



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

6 Contractuele normstelling

6.1 INLEIDING

132 Algemeen

In dit hoofdstuk wordt gezien hoe *Europese productnormen* (nr. 6) betekenis krijgen voor *contractuele normstelling* (nr. 7). Daartoe wordt bekeken hoe Europese productnormen de overeenkomst binnenkomen. Vervolgens wordt onderzocht wat de gevolgen zijn indien de naleving van Europese productnormen onderdeel is van de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst. Ten slotte komt de vraag aan de orde in hoeverre een overeenkomst als geheel of een beding daarin nietig kan zijn of buiten toepassing moet worden gelaten op grond van strijd met productnormen.

Zoals gezegd kunnen productnormen worden onderverdeeld in bindende *producteisen* (nr. 6 en 19) en niet-bindende *geharmoniseerde normen* (nr. 25 en hoofdstuk 4). Omdat specifieke nationale literatuur over het ontstaan van contractuele binding aan productnormen ontbreekt,¹¹⁸⁴ is voor de beantwoording van de vragen in dit hoofdstuk gebruik gemaakt van rechtsvergelijking en algemene literatuur en jurisprudentie over de verschillende vereisten binnen het Nederlandse contractenrecht. Verder wordt de vergelijking gemaakt met de betekenis van andere *wettelijke eisen* (nr. 18) van buiten het BW dan producteisen en andere *normalisatienormen* (nr. 23) dan geharmoniseerde normen voor de invulling van deze privaatrechtelijke vereisten. Daarnaast is gebruikgemaakt van literatuur en jurisprudentie over de betekenis van gedragscodes en zelfregulering in brede zin voor contractuele normstelling om de betekenis van geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regulering te kunnen duiden. Verder wordt feitenrechtspraak over (andere) normalisatienormen geanalyseerd (zie voor de methode eerder ook, nr. 9). Door deze methode keren deze verschillende begrippen dan ook regelmatig terug.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst komen de algemene leerstukken over algemene contractuele normstelling aan bod. Bij de bespreking van dit theoretische kader wordt bekeken hoe via totstandkoming, uitleg en aanvulling van overeenkomsten Europese productnormen betekenis kunnen krijgen (§ 6.2). Ingegaan wordt op de betekenis van Europese productnormen en daarmee vergelijkbare normen voor algemene contractuele normstelling in het buitenland, namelijk naar Duits en Engels recht (§ 6.2.1). Vervolgens wordt het nationaal theoretisch kader van contractuele normstelling geschetst (§ 6.2.2). Daarna wordt in de proeftuin van de feitenrechtspraak op nationaal niveau gedoken om te zien hoe partijen en rechters in de praktijk met name normalisatienormen in contractuele geschillen omgaan (§ 6.2.3). Wanneer nemen lagere rechters contractuele

¹¹⁸⁴ Snijders 1987, p. 183 sloot expliciete verwijzing c.q. relevantie van productnormen, bijvoorbeeld in geval van uitdrukkelijk van toepassing verklaren, uit van zijn onderzoek. Hoewel Schepel in 2000 met Falke nog enige aandacht besteedde aan het contractenrecht, Schepel & Falke 2000, p. 215 e.v., komt dit in zijn proefschrift uit 2005 evenmin terug.

binding aan normalisatienormen aan? Welke omstandigheden zijn daarvoor van belang?

Hierna wordt ingegaan op de bijzondere norm van conformiteit bij koop (§ 6.3). Koop is de belangrijkste overeenkomst voor de verhandeling van producten in de handelsketen. Europese productnormen harmoniseren niet de norm voor conformiteit bij koop (hoofdstuk 3, *James Elliott*).¹¹⁸⁵ In de door mij onderzochte jurisdicties zijn echter objectieve gezichtspunten vastgelegd ter aan- dan wel invulling van de conformiteitseis waarvoor productnormen van betekenis zijn. De conformiteit wordt niet alleen ingevuld aan de hand van de subjectieve omstandigheden, maar ook aan de hand van objectieve omstandigheden of gezichtspunten als ‘normaal gebruik’ waarvoor productnormen van betekenis kunnen zijn.¹¹⁸⁶ Ook hier zal zowel de buitenlandse rechtspraak (§ 6.3.1) als het Nederlandse theoretische kader (§ 6.3.2) worden onderzocht. Er bestaat reeds uitgebreide theorievorming over de vraag hoe Europese productnormen het conformiteitsvereiste bij koop kunnen invullen. Daarbij wordt een vergelijking gemaakt met de uitgangspunten onder het Weens koopverdrag (CISG). Vervolgens wordt de invulling van conformiteit aan de hand van normalisatienormen in de Nederlandse feitenrechtspraak behandeld (§ 6.3.3).

Verder worden de gevolgen van de contractuele betekenis van Europese productnormen behandeld (§ 6.4). Over deze onderwerpen is minder buitenlandse literatuur en rechtspraak beschikbaar. Daarom is de rechtsvergelijking, daar waar informatie beschikbaar was, in de paragraaf geïntegreerd. Vervolgens worden de beperkingen aan contractuele normstelling uit hoofde van productnormen behandeld (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, onredelijk bezwarendheid en nietigheid, § 6.5). Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie (§ 6.6).

133 Uitgangspunten contractuele normstelling en afbakening

Voor niet-civilisten volgen hier enkele uitgangspunten van contractuele normstelling die relevant zijn voor de betekenis van productnormen, waarna een nadere afbakening volgt ten opzichte van het buitencontractuele deel (hoofdstuk 7).

Indien een van de verbintenissen van een overeenkomst gebruik of levering van een product behelst, dan wordt de geschiktheid van dat product – anders dan buiten overeenkomst – geheel ingevuld door het contractenrecht en primair door wat partijen ten aanzien van dat product zijn overeengekomen. Partijen kunnen contractueel striktere dan wel soepelere eisen aan producten stellen dan onder het wettelijk kader is vereist of in het maatschappelijk

¹¹⁸⁵ Over de betekenis van EU-productveiligheidsrecht in relatie tot de Richtlijn Consumentenkoop bestaat geen verdere Europese rechtspraak (zie hoofdstuk 5).

¹¹⁸⁶ Daarnaast kunnen mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, zoals of het product overeenkomstig een bepaalde normalisatienorm is geproduceerd, de contractuele conformiteit bij koop invullen. Vgl. Castermans 2008, p. 39 e.v. alsmede Beckers 2015, p. 117 en 121, die doorwerking ziet van CSR-codes daar waar mededelingen worden gedaan over het product.

verkeer betamelijk is en kunnen meer regelen dan alleen de veiligheid. Partijautonomie en contractvrijheid zijn het uitgangspunt. Schending van een algemene zorgplicht hoeft niet per definitie niet-nakoming van een contractuele verbintenis te betekenen. Schending van een contractuele verbintenis ten aanzien van overeengekomen eigenschappen van het product hoeft niet per definitie een schending van een algemene zorgplicht te betekenen of te resulteren in gebrekkigheid van het product in de zin van de regeling productaansprakelijkheid. Zijn partijen overeengekomen dat een productnorm geldt, dan zijn partijen uiteraard aan die norm gebonden.¹¹⁸⁷ Het contract vormt als het ware een autonome rechtsorde tussen partijen en kan een zelfstandige legitimatie voor binding vormen.¹¹⁸⁸ Door deze zelfstandige legitimatie van binding aan geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) hoeven gebreken in de legitimatie als genoemd in hoofdstuk 4 niet altijd (meer) binding in de weg te staan.¹¹⁸⁹ Contracten hebben relatieve werking en binden in beginsel alleen partijen.¹¹⁹⁰ Op nationaal niveau trekken zorgplichten in het buitencontractuele en het contractuele aansprakelijkheidsrecht evenwel, mede door de grote rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg en aanvulling, meer naar elkaar toe. Met name daar waar een overeenkomst leemtes laat, vullen ongeschreven zorgplichten uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid contracten aan. Hoe de algemene zorgplichten van diverse actoren eruitzien komt in het buitencontractuele deel aan de orde.

6.2 ALGEMENE CONTRACTUELE NORMSTELLING

6.2.1 Internationale theorie en buitenlands recht

134 Algemeen

In de beperkte internationale literatuur over de betekenis van productnormen voor contractuele normstelling worden drie manieren onderscheiden waarop productnormen betekenis kunnen krijgen, die als tamelijk universeel kunnen worden gezien.¹¹⁹¹ De eerste manier is expliciete verwijzing door partijen in een contract. De tweede manier is impliciete toepasselijkheid of binding indien een productnorm, ook al wordt daar niet expliciet naar verwezen, impliciet wordt gebruikt om er een-op-een een contractuele verplichting op te baseren

¹¹⁸⁷ Van Leeuwen 2015, p. 171 onder verwijzing naar Schepel & Falke 2000, p. 215-216.

¹¹⁸⁸ Giesen 2007, p. 62 en i.h.b. 65. Vgl. Beckers 2015, p. 146 en 147,

¹¹⁸⁹ Vgl. Menting 2016, p. 271 voor gedragscodes onder verwijzing naar Giesen 2007, p. 66 voetnoot 76.

¹¹⁹⁰ Vgl. voor zuiver private standaarden Cafaggi & Iamiceli 2014, p. 149.

¹¹⁹¹ Schepel & Falke 2000, p. 215 die er twee noemen, nl. expliciete verwijzing en impliciete doorwerking. Van Leeuwen 2015, p. 170-172 noemt er drie ten aanzien van services standaarden, maar hij neemt als case study de eventuele toepassing van normalisatienormen in de horizontale verhouding tussen arts en patiënt, zoals aangevoerd door de patiënten in de Engelse pip-implantatenzaken, waarin deze vormen eveneens lijken terug te komen, p. 172-179. Volgens Cafaggi 2013, p. 1586 en 1587 (ook aangehaald door Verbruggen 2017a, p. 296 en 297) is verwijzing in '*express warranties*' de belangrijkste manier waarop in commerciële contracten de naleving van wettelijke verplichtingen wordt doorbedongen in de keten.

of de verbintenis inhoudelijk in te vullen.¹¹⁹² De derde manier is wat ik noem indirecte toepasselijkheid, indien productnormen als steunargument worden gebruikt om de inhoud van een verbintenis nader vorm te geven, al dan niet door middel van een zekere bewijsfunctie die productnormen zouden kunnen hebben.¹¹⁹³ Het schenden van de productnorm kan dan een van de omstandigheden zijn die worden meegewogen bij de beoordeling of een verbintenis al dan niet is nagekomen, maar de productnorm vult de contractuele verbintenis niet een-op-een in.¹¹⁹⁴ Het hangt van het toepasselijke privaatrecht af of en zo ja, onder welke voorwaarden, dergelijke doorwerking plaatsvindt.¹¹⁹⁵

Veel verder dan deze algemene uitgangspunten komen de auteurs in de internationale literatuur echter niet. Wel bestaat uitgebreide literatuur waarin is onderzocht hoe binding aan private CSR-codes contractueel tot stand kan worden gebracht en via welke leerstukken. Bij CSR-codes is van belang dat bedrijven niet alleen actief expliciet verwijzen naar deze codes in overeenkomsten, maar ook naar buiten toe zeer actief propageren dat zij maatschappelijk verantwoord ondernemen. De vraag is dan of, en zo ja hoe dit soort mededelingen onderdeel worden van overeenkomsten.¹¹⁹⁶ Hoewel dat voor normalisatienormen in mindere mate geldt dan voor CSR-codes, propageren marktdeelnemers in de praktijk tegenwoordig vaker ISO-gecertificeerd (of CE-gecertificeerd) te zijn en vermelden zij soms ook op websites dat hun producten voldoen aan de Europese EN-normen. Dergelijke uitingen lijken gericht op de afnemers en/of gebruikers van die producten. Daarnaast zijn de CE-markering en de DoC publieke uitingen waaruit blijkt dat producteisen respectievelijk geharmoniseerde normen zijn gevolgd (nrs. 49 en 48). Hoewel CSR-codes op andere punten van productnormen verschillen,¹¹⁹⁷ zijn de hierna te bespreken doorwerkingsmechanismen die voor CSR-codes van belang zijn naar verwachting ook van belang voor Europese productnormen.

