zijn ingebed in een wettelijk kader en ten twee een duidelijke normadressaat hebben (net als producteisen), namelijk primair de producent alsmede – indien hij bestaat – de importeur in de EER.
- Wat voor soort productnorm is het? Welke methode is gekozen? Welke aspecten regelt de productnorm wel en welke niet?
- Welk deel van de productnorm is geschonden of gevolgd?
- Waartegen beschermt de productnorm als geheel? Waartegen beschermt het geschonden gedeelte van de productnorm?

Een productnorm kan in een civiele procedure door partijen zowel als zwaard als in de vorm van schild worden ingezet. Met het gebruik van een productnorm als zwaard wordt het beroep van de gelaedeerde op een schending van een productnorm door de laedens ter onderbouwing van een vordering bedoeld. Met het gebruik van de productnorm als schild wordt het beroep op het volgen van een productnorm als verweer van de laedens tegen een vordering bedoeld.

¹¹⁸² Snijders wees er in 1987 al op dat bij een beroep op een norm, de rechter eerst dient na te gaan of de norm wel betrekking heeft op de vragen die moeten worden beantwoord ter bepaling van de aansprakelijkheid van de laedens: *'het in acht nemen van een norm welke over deze vragen geen uitspraken doet kan hem uiteraard niet ontlasten. Vervolgens beziet de rechter of de inhoud van de norm voldoende is toegespitst op de situatie waarin ze is toegepast.'* Snijders 1987, p. 182.

¹¹⁸³ Cafaggi 2009a, p. 229 betoogt dat de herkomst en inbedding van normen van invloed zou moeten zijn op de wijze waarop de productnorm doorwerkt. Hoewel ik het met dit uitgangspunt eens ben, maak ik me door genoemde daaropvolgende conclusies ten aanzien van bewijsvermoeden e.d. niet eigen. Zie voor mijn visie de paragrafen hierna over delictuele normstelling.