Expliciete verwijzing vormt de minst problematische categorie; vanaf dat moment maakt de productnorm deel uit van het contract en vormt deze direct de contractuele verbintenis.¹¹⁹⁸ Grotere onduidelijkheid bestaat wanneer niet expliciet naar een productnorm is verwezen. Zowel onder Engels als Duits recht valt men dan terug op methoden van contractsuitleg en aanvulling van

¹¹⁹² Van Leeuwen 2015, p. 176-177 over *services standards* onder verwijzing naar Schepel & Falke 2000, p. 216-218 over normalisatienormen in het algemeen. Zij besteden nog bijzondere aandacht aan normalisatienormen als vorm van gewoonterecht.

¹¹⁹³ Vgl. Van Leeuwen 2015, p. 178-179.

¹¹⁹⁴ Vgl. Van Leeuwen 2015, p. 172 en 178.

¹¹⁹⁵ Vgl. Van Leeuwen 2015, p. 170.

¹¹⁹⁶ Zie ook Castermans 2008, p. 39 e.v. over de mededeling dat producten vrij van discriminatie zijn gemaakt, hetgeen volgens hem direct van invloed is op de conformiteit bij koop.

¹¹⁹⁷ Zo ontbreekt voor CSR-codes een wettelijk gereguleerd totstandkomingskader en een verwijzing ernaar in de wet, zoals bij geharmoniseerde normen. Verder is onduidelijk is of er voldoende minimumwaarborgen in het totstandkomingsproces aanwezig zijn om binding aan CSR-codes op andere wijze dan via een publieke uiting te rechtvaardigen (vgl. hoofdstuk 4).

¹¹⁹⁸ Vgl. Beckers, die dit voor doorwerking van CSR-standaarden ook wel de '*easy case*' noemt, Beckers 2015, p. 48.

contracten, die ruimte laten om ook in die gevallen tot contractuele binding aan een productnorm te komen. Een bijzondere route is aan de orde bij de conformiteitseis voor koop (hierna § 6.3).¹¹⁹⁹

Naar Engels recht wordt bij uitleg grote waarde gehecht aan de objectief kenbare onderdelen van het contract, nu als uitlegcriterium de *reasonable person test* geldt.¹²⁰⁰ In de praktijk zal dat betekenen dat voor toepassing van een productnorm een aanwijzing in het contract moet zijn te vinden waarop die toepassing kan worden gebaseerd. Is dat niet het geval, dan rest de theorie over aanvulling door *implied terms* (en dan met name *implied terms by fact*). *Implied terms* kunnen volgen uit het recht (*implied by law*, zoals *satisfactory of merchantable quality* bij koop) of de feiten (*implied in fact*).¹²⁰¹ *Implied in fact* worden *terms* slechts aangenomen als uitleg resulteert in een leemte en aanvulling noodzakelijk is voor de werking van het contract (*business efficacy*) en/of toepassing van de *term* zo voor de hand liggend door partijen is bedoeld dat toepasselijkheid van de productnorm in het contract mag worden gelezen (*the officious bystander test*).¹²⁰² Een vorm van *implied terms in fact* vormt *usage of custom*, mits het gebruik '*notorious, certain and reasonable is*' en '*not contrary to law*'.¹²⁰³ De Engelse uitleg en aanvullingspraktijk is een stuk terughoudender dan de Nederlandse.¹²⁰⁴ Engelse rechtspraak over de betekenis van andere wettelijke normen en normalisatienormen voor andere contracten dan koop is schaars.¹²⁰⁵

In Duitsland geldt een met Nederland vergelijkbare¹²⁰⁶ contextuele uitlegmethode die focust op het vaststellen van de partijbedoeling en, voor zover dat niet mogelijk is, uitleg vanuit het perspectief van een redelijk handelende contractspartij in het licht van de omstandigheden van het geval.

¹¹⁹⁹ Vgl. voor CSR: Beckers 2015, p. 117 en 121. Zie eerder Castermans 2008, p. 44 die de conformiteitseis in deze zin omschrijft als instrument van externe gerichtheid.

¹²⁰⁰ In de oorspronkelijke bewoordingen van Lord Hoffmann J in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896: '*The exercise of interpretation is therefore to identify what a reasonable individual would have understood the parties to have meant by the language used. Crucially, this is not the same as identifying what the parties themselves understood, or intended: subjective intent is irrelevant to the process of interpretation and evidence of such should not be relied upon as an aid to construction. The only relevant evidence is therefore that which was known or reasonably available to both parties at the time of contracting.*' Voor deze objectieve uitleg zijn niet alleen de letterlijke bewoordingen van het beding en de verdere context van het contract relevant, ook achtergrondinformatie ('*the matrix of fact*') kan van belang zijn. (*Business*) *common sense* kan ook een rol spelen. Sinds de arresten *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36 en *Wood v Capita Insurance Services* [2017] UKSC 24 lijken bij uitleg van commerciële contracten de letterlijke bewoordingen en de verdere bepalingen in het contract toch het meest relevant. In deze arresten kon *business common sense* niet worden gebruikt om slechte, ongelukkige of onvolledige bepalingen via rechtelijke uitleg alsnog te repareren.

¹²⁰¹ Beatson e.a. 2016, p. 172 e.v. en 162 e.v.; Beale e.a. 2015b, p. 1097 (Chitty, nr. 14-004).

¹²⁰² Beatson e.a. 2016, p. 162; Beale e.a. 2015b, p. 1097 (Chitty, nr. 14-005).

¹²⁰³ Beale e.a. 2015b, p. 1114 (Chitty, nr. 14-012).

¹²⁰⁴ Zoals Schelhaas eerder al opmerkte in Valk & Schelhaas 2016, p. 124.

¹²⁰⁵ Ik heb mij voor de buitenlandse rechtssystemen beperkt tot ondersteunend jurisprudentieonderzoek aan de hand van belangrijke handboeken en artikelen over het onderwerp, waarin ik geen voorbeelden ben tegen gekomen.

¹²⁰⁶ Schelhaas in Valk & Schelhaas 2016, p. 114.

Beide stappen moeten in samenhang worden gezien.¹²⁰⁷ Duitse rechtspraak over overeenkomsten waarin productnormen relevant waren buiten koop en aanneming van werk is echter niet gevonden. Nu de Duitse bepaling over de levering van producten bij aanneming van werk aansluit bij koop, wordt die rechtspraak bij koop behandeld.

6.2.2 Nederlands recht – algemeen kader

135 Totstandkoming: wil, verklaring en vertrouwen

Of een overeenkomst met betrekking tot een productnorm (nr. 6) tot stand is gekomen, wordt beoordeeld aan de hand van art. 6:217 jo. 3:33 jo. 3:35 BW. Veelal zal er tussen partijen geen discussie bestaan of er überhaupt een overeenkomst tot stand is gekomen. Een overeenkomst zal meestal niet alleen productnormen tot voorwerp hebben. Productnormen hebben bovendien weinig betekenis voor de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen.¹²⁰⁸ Vaker zal onduidelijk zijn of de geldig tot stand gekomen overeenkomst ook productnormen van toepassing verklaart en of de wilsovereenstemming ook ziet op toepasselijkheid van die productnormen. Deze vraag zal hierna centraal staan en ziet op uitleg, niet op totstandkoming. Totstandkoming en uitleg hangen evenwel nauw samen. De wilsvertrouwensleer, die geldt voor de vraag naar de totstandkoming, werkt – zoals we hierna zullen zien – immers door in het leerstuk van uitleg.¹²⁰⁹

136 Uitleg van de overeenkomst: de door partijen beoogde rechtsgevolgen

Het uitlegproces wordt wel samengevat als het vaststellen van de partijbedoeling.¹²¹⁰ Of partijen een productnorm zijn overeengekomen hangt primair af van welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.¹²¹¹ Het bekende *Haviltex*-criterium vloeit voort uit art. 3:33 BW en art. 3:35 BW, maar is niet tot een afweging van de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen beperkt. Het criterium houdt in zijn algemeenheid een subjectief-objectieve maatstaf in (zie voor het concrete gewicht van subjectieve of objectieve factoren en de methoden bij uitleg nader nr. 164).¹²¹²

¹²⁰⁷ § 133 en § 157 BGB. Algemeen: Staudinger/Reinhard Singer (2012) BGB, § 133, Rn. 4. Zie in het kader van (CSR)-standaarden, Beckers 2015, p. 72-81, Mataija 2016, p. 8.

¹²⁰⁸ Behoudens andere uitzonderlijke productveiligheidsbepalingen zoals het schriftelijkheidsvereiste voor de overeenkomst met de gemachtigde onder de Vo. Medische Hulpmiddelen (zie nrs. 58 en 147, vgl. nr. 249).

¹²⁰⁹ M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 2.1 en in 2.6: 'In de praktijk valt het onderscheid tussen het beantwoorden van de vraag of een overeenkomst is tot stand gekomen en de uitleg van de tot stand gekomen overeenkomst lang niet altijd te maken, zo volgt bijvoorbeeld uit het zogenaamde *Misverstand*-arrest, HR 17 december 1976, LJN AC5835, NJ 1977/241 (GJS) (Bunde/Erckens). Bakker diss. 2012, p. 45; Valk & Schelhaas 2016, p. 17.

¹²¹⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/362; Tjittes 2018, p. 262.

¹²¹¹ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*), r.o. VI.2. De toevoeging van 'gedragingen' volgt uit latere rechtspraak.

¹²¹² Tjittes 2018, p. 262 en 266. Vgl. Schelhaas in Valk & Schelhaas 2016, p. 99. Drion heeft het over een dubbel geobjectiveerde subjectieve uitlegmaatstaf, Drion 2016b, p. 1961.

Contractuele binding aan een productnorm ontstaat ten eerste indien partijen toepassing van de productnorm hebben gewild en onder omstandigheden erop mochten vertrouwen dat deze van toepassing is.¹²¹³ Gaat het bijvoorbeeld om een geharmoniseerde norm (een bijzondere categorie normalisatienormen), dan is naar Nederlands recht niet altijd noodzakelijk dat titel, indexnummer en datum van de norm met naam en toenaam worden genoemd of dat sprake is van een statische verwijzing in het contract in plaats van een dynamische.¹²¹⁴ Of een verwijzing naar een norm voldoende duidelijk is, dient te worden beoordeeld in het licht van alle omstandigheden van het geval op grond waarvan het daadwerkelijke subjectieve vertrouwen mede naar objectieve maatstaven (het mogen vertrouwen) dient te worden beoordeeld.¹²¹⁵ Een clause inhoudende dat een wederpartij, de dienst of het product 'zal voldoen aan de toepasselijke technische normen' kan – hoewel zeer vaag – in het licht van bepaalde omstandigheden tot contractuele binding aan een geharmoniseerde norm leiden. Daarvoor zijn onder meer de hoedanigheid van partijen,¹²¹⁶ het type prestatie en de overig uitgewisselde informatie van belang.¹²¹⁷ Het doel van de verwijzing is ook relevant; verwijzen partijen per ongeluk naar een oude geharmoniseerde norm, doch hebben zij met de verwijzing beoogd dat het te leveren product is toegestaan op de Europese markt, dan dient het product in de gegeven omstandigheden wellicht ook aan de recentste toepasselijke geharmoniseerde normen te voldoen. Het gaat erom of de verwijzing voor de partijen in kwestie voldoende duidelijk is geweest.

Voor zover in de uitlegfase de uitleg van een productnorm zelf noodzakelijk is, verwijs ik naar mijn opmerkingen onder nr. 164.

137 Uitleg: ruimere of beperktere rol van de redelijkheid en billijkheid?

Eeuwenoud discussiepunt in het juridische debat is of de daadwerkelijke wil van partijen en hun vertrouwen moet zijn gericht op de toepasselijkheid van – in dit geval – de productnorm, waarna de overeenkomst bij een leemte wellicht kan worden aangevuld, of dat 'vaststelling van de partijbedoeling' reeds met behulp van normatieve uitleg tot stand kan komen. Schoordijk en Van Dunné zijn bekende vertegenwoordigers van de oorspronkelijke school van de normatieve uitleg, welke opvatting uiteindelijk door de wetgever niet is gevolgd.¹²¹⁸ Uitleg van de overeenkomst lijkt onder het huidige recht de stap

¹²¹³ Zie eerder in vergelijkbare zin Stuurman 1995, p. 253.

¹²¹⁴ Zie voor Frankrijk anders Gambelli 1997, p. 114. Vgl. Valk & Schelhaas 2016, p. 25 waarin Valk verwijst naar het beginsel van het *consensualisme*.

¹²¹⁵ Tjittes 2009, p. 7. Vgl. later ook Tjittes 2018, p. 264 en 265.

¹²¹⁶ Tot welke maatschappelijke kring partijen horen en welke (rechts)kennis van partijen mag worden verwacht zijn bekende gezichtspunten die hun oorsprong vinden in het *Haviltex*-arrest, HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*), r.o. VI.2.

¹²¹⁷ Anders, en mijns inziens ten onrechte, Stuurman 1995, p. 293.

¹²¹⁸ Schoordijk 1979, p. 21 e.v.; Van Dunné 1971, p. 9 e.v. en 236 e.v. Zie voor het destijds sterkte tegengeluid, Nieuwenhuis 1979, p. 20; Schut 1987, p. 80. Zie *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 74 en 979. Onder de oude doctrine werd ook wel onderscheid gemaakt tussen autonome normen, zijnde de normen gekozen door

vóór aanvulling of beperking te zijn (art. 6:248 lid 1 BW)¹²¹⁹ en – blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad – mede te geschieden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid.¹²²⁰ De doctrinaire discussie is thans toegespitst op de vraag hoe groot die rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg is of zou moeten zijn.

De rechtspraak van de Hoge Raad – onder andere in *DSM/Fox* – zou kunnen worden gelezen alsof deze ruimte laat voor een ongelimiteerde rol voor de redelijkheid en billijkheid bij uitleg.¹²²¹ Valk nuanceert dit en betoogt dat bij uitleg moet worden uitgegaan van een beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid (ex art. 3:12 BW, voorheen objectieve goede trouw). Volgens hem dienen de subjectieve goede trouw (art. 3:11 BW) en de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 en 3:35 BW) de boventoon te voeren bij uitleg.¹²²² Tegelijkertijd kunnen bij de toepassing van de subjectieve norm van wat partijen over en weer redelijkerwijs mogen verwachten, onderzoeks- en mededelingsplichten als gedragsnormen die voortvloeien uit de objectieve goede trouw (art. 3:12 BW) een rol spelen.¹²²³ Deze rol is volgens hem bij het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen echter beperkt en secundair. Bij aanvulling van leemtes is deze groter.¹²²⁴ Of men geneigd is deze visie te

partijen, en heteronome normen, zijnde de normen die de rechtsorde oplegt en welke normen een grotere rol spelen bij normatieve uitleg.

¹²¹⁹ In de literatuur werd dit al eerder aangenomen, onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 67 en 69. Zie hierover Jansen 2012, p. 254-255. Thans blijkt dat ook uit de jurisprudentie, zie o.a. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt, KoersPlan*), r.o. 3.4.2.

¹²²⁰ Hetgeen ligt besloten in de woorden ‘redelijkerwijs’ in de Haviltex-maatstaf: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*), r.o. VI.2; HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:AA9430, *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/Van Alpen*), r.o. 3.8; HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5. Zie ook Valk 2009, p. 391 e.v., M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 13, *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/364-365 en Wolters 2013, p. 24. Vgl. ook Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 2016, nr. 492: ‘*Richtinggevend is het wederzijdse gerechtvaardigde vertrouwen van partijen (art. 3:35 BW [...]) gezien in het licht van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, 6:248).*’ Ook aangehaald door Tjittes 2018, p. 268.

¹²²¹ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5; ‘*bij uitleg zijn van beslissende betekenis (...) alle omstandigheden van het geval gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen*’. Hartkamp en Sieburgh werden wel beschouwd als voorstanders van een meer normatieve benadering bij uitleg en een daarmee samenhangende grotere rol voor de redelijkheid en billijkheid, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6/III* 2010/364 en 365. Later uitdrukkelijk stelling nemend tegen Van Dunné en Schoordijk, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/364 en 365 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/364 en 365. Zie anders Valk en Tjittes hierna.

¹²²² Valk 2009, p. 391 e.v. In zijn preadvies (Valk & Schelhaas 2016, p. 86) wijst hij nogmaals op zijn eerdere kritiek uit 2009 en het arrest HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:AA9430, *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/Van Alpen*), r.o. 3.8. Zie ook Tjittes 2018, p. 269 en 407. Tjittes wijst erop dat zo’n nuancering ontbreekt in HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5.

¹²²³ Deze gedragsnormen kan men, in navolging van *Baris/Riezenkamp*, volgens Valk zien als een gevolg van de objectieve goede trouw, dus thans van de redelijkheid en billijkheid, hetgeen een beperktere rol van de redelijkheid en billijkheid in de fase van uitleg met zich brengt. Het gaat dan om de volgende rechtsoverweging uit voornoemd arrest: ‘*Dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.*’ Valk 2009, p. 402.

¹²²⁴ Valk 2009, p. 401-402 en in navolging daarvan Jansen 2012, p. 225, mede onder verwijzing naar Tanja-van den Broek 2002, p. 432-433.

volgen hangt in essentie af van het gewicht dat men toekent aan partijautonomie en contractvrijheid binnen het contractenrecht in verhouding tot andere gedragsnormen en beginselen die in het objectieve recht liggen besloten.¹²²⁵ Ik sluit mij graag bij Valk aan.

Bijna alle auteurs erkennen overigens dat het onderscheid tussen uitleg en aanvulling in de praktijk lang niet altijd verschil zal maken nu de redelijkheid en billijkheid bij aanvulling ook een rol speelt.¹²²⁶ Ook de rechter besteedt over het algemeen niet veel tijd aan de dogmatische inbedding van zijn oordeel hierover, nu het in veel gevallen voor het resultaat weinig uitmaakt.¹²²⁷ In de hierna te bespreken rechtspraak over impliciete toepasselijkheid van (andere) normalisatienormen maakt de rechter daar evenmin veel woorden aan vuil.

In een enkel, uitzonderlijk geval zal dit onderscheid echter wel uitmaken. Stel dat alle omstandigheden erop wijzen dat het subjectieve vertrouwen van partijen is gericht op het afwijken van een producteis, terwijl bij gebreke van een partijafpraak die producteis het contract zou hebben aangevuld. In dat geval zou vergaande invloed van de redelijkheid en billijkheid bij (normatieve) uitleg kunnen maken dat deze afwijkende afspraak door middel van de redelijkheid en billijkheid als het ware wordt geconverteerd. Zie ik het goed, dan zou bij de aanpak van Valk aan de subjectieve partijbedoeling niet mogen worden getornd via de redelijkheid en billijkheid.¹²²⁸ Nu in voornoemd geval geen leemte bestaat in de overeenkomst, resteren slechts art. 6:233 e.v. BW, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en art. 3:40 lid 1 BW ter aantasting van dit beding. Vooral de laatste twee bevatten vele malen hogere drempels voor aantasting ervan (onaanvaardbaarheid, respectievelijk de toets aan de openbare orde, § 6.5).¹²²⁹

Zoals ik hierna in paragraaf 6.3.2 toelicht, mag naar Nederlands recht bij een koopovereenkomst, gesloten tussen Europese partijen, tot levering van een product dat is bestemd voor de Europese markt, de koper behoudens contra-indicaties veelal verwachten dat het geleverde voldoet aan de EU-wetgeving. Een soortgelijk uitgangspunt geldt mijns inziens in de regel ook bij andere overeenkomsten als huur, opdracht of aanneming van werk, indien de partijen daarbij uit de Unie afkomstig zijn en de plaats van uitvoering van de verbintenis waarbij het product wordt gebruikt in de Unie is gelegen. In zo'n

¹²²⁵ Tjittes 2018, p. 269 meent dat het open criterium uit *DSM/FOX* onzekerheid bij buitenlandse rechters en arbiters over het uitleg-criterium in Nederland in de hand zou werken. Nadere nuancering zou de aantrekkelijkheid van het Nederlandse recht bevorderen. Voor deze stellingen ontbreekt vooralsnog empirisch bewijs.

¹²²⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/365, Valk 2009, p. 391-392.

¹²²⁷ Vgl. Valk 2009, p. 392. Asser/Sieburgh 6-III 2018/365 en 366.

¹²²⁸ Vgl. het door Valk genoemde voorbeeld in de studiereeks (Valk 2016a, p. 300) waarin dit onderscheid ook verschil maakt, namelijk indien een rechter niet ingaat op het verloop van onderhandelingen omdat hij meent dat uit de objectieve norm van redelijkheid en billijkheid hoe dan ook een bepaalde uitleg van de overeenkomst volgt. Dat is volgens Valk fout; *'omdat het voor de uitleg van de overeenkomst eerst en voor alles aankomt op hetgeen partijen (subjectief) in de gegeven omstandigheden mochten verwachten (...). Eerst daarna (...) is de objectieve norm van de redelijkheid en billijkheid aan de orde.'*

¹²²⁹ Vgl. ook HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106, *RvdW* 2018/3 (*Forellenkwekerij*), r.o. 5.1.3.

geval dient de dienst of het werk in beginsel te voldoen aan de toepasselijke EU-wetgeving.

138 Aanvulling van wat is overeengekomen: algemeen

Indien uitleg van het contract resulteert in een leemte, dan kan de overeenkomst nog worden aangevuld door wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW laatste zinsnede).¹²³⁰ Over het algemeen wordt aangenomen dat aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid pas plaatsvindt, indien noch de wet, noch de gewoonte kunnen aanvullen.¹²³¹ De aard van de overeenkomst is medebepalend voor hetgeen uit de andere bronnen van rechtsgevolgen (wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid) voortvloeit. Als gezegd vloeien uitleg en aanvulling meermaals ineen.¹²³²

139 Aanvulling door de wet

Zoals in hoofdstuk 4 al kort aan de orde is geweest, is het begrip ‘wet’ in art. 6:248 lid 1 BW ruimer dan alleen de wet in formele zin. Ook wetten in materiële zin – algemeen verbindende voorschriften – vallen hieronder, mits deze voorschriften op delegatie door de wetgever in formele zin berusten (nr. 96).¹²³³ Evenwel lijken met deze categorie in art. 6:248 lid 1 BW wettelijke voorschriften te zijn bedoeld die specifiek op contracten zien, zoals de voorschriften die uit het Burgerlijk Wetboek of bijvoorbeeld het Wetboek van Koophandel afkomstig zijn,¹²³⁴ uit wetten buiten het BW die dienen ter verdere regulering van contractuele relaties zoals de Wet minimumloon voor arbeidsovereenkomsten,¹²³⁵ of uit EU-recht dat daadwerkelijk contractuele rechtsgevolgen dicteert zoals de Richtlijn Consumentenkrediet.¹²³⁶ Materieel moet de norm immers iets zeggen over de rechtsgevolgen *van de*

¹²³⁰ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt, KoersPlan*), r.o. 3.4.2.

¹²³¹ De verhouding tussen deze aanvullende rechtsbronnen is door de wetgever aan de rechtspraak overgelaten, Eindverslag I, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 72. Zie voor auteurs die aanvulling door de wet en de gewoonte tot uitgangspunt nemen en slechts een rol zien voor de redelijkheid en billijkheid indien de eerste twee bronnen niet aanvullen, Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/4 en 22 en Tjittes 2018, p. 401. Zie anders, namelijk uitgaande van gelijkwaardige rechtsbronnen, Asser/Snijders & Valk 7-III 2016/36. In uitzonderlijke gevallen kan de gewoonte voorgaan op dwingende doch verouderde wetsbepalingen, arrest HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, *NJ* 1972/339, m.nt. L.J. Hymans v.d. Berg (*Maring, Assuradeuren/Maring, La Confiance-Maring*) of kan de redelijkheid en billijkheid maken dat van een wettelijke mogelijkheid tot opzegging pas gebruik mag worden gemaakt indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat, HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*De Ronde Venen/Stedin*), herhaald in HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*). Een wetsbepaling kan in uitzonderlijke gevallen ook buiten toepassing worden gelaten uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid, HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak.

¹²³² Asser/Sieburgh 6-III 2018/366.

¹²³³ Asser/Sieburgh 6-III 2018/381.

¹²³⁴ Asser/Sieburgh 6-III 2018/381 waarin bijvoorbeeld naar het Wetboek van Koophandel wordt verwezen. En M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 3.1 e.v. Vgl. Loth 2009, p. 28.

¹²³⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/86.

¹²³⁶ Vgl. de oude Wet op het Consumentenkrediet, die Richtlijn 2008/48/EG (*Consumentenkrediet*) implementeerde met daarin bepalingen over ontbinding en nietigheden. Sinds 2017 zijn deze bepalingen overgeheveld naar Titel 7.2A BW. Onder meer de bepalingen over herroeping hebben onmiskenbaar de strekking overeenkomsten aan te vullen.

overeenkomst en dus de overeenkomst aanvullen.¹²³⁷ Meijers merkt hierover op:

‘Uit welke wetsbepalingen rechtsgevolgen voortvloeien voor een concrete overeenkomst, moet worden bepaald door interpretatie van de wilsverklaringen van partijen enerzijds en door uitlegging van de voor toepassing in aanmerking komende bepalingen anderzijds.’

De wilsverklaringen zullen van geval tot geval verschillen en volgens Haviltex moeten worden uitgelegd. Daarom wordt hierna gefocust op de strekking van de bepalingen.

Leggen we productnormen tekstueel en systematisch uit, dan lijken deze normen niet rechtstreeks typische contractuele rechtsgevolgen in het leven te roepen, zelfs niet in samenhang met de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers (§ 2.4 behoudens nr. 58). In zoverre zijn productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen voor marktdeelnemers anders dan andere marktregulerende wetgeving die ziet op specifieke contracten en contractuele relaties, zoals bijvoorbeeld de Energiewet en de Gaswet. Deze wetten bevatten bijvoorbeeld bepalingen over de beëindiging van concrete diensten. Hoewel bijvoorbeeld de term ‘beëindigen’ uit deze wetten afwijkt van de terminologie in het BW, is zo’n begrip wel gemakkelijker in verband te brengen met civielrechtelijke concepten en rechtsgevolgen dan normen over eigenschappen van producten. De Telecommunicatiewet is een ander voorbeeld van een wet met een meer contractuele strekking. Deze wet bevat bijvoorbeeld tariefvoorschriften die direct de overeenkomst kunnen aan- en invullen. Aldus ligt de contractuele aanvullende strekking van de bepalingen in deze wetten eerder voor de hand dan van productnormen en de bijbehorende verplichtingen voor marktdeelnemers als omschreven in hoofdstuk 2.¹²³⁸

Betrekt men ook de doelen van productveiligheidsrecht in de beoordeling, dan lijken de verplichtingen voor marktdeelnemers evenmin bedoeld om overeenkomsten aan te vullen (hoofdstuk 3). Vanuit Europees perspectief wordt het gebrek aan deze strekking in zekere zin thans bevestigd door *James Elliott* (nr. 83), zij het dat dit arrest het harmoniserend vermogen van de Richtlijn Bouwproducten ten opzichte van de nationale bepalingen over conformiteit bij koop betrof. Zo een strekking lijkt volgens het Hof te ontbreken.¹²³⁹

¹²³⁷ TM bij artikel 6.5.3.1, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 920. Zie ook Loth 2009, p. 24 die wijst op de bedoeling van de wetgever en de strekking van de bepaling.

¹²³⁸ Vgl. Houben 2013, p. 1087 en 1088 onder verwijzing naar art. 26a en 95m Elektriciteitswet 1998 en art. 14 en 15b Gaswet, die erop wijst dat de term ‘beëindigen’ inderdaad geen civielrechtelijke technische betekenis heeft, maar dat de vertaalslag naar civielrechtelijke concepten evenwel vaak kan worden gemaakt. Vgl. ook Voskamp 2018, p. 75-84 en p. 135-139, die zo’n vertaalslag maakt voor onderwijswetgeving en illustreert dat onderwijswetgeving onder meer via wettelijke aanvulling kan doorwerken.

¹²³⁹ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 52. Mocht in de toekomst onverhoopt blijken dat in de ogen van het Hof van Justitie het productveiligheidsrecht toch de strekking heeft tot het harmoniseren van het contractenrecht, dan kan het effectiviteitsbeginsel wellicht aan conversie van niet-bindende bepalingen in de weg staan, vgl. over oneerlijke bedingen

Het verhoudt zich bovendien slecht tot de aard van het overeenkomstenrecht, waarbinnen de partijautonomie en contractvrijheid centraal staan, om leemten in tal van overeenkomsten automatisch aan te vullen met allerlei bepalingen van productveiligheidsrecht. Partijen zullen op zo'n aanvullende werking om meerdere redenen wellicht in het geheel niet bedacht zijn geweest. Deze bepalingen richten zich in beginsel namelijk tot individuele marktdeelnemers als normadressaten en de mogelijke strekking tot aanvulling blijkt onvoldoende uit de tekst van de instrumenten. Om dit concreter te maken: mijns inziens brengt een enkele rechtskeuze voor Nederlands recht in een contract tussen bijvoorbeeld een professionele Amerikaanse verhuurder van machines en een Nederlandse, professionele huurder dus niet zomaar mee dat Europese producteisen van toepassing zijn indien dat contract een leemte laat ten aanzien van de producteisen waaraan de machines dienen te voldoen, (vgl. over conformiteit bij internationale koopcontracten, nr. 159).¹²⁴⁰ Daar is meer voor nodig, bijvoorbeeld wetenschap van de verhuurder dat de machines gaan worden gebruikt op Europees grondgebied en redelijkerwijs te verwachten bekendheid van de verhuurder met de Europese eisen. Zou men een aanvullende strekking snel accepteren, dan wordt het aanvullende contractrecht de facto ruimer, logger, lastiger te kennen en daarmee lastiger te hanteren voor partijen.¹²⁴¹

Ook vanuit eerdergenoemd Europees institutioneel oogpunt en het beginsel van bevoegdheidstoedeling (hoofdstuk 3) kan worden betwijfeld of zo'n strekking zomaar in de verplichtingen als genoemd in hoofdstuk 2 mag worden gelezen, omdat het Europese recht dan harmoniserend vermogen wordt toegekend daar waar de EU-wetgever dat wellicht niet eens heeft beoogd. Voor partijen die enige rechtsbescherming aan de verplichtingen voor marktdeelnemers kunnen ontleen – zoals gebruikers van producten in relatie tot hun veiligheid en gezondheid – pleit het doeltreffendheidsbeginsel evenwel voor een ruimhartige aanvulling van overeenkomsten met bepalingen van EU-recht, omdat dat zou kunnen bijdragen aan hun rechtsbescherming, alsmede aan de privaatrechtelijke handhaving van het productveiligheidsrecht (vgl. de instrumentele benadering in *Muñoz* waaruit deze overtuiging lijkt te spreken, nr. 82). De vraag is alleen of aanvulling dan via de bron 'wet' dient plaats te vinden. De route van de redelijkheid en billijkheid is immers ook mogelijk. Deze laatste route verdient wat mij betreft de voorkeur omdat de redelijkheid en billijkheid worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

bijvoorbeeld HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banco Espanol de Crédito/Camino, Banesto*), r.o. 68 en 69. Aanvulling na schrappen van het beding op grond van nietigheid of na vernietiging zou wel zijn toegestaan, vgl. HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kredietnemers/Jelzálogbank*), r.o. 80, zoals ook aangehaald door Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/nr. 24.

¹²⁴⁰ Een andere vraag is of wanneer het recht van een niet EU-lidstaat van toepassing is op het contract, producteisen mogelijk voorrangregels zijn. Deze vraag wordt hier niet beantwoord.

¹²⁴¹ Vgl. ook Houben 2013, p. 1087 die wijst op de verminderde transparantie van regelgeving met contractuele gevolgen en in het algemeen betoogt dat de beïnvloeding van contractenrecht door publiekrecht niet ten goede komt aan een voor justitiabelen hanteerbaar recht.

Aanvulling op grond van de wet heeft deze inbedding in beginsel niet, waardoor maatwerk binnen het kader van aanvulling lastiger is (daarvoor is primair de strekking van de wetbepaling van belang en die vult wel of niet aan). Overigens is het niet-treffen van een contractuele voorziening voor een bepaalde situatie niet altijd per definitie een leemte, maar kan uit uitleg volgen dat partijen bijvoorbeeld een bepaald risico niet hebben willen verplaatsen.¹²⁴²

Directe toepassing van geharmoniseerde normen als wet ex art. 6:248 lid 1 BW lijkt al helemaal niet voor de hand te liggen, nu dit geen algemeen verbindende voorschriften zijn en het productveiligheidsrecht alternatieve methoden toestaat (hoofdstuk 4).

Of een wet een overeenkomst aanvult, dient overigens wel te worden beschouwd in het licht van de aard van de overeenkomst, zo blijkt uit art. 6:248 lid 1 BW. Voorstelbaar is dat het productveiligheidsrecht eerder de strekking heeft B2C-contracten aan te vullen dan B2B-contracten. Hoewel aanvulling van het contract met productnormen via de categorie ‘wet’ niet kan worden uitgesloten, lijken zowel producteisen als geharmoniseerde normen – buiten expliciete toepasselijkverklaring – primair via de redelijkheid en billijkheid door te werken en betekenis te krijgen.¹²⁴³

140 Aanvulling door gewoonte

Naast eerdergenoemde discussie over de status van recht in de zin van art. 79 lid 1 RO, is de vraag of het toepassen van geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen gewoonterecht kan zijn.¹²⁴⁴ Het vaststellen van gewoonterecht berust deels op een feitelijk oordeel. Daarom bepaalt art. 79 lid 2 RO dat feiten waaruit het gelden of niet gelden van een regel van gewoonterecht wordt afgeleid, zover zij bewijs behoeven, alleen op grond van de bestreden beslissing als vaststaand worden aangenomen. De rol van gewoonterecht is in de huidige samenleving veel beperkter dan voorheen.¹²⁴⁵ Met name ten aanzien van bestendige (handels)gebruiken is het gewoonterecht thans nog relevant.¹²⁴⁶ Het verschil tussen de werking van een geharmoniseerde norm als gewoonterecht (art. 79 lid 2 RO) en als recht (art. 79 lid 1 RO) ligt niet alleen in de vaststellingsmogelijkheden in cassatie, maar

¹²⁴² Vgl. HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7889, NJ 2010/623 (*Skare/Flexmen*), r.o. 3.4.1, ook aangehaald en besproken door Tjittes 2013, p. 392.

¹²⁴³ Vgl. Houben die ten aanzien van aansluit-, transport en energieleveringsovereenkomsten opmerkte dat doorwerking van publiekrechtelijke regels in contracten kan plaatsvinden ‘doordat een civiele rechter via de open norm van redelijkheid en billijkheid, in dit geval in aanvullende zin (art. 6:248 lid 1 BW), de publiekrechtelijke regels waaraan de netbeheerder of leverancier zich moet houden, ook van toepassing acht in de contractuele verhouding’, Asser/Houben 7-X 2015/191. Ten aanzien van dit type overeenkomsten nuanceert zij dit later voor zover het verplichtingen uit zogeheten technische codes betreft. Over deze codes bestaat discussie of dit algemeen verbindende voorschriften zijn. Het CBb lijkt van het eerste uit te gaan, doch lagere rechters vereisen eerst overname in de overeenkomst van deze gegevens. Voor deze technische codes geldt overigens – anders dan voor geharmoniseerde normen – dat zij geen alternatieve methodes toestaan. Asser/Houben 7-X 2019/191-193.

¹²⁴⁴ Giesen 2007, p. 71 onder verwijzing naar o.a. Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 109-110.

¹²⁴⁵ Valk in Valk & Schelhaas 2016, p. 80, die mede wijst op de invloed van globalisering en het internet.

¹²⁴⁶ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/181.

ook in het feit dat de lagere rechter niet is gebonden aan de traditionele regels van bewijsvoering.¹²⁴⁷

Willen geharmoniseerde normen gewoonterecht zijn, dan moet sprake zijn van een herhaling van feiten, ook wel omschreven als het in het verleden in overeenkomstige verhoudingen volgen van eenzelfde gedragslijn.¹²⁴⁸ Daarnaast moet de geharmoniseerde norm in de kring van de betrokkenen als bindend worden ervaren.¹²⁴⁹ Ten aanzien van het eerste vereiste zal van geval tot geval moeten worden gekeken welk gedrag tussen betrokkenen, bijvoorbeeld in een bepaalde branche, gebruikelijk is. Men zou zich kunnen voorstellen dat het in een bepaalde bedrijfstak gebruikelijk is dat producten overeenkomstig de toepasselijke geharmoniseerde normen zijn geproduceerd. In dat geval wijkt de gewoonte af van het wettelijke uitgangspunt dat ook op alternatieve wijze de conformiteit mag worden aangetoond.¹²⁵⁰ Ten aanzien van het tweede vereiste kan worden gewezen op de aanname dat geharmoniseerde normen door marktdeelnemers als feitelijk dwingend worden ervaren. Aldus moet de rol van de gewoonte waar het gaat om toepasselijkheid van geharmoniseerde normen niet worden onderschat. Tegelijkertijd worden aan de kwalificatie als gewoonte strikte eisen gesteld; de gewoonte dient telkens in het concrete geval te worden vastgesteld en te gelden tussen de bij het geschil betrokken partijen.¹²⁵¹ Hoewel uit de hierna te bespreken jurisprudentie blijkt dat normalisatienormen binnen sommige bedrijfstakken een grote invloed hebben, ontbreekt rechtspraak waarin (het volgen van) een normalisatienorm expliciet als gewoonte is benoemd. Uitzondering hierop vormt een arbitragezaak over aanneming van werk.¹²⁵² De arbiter bestempelt het naleven van NEN-normen als 'gewoonte in de bouwsector'.¹²⁵³ Hij noemt hiertoe twee relevante omstandigheden, namelijk de veelvuldige toepassing van de norm alsmede de representatieve totstandkoming van de NEN-norm, waardoor de norm een concretisering is van de wel overeengekomen eis van 'goed en deugdelijk werk'.¹²⁵⁴ De

¹²⁴⁷ Asser/Sieburgh 6-III 2018/383. Terecht wijst zij erop dat in de praktijk de rechter de bewijslast ten aanzien van het bestaan van de gewoonte toch op de schouders legt van degene die zich op de gewoonte beroept.

¹²⁴⁸ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/121, onder verwijzing naar Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 106, en *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 920.

¹²⁴⁹ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/121 onder verwijzing naar Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 107. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/382.

¹²⁵⁰ Hetgeen naar Nederlands recht aanvullende werking van gewoonte zou zijn, Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/119. Bij sterke gewoontes is het mogelijk dat deze zelfs prevaleren boven dwingend recht.

¹²⁵¹ Hoewel Giesen meent dat alternatieve regelgeving als gewoonterecht in wording kan worden gekwalificeerd (Giesen 2007, p. 71), bevatten normalisatienormen geen automatisch 'herhaaldelijk gevolgde gedragslijnen'. Voor kwalificatie als gewoonterecht dient mijns inziens een vertaalslag te worden gemaakt: bestaat er een bestendige gedragslijn met betrekking tot de normalisatienorm.

¹²⁵² RvA voor de Bouw 24 februari 2014, No. 34.501 (gebruik NEN-normen gewoonte in de bouwsector), *TBR* 2016/192, m.nt. E.M. Bruggeman.

¹²⁵³ Overweging 15.

¹²⁵⁴ Arbiter onder 13 en 14. Zie kritisch hierover Bruggeman in zijn noot, die meent dat de gewoonte de expliciet overeengekomen eis van goed en deugdelijk werk niet opzij kan zetten (onder 11). Dat laat wat mij betreft onverlet dat wat partijen hiermee hebben bedoeld mede kan worden gekleurd door de gewoonte. De

automatische kwalificatie van NEN-normen in de bouwsector als gewoonterecht lijkt mij wat kort door de bocht en zou bovendien maken dat nagenoeg alle NEN-normen onder het Bouwbesluit via de gewoonte automatisch alsnog bindend worden, terwijl de wetgever ook gelijkwaardige oplossingen toestaat. Voor aanwezigheid van een gewoonte is mijns inziens meer nodig.

Valk wijst er nog op dat in internationaal verband de rol van de gewoonte lijkt toe te nemen, mede als vehikel om *soft law* in internationale verhoudingen een plek te geven, doch dat deze trend kan worden verklaard door de eerder besproken beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid en aanvulling in Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels, waardoor de gewoonte daar volgens hem een ‘aantrekkelijk alternatief’ is.¹²⁵⁵

141 Aanvulling door de redelijkheid en billijkheid

Hoewel aanvulling door wet en gewoonte niet volledig zijn uitgesloten, lijkt de redelijkheid en billijkheid de meest voor de hand liggende route voor impliciete toepassing van producteisen, geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen bij contractuele normstelling.¹²⁵⁶ Dogmatisch is er een scheidslijn tussen de werking bij uitleg en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bij aanvulling moet volgens de parlementaire geschiedenis worden gekeken naar de objectieve maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waarbij moet worden gelet op aard, doel en strekking van de overeenkomst, de gerechtvaardigde belangen van partijen en het wettelijk stelsel.¹²⁵⁷ Nu uitleg en aanvulling zeer vervlochten kunnen zijn en de redelijkheid en billijkheid bij beide een rol vervullen,¹²⁵⁸ zal ik de betekenis van productnormen voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid voor beide toepassingen gezamenlijk bespreken.

drempel voor het vaststellen van een gewoonte is mijns inziens hoger dan zoals de arbiter het voorstelt. Vgl. het oordeel in RvA 7 december 2018, 36.222, overweging 29 waarin wordt geoordeeld dat B. als zorgvuldig handelend ingenieursbureau een zogeheten voornorm in acht had moeten nemen: *‘het is in de ingenieursbranche een vast gebruik om bij het bestaan van een dergelijke voornorm [namelijk een NVN-ENV-norm] die relevant is voor de opdracht, deze aan te houden, ook al is deze nog niet officieel van kracht.’*

¹²⁵⁵ Valk & Schelhaas 2016, p. 81.

¹²⁵⁶ Vgl. Houben die ten aanzien van aansluit-, transport- en energieleveringsovereenkomsten opmerkt dat doorwerking van publiekrechtelijke regels in contracten kan plaatsvinden *‘doordat een civiele rechter via de open norm van redelijkheid en billijkheid, in dit geval in aanvullende zin (art. 6:248 lid 1 BW), de publiekrechtelijke regels waaraan de netbeheerder of leverancier zich moet houden, ook van toepassing acht in de contractuele verhouding’*, Asser/Houben 7-X 2015/191. Zie later echter Asser/Houben 7-X 2019/191-193.

¹²⁵⁷ Zie ook Tjittes 2018, p. 409 onder verwijzing naar MvA II, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 66 en 67 en TM, *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 920. In de literatuur is evenwel ook de hypothetische partijwil bepleit. Zie Tjittes p. 410 en aldaar genoemde bronnen. Wissink pleit bij contracten die strikt, dat wil zeggen aan de hand van meer objectieve factoren zoals de tekst, moeten worden uitgelegd, voor terughoudende aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid, Wissink 2011, p. 583.

¹²⁵⁸ Vgl. Valk in Valk & Schelhaas 2016, p. 82.

142 Invulling van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van Europese productnormen en daaraan gekoppelde verplichtingen

Wat zegt een Europese productnorm over de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. 6:248 lid 1 en 2 BW) als bron van ongeschreven recht?¹²⁵⁹ Bij de vaststelling van wat de redelijkheid en de billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn (art. 3:12 BW). Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Als zodanig moeten de redelijkheid en de billijkheid gezien worden als bron van gedragsnormen,¹²⁶⁰ of anders gezegd ‘een doorgeefluik van maatschappelijke normen’.¹²⁶¹

Zoals gezegd zijn er verschillende soorten productnormen. Producteisen vormen in combinatie met de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers duidelijk bindende gedragsnormen. Europese producteisen en de verplichtingen voor marktdeelnemers zijn een concretisering van de in Europa levende rechtsovertuigingen en het resultaat van een afweging van algemene belangen. Het ongeschreven recht in de context van art. 6:248 lid 1 en 2 BW ziet op de ongeschreven gedragsnormen tussen twee of meer partijen bij een overeenkomst. Geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) lijken als gezegd niet exclusieve, autonome gedragsnormen in te houden, maar veelal een technische methode. Zij lijken daardoor niet geschikt om zelfstandig een-op-een als gedragsnorm te fungeren. Er dient een vertaalslag te worden gemaakt. Op welke manieren kunnen productnormen – producteisen en geharmoniseerde normen – van betekenis zijn voor de gedragsnormen die de redelijkheid en billijkheid ingeven?

De wil of verwachting van partijen zal niet altijd gericht zijn op de toepasselijkheid van de producteis of geharmoniseerde norm zelf. De wil of verwachting is bijvoorbeeld gericht op het gebruik bij de overeenkomst van een veilig product, het betrachten van de zorg van een goed opdrachtnemer¹²⁶² of goed vakmanschap bij de uitvoering van de opdracht, of de eisen van goed en deugdelijk werk bij aanneming van werk¹²⁶³ en zal veelal

¹²⁵⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/394.

¹²⁶⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/397 en Bakker 2012, p. 9 e.v. Over de rol van de redelijkheid en billijkheid bestaat uitvoerig academisch debat, doch ik sluit me op dit punt aan bij Bakker, Hartkamp & Sieburgh. Zie voor een helder overzicht eveneens Bakker voornoemd.

¹²⁶¹ Reurich 2005, p. 174 bij de bespreking van de receptiefunctie als geïdentificeerd door Teubner 1971, p. 60-61. Daarnaast noemde Teubner de transformatie- en de delegatiefunctie van open normen (p. 99 e.v.).

¹²⁶² De zorg van een goed opdrachtgever is de geschreven norm uit art. 7:401 BW die als *lex specialis* geldt van de redelijkheid en billijkheid in combinatie met de norm van zorgvuldig schuldenaar art. 6:27 BW. Deze norm wordt voor beroepsbeoefenaren geformuleerd als de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93. De zorg van een goed opdrachtnemer kan uit diverse concrete verplichtingen, verbintenissen of werkzaamheden bestaan waarvoor wettelijke eisen of normalisatienormen van belang kunnen zijn.

¹²⁶³ Als ongeschreven concretisering van de eisen die aan het werk ex art. 7:750 BW kunnen worden gesteld, Asser/Van den Berg 7-VI 2017/85. Vgl. Bruggeman onder 3 bij RvA voor de Bouw 24 februari 2014, No. 34.501

op dergelijke gedragsnormen zien. Denk ook aan de norm van redelijk handelend en bekwaam beroepsbeoefenaar als nadere concretisering van de zorg van een goed opdrachtnemer voor beroepsbeoefenaren ex art. 7:401 BW.¹²⁶⁴ Voor zover de subjectieve wil of het vertrouwen daar niet op is gericht, kunnen de algemene rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij een gegeven geval betrokken zijn (art. 6:2 jo. 3:12 BW), maken dat zulke ongeschreven gedragsnormen – via uitleg dan wel aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid – in de overeenkomst liggen besloten.¹²⁶⁵ Aan deze gedragsnormen zijn partijen via het ongeschreven recht direct gebonden. Productnormen (maar ook andere normalisatienormen) kunnen voor de invulling van deze ongeschreven gedragsnormen van betekenis zijn.¹²⁶⁶

Op dit punt vervaagt het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele zorgplichten,¹²⁶⁷ nu wat men redelijkerwijs van elkaar mag verwachten niet alleen wordt gekleurd door de concrete verklaringen en gedragingen over en weer, maar ook door hetgeen we in het maatschappelijk verkeer in het algemeen van bepaalde private partijen of ten aanzien van bepaalde verbintenissen redelijkerwijs mogen verwachten.¹²⁶⁸ Voorts is van belang dat bij invulling van de redelijkheid en billijkheid ook omstandigheden kunnen worden meegewogen die zich ná de totstandkoming van de overeenkomst hebben voorgedaan (denk bijvoorbeeld aan voortschrijdend inzicht waardoor een productnorm niet meer actueel blijkt).¹²⁶⁹

In Duitsland wordt aangenomen dat productnormen en andere normalisatienormen veelal de *anerkannte Regeln der Technik* weergeven (nr. 212). Het zijn de *anerkannte Regeln der Technik* die de privaatrechtelijke gedragsnormen in Duitsland nader invullen. Een normalisatienorm kan bij invulling van gedragsnormen in Duitsland slechts behulpzaam zijn indien en voor zover hij *anerkannte Regeln der Technik* weergeeft. Sommige private partijen worden geacht altijd de *anerkannte Regeln der Technik* in acht te

(gebruik NEN-normen gewoonte in de bouwsector), *TBR* 2016/192, m.nt. E.M. Bruggeman, hoewel in dat geval de eis van goed en deugdelijk werk wel expliciet was overeengekomen.

¹²⁶⁴ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/87 die ingaat op de invloed van zelfregulering op deze maatstaf. Hij maakt overigens geen onderscheid het soort zelfreguleringsinstrument (zoals gedragscodes of normalisatienormen).

¹²⁶⁵ Vgl. Giesen 2007, p. 99 die erop wijst dat maatschappelijke inzichten die in alternatieve regulering liggen besloten via art. 3:12 BW kunnen doorwerken.

¹²⁶⁶ Het is mijns inziens niet de rechter die binding bewerkstelligt, conform het schema van Vranken (hoofdstuk 4). Private rechtssubjecten zijn immers altijd gebonden aan het ongeschreven recht.

¹²⁶⁷ Zie in het algemeen over deze tendens o.a. Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/124, Jansen 2012, p. 2, Tjong Tjin Tai 2006, p. 100 en Van Laarhoven 2006, p. 9.

¹²⁶⁸ Vgl. Giesen 2007, p. 62 die spreekt over ‘de normatieve verwachting die bij betrokkenen bestaat ten aanzien van bepaald gedrag’ maar dan in het kader van gewoonterecht en de invulling van art. 3:12 BW. Alsmede p. 69 waarin hij opmerkt dat ‘open normen een nadere invulling verdienen en er geen reden is dat bij de ene soort principieel anders te doen dan bij de andere’. Voor zover hij daarbij doelt op de maatschappelijke betamelijkheid en de redelijkheid en billijkheid kan ik hem daarin volgen, zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27. De verkeersopvatting is wat mij betreft alleen geen gedragsnorm maar een beslisregel, zie ook Memelink 2009, p. 298.

¹²⁶⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/366 en 421, zoals ook aangehaald door Jansen 2012, p. 256, alsmede Valk & Schelhaas 2016, p. 26-28.

nemen. Van andere private partijen wordt echter meer dan alleen inachtneming van de *anerkannte Regeln der Technik* verwacht. Een dergelijk ingeburgerd begrip dat behulpzaam is voor het koppelen van de technische inhoud en het informatieniveau van een norm aan de kennis en daarmee het gedrag van een persoon, kennen wij in Nederland echter niet. Hooguit wordt wel eens opgemerkt dat normen van zelfregulering de *state of the art* kunnen of dienen weer te geven,¹²⁷⁰ maar wat onder de *state of the art* wordt verstaan en wie die in acht moeten nemen is onduidelijk. Onder het buitencontractuele deel zal het Duitse kader nader worden uitgewerkt (nr. 212).

Zijn er omstandigheden die maken dat naar Nederlands recht aan een geharmoniseerde norm (of andere normalisatienorm) een meer of minder grote informatieve rol toekomt in een bijzonder geval, ter invulling van de redelijkheid en billijkheid? De hoedanigheid van partijen en hun deskundigheid (en dan met name ten aanzien van hun technische kennis, en niet zozeer hun rechtskennis) zijn uiteraard voor de hand liggende, belangrijke omstandigheden, niet alleen voor uitleg van overeenkomsten in algemene zin,¹²⁷¹ maar juist ook in relatie tot de inhoud van een normalisatienorm en haar betekenis voor de inhoud van de overeenkomst. Van sommige partijen mag bijvoorbeeld concrete kennis van de inhoud van een normalisatienorm worden verwacht of technische kennis van een niveau dat vergelijkbaar is met dat wat verdisconteerd is in de normalisatienorm. Van belang is verder dat de rechter zich voor vaststelling van dergelijke feiten en omstandigheden door partijen moet laten voorlichten en dat hij daarbij de grenzen van de rechtsstrijd in acht moet nemen (art. 24 Rv, nr. 129 en 172).¹²⁷² Tjong Tjin Tai acht voor de gelding van de regel mede de bron en de aard van de regel van belang. Wil een zelfreguleringsnorm leiden tot een afdwingbare verbintenis bij een overeenkomst van opdracht, dan is het volgens hem noodzakelijk dat de regel strekt tot bescherming van het belang van de concrete opdrachtgever (vgl. de eis van relativiteit bij onrechtmatige daad).¹²⁷³

Mijns inziens kan een productnorm doorwerken in de open norm van de redelijkheid en billijkheid en wel op twee manieren. Ten eerste kan een productnorm in Nederland via de redelijkheid en billijkheid worden gebruikt ter invulling van een concrete ongeschreven gedragsnorm voor een bepaalde persoon, zoals die van een 'redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar'.¹²⁷⁴ Een wederpartij mag onder omstandigheden bijvoorbeeld redelijkerwijs verwachten dat een concrete persoon goed vakmanschap betracht en daarbij de voor hem toepasselijke wetgeving, de daaronder hangende geharmoniseerde normen en bepaalde ingeburgerde

¹²⁷⁰ Zie bijvoorbeeld *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/87. Eerder *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/84.

¹²⁷¹ Vgl. de bekende gezichtspunten uit HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*): de maatschappelijke kringen waar partijen toe behoren, alsmede de rechtskennis die van partijen mag worden verwacht.

¹²⁷² Vgl. in algemene zin, *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/99.

¹²⁷³ *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/87.

¹²⁷⁴ Vgl. *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/87, afgezien van de door hem benoemde relativiteitseis omdat alleen de relativiteit van de ongeschreven gedragsnorm dient vast te staan voor aansprakelijkheid.

normalisatienormen in acht neemt. Ook indien een expliciete verwijzing in een overeenkomst naar die normen ontbreekt, noem ik dit directe toepassing, omdat de productnorm dan direct correspondeert met een ongeschreven gedragsnorm voor een bepaalde normadressaat. Deze vorm zien we terug in de feitenrechtspraak (§ 6.2.3). Met sommige ongeschreven gedragsnormen correspondeert een geschreven plicht zoals de verplichtingen voor marktdeelnemers genoemd in hoofdstuk 2, die in samenhang met productnormen die ongeschreven plichten nader kunnen concretiseren. In dat geval worden de productnormen gelaagd gebruikt. Strekt die geschreven plicht ook daadwerkelijk tot bescherming van de contractuele wederpartij, dan komt aan die plicht bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid extra gewicht toe, aangezien de redelijkheid en billijkheid mede vorm krijgen door Europese beginselen als doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming (hoofdstuk 3).

Naast het gebruik van productnormen bij het bepalen van het handelen dat mag worden verwacht *van een concreet persoon*, zouden productnormen een tweede rol ter invulling van de redelijkheid en billijkheid kunnen vervullen. De productnorm wordt dan *niet direct gekoppeld aan een persoon*, maar gekoppeld aan een objectief beschikbaar kennis- of veiligheidsniveau ten aanzien van de eigenschappen van een product waarvoor een partij moet instaan. In dat laatste geval is een productnorm meer een algemene meetlat, ijkpunt of referentiekader (indirecte toepassing).¹²⁷⁵ De vraag is of een dergelijke toepassing resulteert in 'binding' van een partij aan (alternatieve) regulering via de invulling van open normen zoals Giesen die voorstaat (hoofdstuk 4). Deze toepassing voert niet de boventoon in de rechtspraak (§ 6.2.3) maar zien we wel in de rechtspraak over conformiteit bij koop ter bepaling van normaal gebruik (§ 6.3.3) en in buitencontractuele verhoudingen (hoofdstuk 7).

Een omstandigheid die de betekenis van productnormen voor contractuele normstelling kan doen toenemen, is het feit dat het product in de EU of EER *in de handel is gebracht* (hoofdstuk 2). Is het product in de EU of EER in de handel gebracht, dan is het Europese productenrecht materieel op het product van toepassing, hetgeen het vertrouwen van een contractuele wederpartij kan rechtvaardigen dat het product daadwerkelijk voldoet aan Europese producteisen. Voorts rechtvaardigt deze omstandigheid al snel een indirecte betekenis van productnormen via de redelijkheid en billijkheid. Voor de beantwoording van de vraag of het product dat online wordt aangeboden in de handel is gebracht, wordt door de Europese Commissie en door de EU-wetgever onder de nieuwe Markttoezichtverordening aangesloten bij de omstandigheden die relevant zijn in het IPR en de Richtlijn E-commerce (nr. 34). Onder die instrumenten moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden bepaald of het verkoopaanbod op eindgebruikers in de Unie

¹²⁷⁵ Vgl. Dommering-Van Rongen die een vergelijkbaar gebruik voorstaat ten aanzien van overheidsingrijpen als (niet doorslaggevende) graadmeter voor wat qua kennisniveau van een producent mag worden verwacht, Dommering-van Rongen 2000, p. 67.

is gericht. Een verkoopaanbod moet als aan eindgebruikers in de Unie gericht worden beschouwd indien de betrokken marktdeelnemer zijn activiteiten op enigerlei wijze richt op een lidstaat. Relevante indicatoren in dat verband zijn de geografische gebieden waaraan kan worden geleverd, de beschikbare talen voor het aanbod of de bestelling, of de betaalmogelijkheden. Het loutere feit dat de website van de marktdeelnemers of de intermediairs toegankelijk is in de lidstaat waar de eindgebruiker gevestigd is of zijn woonplaats heeft, volstaat echter niet.¹²⁷⁶ Producten die worden aangeboden via een platform als Bol.com¹²⁷⁷ zullen al snel in de EU in de handel zijn gebracht. Het betreft immers een Nederlands online platform dat overduidelijk gericht is op de Nederlandstalige markt gezien de taal van de website, de leverings- en de betaalmogelijkheden. Ook internationale platforms kunnen zich in voornoemde zin richten op de Europese markt.¹²⁷⁸ Let wel: wordt via een online platform van een derde gekocht en is dat voldoende duidelijk voor de koper,¹²⁷⁹ dan handelt het online platform als tussenpersoon, komt geen koopovereenkomst met het platform tot stand en valt het platform er contractueel tussenuit. In dat geval resteert eventueel nog de route van onrechtmatige daad.

De Hoge Raad heeft overigens ten aanzien van een heel ander soort alternatief instrument, de Erecode Franchise, uitgemaakt dat de in deze Europese Erecode neergelegde afspraken niet zonder meer kunnen worden aangemerkt als ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ als bedoeld in art. 3:12 BW.¹²⁸⁰ De inhoud van de code week af van de bestendige uitleg van het ongeschreven recht door de Hoge Raad over het verstrekken van omzetprognoses bij het aangaan van franchiseovereenkomsten. Hoewel dit arrest een volstrekt ander type alternatieve regulering betrof dan geharmoniseerde normen, vormt het een mooie illustratie dat altijd een vertaalslag moet worden gemaakt van de geschreven, alternatieve normen naar het ongeschreven recht. Voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van alternatieve normen is telkens de vraag relevant in hoeverre die geschreven normen de gedragsnormen weergeven die zijn ingegeven door algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Kan die vertaalslag niet een-op-een

¹²⁷⁶ Zie nr. 34 voornoemd en o.a. overweging 15 van de considerans bij Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten).

¹²⁷⁷ www.bol.com.

¹²⁷⁸ Voor het merkenrecht en een beroep op de evt. vrijstelling onder de Richtlijn E-Commerce, HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oreal/Ebay*), zie Blue Guide 2016, paragraaf 2.3 onder noot 61. Later ook Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017, C 250/01), mede onder verwijzing naar voornoemd arrest, alsmede naar HvJ EU 7 december 2010, C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08)*, *Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller (C-144/09)*) over de bijzondere bevoegdheidsregels onder de oude EEX-verordening, thans vervangen door EEX Vo-II.

¹²⁷⁹ Soms staat dit in kleine lettertjes op de website vermeld waardoor een koper zich er lang niet altijd van bewust is dat hij van een derde koopt.

¹²⁸⁰ HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, NJ 2018/398 (*Eiseres/Albert Heijn, Erecode franchise*).

worden gemaakt, dan rijst de vraag of, en zo ja op welke andere wijze, de alternatieve normen voor invulling van de ongeschreven normen informatief kunnen zijn.

143 Drie bijzondere hybride rechtvaardigingen voor ‘binding’

Als gezegd onder nr. 133 en 142 vervagen de grenzen tussen buitencontractuele en contractuele (zorg)plichten daar waar de objectieve redelijkheid en billijkheid een prominenter rol speelt. Om deze reden behandel ik onder de noemer ‘hybride’ hier twee door Giesen genoemde bijzondere vormen van ‘binding’ die zowel bij contractuele als buitencontractuele normstelling kunnen maken dat niet-bindende alternatieve normen voor een bepaalde actor toch direct van toepassing kunnen zijn, namelijk binding via lidmaatschap van een organisatie of branchevereniging en via een eenzijdige verklaring. Hij onderscheidt deze vormen van ‘binding’ van binding via de overeenkomst en noemt ze andere vormen van consensus (of zelfbinding). Het zijn bijzondere of alternatieve rechtvaardigingen voor het toekennen van privaatrechtelijke rechtskracht aan alternatieve normen.¹²⁸¹ Hoewel geharmoniseerde normen ook los van deze vormen van binding reeds recht zijn (hoofdstuk 4), zijn deze omstandigheden mijns inziens nog steeds relevant voor het vertalen van geharmoniseerde normen naar ongeschreven gedragsnormen tussen partijen in zowel buitencontractuele als contractuele verhoudingen ter “reparatie” van het gebrek aan *de jure* binding. Ze maken dat de betekenis van geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling sterker en directer wordt. Een van deze vormen – binding via lidmaatschap van een organisatie – is sinds kort door de Hoge Raad geaccepteerd als route voor directe toepassing van NEN-normen ter invulling van de maatschappelijke betamelijkheid (nr. 145). Deze rechtvaardigingen worden door mij aangevuld met een rechtvaardiging die in de praktijk veel terugkomt in de feitenrechtspraak, namelijk consensus in rechte.

De ratio van iedere rechtvaardiging voor binding blijft overigens relevant om te bepalen in welk geval de binding opgaat. Ligt de rechtvaardiging in het vertrouwen dat de actor bij de maatschappij als geheel wekt of in de vrije wilsvorming van degene die zichzelf bindt? Ligt de rechtvaardiging in het eerste, dan is relevant in hoeverre een verklaring voor de maatschappij als geheel kenbaar was. Indien met name het laatste de rechtvaardiging vormt, dient men met deze vormen van binding wellicht behoedzaam om te gaan bij geharmoniseerde normen, omdat vanwege de *facto* binding (nr. 101) niet altijd zeker is dat de keuze voor de norm het gevolg is van volledig vrije wilsvorming.¹²⁸²

¹²⁸¹ Giesen 2007, p. 65. Vgl. Beckers 2015, p. 146 en 147, die de doorwerking van eenzijdige verklaringen ten aanzien van CSR-codes heeft onderzocht naar Engels en Duits recht en die tot de conclusie komt dat de doorwerking van codes buiten een wederkerige overeenkomst zeer beperkt is.

¹²⁸² Vgl. ook Giesen 2007, p. 63 in de kleine tekst.

144 Hybride: lidmaatschap van een organisatie of vereniging

Volgens Giesen kan binding van leden van een vereniging aan alternatieve normen ontstaan via het verenigingsrecht, doordat de leden de statuten en reglementen van een vereniging dienen na te leven.¹²⁸³ Uit de rechtspraak over gedragscodes, blijkt dat ‘consensus’ binnen een organisatie ‘binding’ kan bewerkstelligen. De consensus tussen bijvoorbeeld artsen en een ziekenhuis over een ziekenhuisprotocol kan maken dat er een rechtvaardiging is voor het toekennen van betekenis aan de daarin vervatte normen bij de vaststelling van de privaatrechtelijke gedragsnorm in verhouding tot een ‘derde’ (de patiënt), waardoor deze aan zo’n protocol rechten kan ontlelen.¹²⁸⁴ Ook kan een branchevereniging voorschrijven dat haar leden bepaalde normalisatienormen in acht moeten nemen, waarna de leden daaraan gebonden kunnen zijn en derden daar rechten aan kunnen ontlelen. Deze vorm van binding is in een recent arrest van de Hoge Raad geaccepteerd voor een NEN-meetinstructie die door de NVM dwingend aan haar makelaars is voorgeschreven.¹²⁸⁵ Het hof had in die zaak geoordeeld dat schending van die instructie door een NVM-makelaar van verkoper jegens kopers direct, dat wil zeggen een-op-een, resulteerde in schending van de maatschappelijke betamelijkheid. A-G Valk betoogde dat die betekenis afhankelijk is van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper in kwestie in het licht van de overige omstandigheden van het geval, waarbij het verplicht stellen van de meetinstructie door NVM gewicht in de schaal legt, doch als omstandigheid niet doorslaggevend is. Hij werd door de Hoge Raad niet gevolgd; de Hoge Raad neemt de meetinstructie tot *uitgangspunt* behoudens door de makelaar te stellen en te bewijzen aan het vertrouwen afbreuk doende feiten en omstandigheden.¹²⁸⁶ Mij zijn geen gevallen bekend waarin brancheorganisaties geharmoniseerde normen uit het productveiligheidsrecht verplicht voorschrijven, maar mocht het voorkomen, dan kan langs die route op vergelijkbare wijze binding ontstaan. Het hof had vastgesteld dat de NVM het toepassen van de meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht heeft gesteld, omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld conform de NEN-norm niet

¹²⁸³ Giesen 2007, p. 65.

¹²⁸⁴ Giesen 2007, p. 65 en noot 73 met verwijzing naar HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*), r.o. 3.3.3: ‘Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van het protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen de Stichting M. en de aan de Stichting M. verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, is in cassatie niet bestreden. Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan ‘vergeten’ en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft het Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.’

¹²⁸⁵ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*NVM, Meetinstructie*).

¹²⁸⁶ Zie overweging 2.25 van zijn conclusie.

de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft. De Hoge Raad acht dat oordeel, mede in het licht van eerdere oordelen van de beroepsorganisatie, niet onbegrijpelijk, waaruit hij afleidt dat de meetinstructie strekt tot de bescherming van de belangen van de aspirant-kopers.¹²⁸⁷ Niet valt uit te sluiten dat ook andere verklaringen die strekken tot de bescherming van de belangen van derden onder omstandigheden als voldoende rechtvaardiging voor directe invulling van de betamelijkheid kunnen worden gezien, ook indien die los van enig lidmaatschap van een branchevereniging of -organisatie zijn gedaan (nr. 145). Wat nu als een fabrikant lid is geweest van een normcommissie die betrokken is geweest bij normalisatie? Kan door dat lidmaatschap binding ontstaan? Aangezien de normcommissie de norm niet dwingend voorschrijft – ook niet aan haar leden – lijkt dat niet het geval. Door deelname zou de fabrikant wel bijzondere kennis over de inhoud van de norm kunnen hebben, hetgeen relevant kan zijn voor de toerekenbaarheid van een tekortkoming die verband houdt met normalisatienormen (zie hierna nr. 166 e.v.).¹²⁸⁸

145 Hybride: eenzijdige verklaring, de CE-markering en de DoC

Indien een fabrikant of andere marktdeelnemer via een verpakking, advertenties of andere publieke uitingen (websites en dergelijke) verklaart dat hij voldoet aan een zekere productnorm, dan zou hij daar eveneens aan gebonden kunnen zijn. Deze binding kan plaatsvinden doordat de wederpartij bij het aangaan van een overeenkomst in de gegeven omstandigheden erop mag vertrouwen dat een productnorm van toepassing is, waardoor er contractuele binding ontstaat. Los van subjectief vertrouwen zou er volgens Giesen ook door de enkele instemming binding kunnen zijn.¹²⁸⁹ Een concreet voorbeeld wordt door hem niet aangehaald. Deze vorm van binding is te vergelijken met de binding die ontstaat op grond van art. 7:17 lid 2 en 7:18 lid 1 BW bij (consumenten)koop (nr. 161). Deze vorm van binding keert niet terug in de rechtspraak over normalisatienormen, maar zou kunnen worden geconstrueerd via het ongeschreven recht. Indien deze vorm van binding door de Hoge Raad zou worden geaccepteerd, dan kan deze voor het productveiligheidsrecht van grote betekenis zijn, vanwege de CE-markering en de verklaring van overeenstemming (*DoC*).

Is een CE-markering op het product verplicht, dan verklaart de fabrikant met de aanwezigheid ervan dat het product voldoet aan Europese producteisen (nr. 49). De CE-markering vormt een soort productspecificatie,

¹²⁸⁷ R.O. 3.4.4.

¹²⁸⁸ Vgl. Dommering-van Rongen 2000, p. 68 onder verwijzing naar Duitse rechtspraak over productaansprakelijkheid, o.a. BGH 27.09.1994, *VersR* 1994/1034 (*Beademingsapparatuur*), waarbij overigens moet worden aangetekend dat subjectieve wetenschap in deze zin voor gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid niet aanwezig hoeft te zijn. Slechts bij schuld aansprakelijkheid zou dat een rol kunnen spelen. Voor die gevallen is van belang dat niet alle kennis van functionarissen c.q. werknemers zomaar aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, zie het uitgebreide werk van Katan 2018, p. 101 e.v. Toerekening van kennis vindt plaats aan de hand van de verkeersopvatting, HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*).

¹²⁸⁹ Giesen 2007, p. 62 en i.h.b. 65.

doch geen garantie.¹²⁹⁰ Volgende schakels kunnen en mogen in beginsel *indien zij het product voor het aangaan van de overeenkomst hebben bekeken* (bijvoorbeeld in een winkel, via gedetailleerde foto's online of door het ontvangen van een sample)¹²⁹¹ op deze verklaring vertrouwen. Voor zover subjectief vertrouwen niet aanwezig is of niet kan worden afgeleid uit de feiten, kan de CE-markering maken dat producteisen van toepassing zijn uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid, zelfs indien uit de overige feiten niet kan worden vastgesteld dat de producten in de handel zullen worden gebracht op de Europese markt (vgl. de gelijkstellingsregel ex art. 7:18 lid 1 BW bij consumentenkoop (nr. 161)). Geharmoniseerde normen zijn in dat geval gelaagd van toepassing: schending ervan kan bewijs vormen voor een tekortkoming behoudens contra-indicaties, bijvoorbeeld indien een fabrikant op andere – wellicht misschien wel betere – wijze de publiekrechtelijke conformiteit heeft gewaarborgd of indien de geharmoniseerde norm onjuist is.

De aanwezigheid van een CE-markering kwijt volgende schakels echter niet volledig van een eventuele privaatrechtelijke onderzoeksplicht naar de eigenschappen van het product, bijvoorbeeld ook in relatie tot art. 6:89 BW. Met een aanwezige CE-markering staat nog niet vast dat het product daadwerkelijk aan de producteisen voldoet nu het geen goedkeuringsstempel is. Eerder is gebleken dat de importeur onder het bijzondere productveiligheidsrecht en de distributeur onder zowel de RAPV als onder het bijzondere productveiligheidsrecht in beginsel niet zelf de conformiteit aan producteisen en geharmoniseerde normen via tests hoeven te onderzoeken (§ 2.4.4.1). Zoals hierna in het hoofdstuk over buitencontractuele normstelling (nr. 238) zal blijken, kan zowel in publiekrechtelijke als privaatrechtelijke zin van importeurs en distributeurs niet dezelfde kennis van het product worden verwacht als van de producent. De importeur dient echter wel te controleren of de *DoC* aanwezig is. Krijgt hij deze niet verstrekt, dan kan dit een aanwijzing zijn er meer mis is. De distributeur is tot nog minder zorg en onderzoek gehouden. Andere omstandigheden kunnen echter aanleiding vormen voor een distributeur om aan de naleving van productnormen en de juistheid van de markering te twijfelen. Indien het product bijvoorbeeld zichtbare andere gebreken vertoont, een dubieuze herkomst heeft of indien een gebruiksaanwijzing ontbreekt, kan hij tot meer onderzoek gehouden zijn.

Brengt een importeur of distributeur een product met CE-markering op de markt dan zal een volgende schakel of de eindgebruiker van het product op vergelijkbare wijze op de CE-markering mogen vertrouwen.

Uit de *DoC* (nr. 48) van de fabrikant blijkt welke geharmoniseerde normen door de fabrikant zijn gevolgd. Geharmoniseerde normen kunnen impliciet en direct van toepassing zijn indien ze bijvoorbeeld op de specificaties van het product, op de verpakking of expliciet op een *DoC* staan vermeld. Ook hier geldt dat subjectief vertrouwen bij de wederpartij slechts aanwezig kan zijn

¹²⁹⁰ Vgl. voor Duitsland *Klindt/ProdSG* (2015), § 4, Rn. 41 en 42.

¹²⁹¹ In het laatste geval is art. 7:17 lid 4 BW van toepassing.

indien deze informatie voor hem toegankelijk is geweest en is bekeken. Bij meeleveren van de *DoC* in de doos, indien dit is voorgeschreven, zal de wederpartij hiervan veelal pas kennisnemen nadat het product is geleverd, in welk geval er geen gerechtvaardigd vertrouwen kan zijn (ex art. 3:35 BW) omdat de koper de mededeling ten tijde van het sluiten van de overeenkomst kende, noch behoorde te kennen en/of de overeenkomst niet door de mededeling kan zijn beïnvloed (vgl. de uitzonderingen in art. 7:18 lid 1 BW). Zou de plicht tot publicatie op internet van de *DoC* toch nog worden ingevoerd (hetgeen vooralsnog van de baan lijkt te zijn, nr. 48), dan kan dat eerder leiden tot impliciete toepasselijkheid doordat de wederpartij voor het aangaan van de koop heeft kunnen kijken op de website van de fabrikant en op basis van die informatie er wellicht op heeft vertrouwd dat het gekochte product voldoet aan de geharmoniseerde norm (ex art. 3:35 BW).

De vraag is alleen of ook los van subjectief vertrouwen bij de derde, de volgende schakels via het ongeschreven recht aan de verklaring van de fabrikant in de *DoC* kunnen worden gebonden, terwijl van hen in beginsel minder kennis van het product mag worden verwacht (zie nr. 237 en 238). De *DoC* hoeft bovendien niet onder alle instrumenten verplicht te worden meegeleverd. In dit geval zal moeten worden gezocht naar een achterliggende rechtvaardiging voor eventuele binding van volgende schakels aan deze verklaringen van de fabrikant in daarna door hen gesloten overeenkomsten. Mijns inziens zijn in beginsel ook volgende schakels op deze wijze aan de CE-markering gebonden. Ook zijn zij mijns inziens aan de *DoC* gebonden indien de plicht voor de fabrikant om de *DoC* openbaar te maken via internet daadwerkelijk zou worden ingevoerd (nr. 48). Een rechtvaardiging voor deze vorm van binding bij een aanwezige CE-markering of een gepubliceerde *DoC* kan worden gevonden in een analogie met de rechtvaardigingen voor de gelijkstellingsregel uit art. 7:18 lid 1 BW bij consumentenkoop, namelijk dat de geobjectiveerde verwachtingen (art. 3:12 BW jo. 6:2 jo. 6:248 lid 1 BW) niet alleen worden beïnvloed door de mededelingen van de directe contractspartij, maar ook door die van voorschakels.¹²⁹² Daarnaast is relevant:

- a) het profijtbeginsel, nu volgende schakels in de keten mede baat en een commercieel belang hebben bij deze verklaringen (niet alleen voor de desbetreffende transactie, maar denk ook aan marktaandeel en reputatie);¹²⁹³
- b) dat volgende schakels in beginsel de keuze hebben om deze verklaringen te controleren alvorens zij het product verder verhandelen (doen zij dit niet, dan aanvaarden zij het risico dat deze mogelijk onjuist zijn);

¹²⁹² Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/495: 'Achterliggende gedachte van het artikel is dat het verwachtings- en beslissingspatroon van een koper niet alleen beïnvloed wordt door datgene wat de verkoper hem meldt, maar evenzeer door reclamemededelingen van producent of importeur, terwijl de uiteindelijke verkoper daarvan meeprofiteert. Zie TC, Parl. Gesch. Boek 7 1990, p. 129–130, alwaar tevens wordt aangetekend dat de verkoper niet met een onaanvaardbaar risico wordt belast: enerzijds kent het slot van het artikel uitzonderingen, anderzijds zal de aansprakelijk geworden verkoper zich via een beroep op art. 7:25 BW op zijn voorman of op de producent kunnen verhalen.'

¹²⁹³ Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/495 onder verwijzing naar TC, Parl. Gesch. Boek 7 1990, p. 129–130.

- c) dat deze verklaringen veelal zien op veiligheidsnormen ter voorkoming van schade (lees: een bijzonder maatschappelijk belang), en;
- d) dat de aansprakelijkheid voor eventuele gevolgschade contractueel kan worden beperkt.

Wordt online publicatie van de *DoC* niet verplicht, dan is het de vraag in hoeverre een volgende schakel bekend mag worden geacht met de inhoud ervan. Binding in dat soort gevallen zou neerkomen op een verstrekende ongeschreven onderzoeksplicht voor volgende schakels die niet overeenkomt met het geschreven recht en die mijns inziens niet anderszins kan worden gerechtvaardigd (vgl. ook § 7.3.2.4).

Indien het volgen van een onjuiste geharmoniseerde norm het product juist gevaarlijk maakt – hetgeen hoogst uitzonderlijk zal zijn - dan zou deze omstandigheid kunnen worden meegewogen bij de toerekenbaarheid van een eventuele tekortkoming (vgl. nr. 178). Bij andere normalisatienormen zal binding via deze weg veelal niet kunnen worden geconstrueerd, omdat daarvoor geen vergelijkbare verklaringen zijn voorgeschreven.

Ten slotte is voorstelbaar dat de online platforms die de *product safety pledge* of een ander convenant (nr. 65) hebben ondertekend door zelfbinding direct aan deze zelfreguleringsafspraken zijn gebonden, waardoor derden aan deze toezeggingen privaatrechtelijke rechten kunnen ontleen. De disclaimer die onder aan de *pledge* staat opgenomen, lijkt daaraan niet in de weg te staan.¹²⁹⁴ Deze plichten kunnen voorts indirect de ongeschreven zorgplichten van andere online platforms kleuren. Een deel van deze maatregelen vormt namelijk de *state of the art* van wat op technologisch vlak qua informatievergaring en verstrekking door online platforms in algemene zin mogelijk is.¹²⁹⁵

¹²⁹⁴ Onderaan de *pledge* staat: ‘*This voluntary commitment is not legally binding and does not now nor in the future create any contractual or precontractual obligations under any law or legal system. Nothing in this voluntary commitment shall be construed as creating any liability, rights, waiver of any rights or obligations for any parties or as releasing any parties from their legal obligations. This voluntary commitment shall not be construed in any way as replacing, extending or interpreting the existing legal framework. This voluntary commitment is not to be used as, or form part of, evidence in any legal proceedings.*’ Vgl. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (NVM, *Meetinstructie*), r.o. 3.4.6 over de betekenis van de NEN-meetinstructies waaraan NVM-makelaars zichzelf middels hun vereniging hebben gebonden (zie nr. 145). De enkele vermelding dat aan een verkoopbrochure, waarin maten staan vermeld die met inachtneming van die instructie zijn vastgesteld, geen rechten kunnen worden ontleend, is volgens de HR niet specifiek genoeg om afbreuk te doen aan het vertrouwen dat aspirant-kopers aan het verplichte karakter van de instructie mogen ontleen. Aspirant-kopers op online marktplaatsen mogen er mijns inziens op gelijke wijze op vertrouwen dat eBay, Amazon, Alibaba en Rakuten France de productveiligheidstoezeggingen uit de *pledge* zullen nakomen. Hetzelfde geldt voor de verplichtingen uit de door marktplaats en bol.com gesloten convenanten met de NVWA.

¹²⁹⁵ Vgl. Castermans 2008, p. 20 die in navolging van Van Dam betoogt dat de maatregelen die andere multinationals ter bescherming van mensenrechten nemen effect kunnen hebben op de ondergrens van wat van ondernemingen in het algemeen kan worden gevergd. Overigens is de vraag of in de context van productveiligheidsrecht kleine webshops met een zeer beperkt personeelsbestand ook gehouden kunnen zijn om binnen vijf werkdagen klanten te informeren.

146 Hybride: consensus in rechte via het partijdebat

Onder consensus schaar ik graag mede de situatie waarin in rechte overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van een productnorm of door een partij uitdrukkelijk een beroep wordt gedaan op een productnorm en de toepasselijkheid ervan niet wordt betwist. Zelfs indien niets is gesteld over een eerdere partijafpraak of overeenkomst waaruit toepassing van een productnorm zou moeten blijken, kunnen partijen in rechte uitgaan van de toepasselijkheid van een productnorm, waardoor het partijdebat beperkt is (partijen focussen bijvoorbeeld in rechte alleen op de vraag of aan de normalisatienorm is voldaan). Los van het kwalificeren van een normalisatienorm als recht of als feitelijke omstandigheid (hoofdstuk 4) zal een rechter over het algemeen de normalisatienorm in dat geval toepassen.¹²⁹⁶ Het omgekeerde is ook voorstelbaar: daar waar in rechte tussen partijen discussie is geweest over de toepasselijkheid van een normalisatienorm, zal de rechter wellicht zijn handen niet willen branden aan een oordeel over de status van die norm, en zal hij de zaak mogelijk willen afdoen op grond van de overige omstandigheden van het geval. Zoals we hierna zullen zien, komt binding via het partijdebat regelmatig voor in de praktijk.

147 Vreemde eend: de overeenkomst met de gemachtigde onder de nieuwe Verordeningen voor Medische Hulpmiddelen

De nieuwe aansprakelijkheid van de gemachtigde zoals die is opgenomen in de verordeningen voor medische hulpmiddelen kwam reed onder nr. 58 aan de orde onder. De aansprakelijkheid van de gemachtigde jegens patiënten (de externe verhouding) lijkt een buitencontractuele te zijn en wordt derhalve onder nr. 249 besproken. De inhoud van de taak van de gemachtigde blijft in de interne verhouding fabrikant-gemachtigde mede afhankelijk van het schriftelijke mandaat van de mandaatgever. De verdere inhoud, geldigheid en overige rechtsgevolgen van zo'n mandaat moeten bij gebreke van harmonisatie in de verordening naar verwachting worden beoordeeld aan de hand van het nationale contractenrecht. De taken in art. 11 lid 3 Verordening Medische hulpmiddelen zijn direct werkende bepalingen (nr. 78) die naar hun inhoud en strekking zien op de overeenkomst tussen de fabrikant en de gemachtigde. Voor zover zij via uitleg de overeenkomst niet binnen komen (nr. 136), kunnen zij naar Nederlands recht de overeenkomst in ieder geval aanvullen (nr. 139). De vraag is echter of daar waar fabrikant en gemachtigde besluiten af te wijken van art. 11 lid 3 Verordening Medische hulpmiddelen de overeenkomst kan worden aangetast en wel direct op grond van het EU-recht of indirect via art. 6:248 lid 2 BW of art. 3:40 lid 1 BW (vgl. nr. 171 resp. nr. 172).

Art. 11 lid 6 Verordening Medische hulpmiddelen bepaalt dat, wanneer de gemachtigde de overeenkomst beëindigt, hij de lidstaat en aangemelde instantie op de hoogte stelt van de beëindiging van het mandaat. Hoe en in

¹²⁹⁶ Vgl. Menting 2016, p. 262, die eenzelfde beeld ziet ten aanzien van gedragscodes. Zie later ook Van Gestel 2018, p. 396 en 407, mede onder verwijzing naar Menting.

welke gevallen kan worden ‘beëindigd’, is niet geregeld. Schending van één van de in lid 5 genoemde verplichtingen kan indien deze de overeenkomst in- of aanvult, een verbintenis vormen. Schiet de producent daarin tekort, dan kan dat naar Nederlands privaatrecht een grond voor ontbinding vormen (ex art. 6:265 lid 1 en 2 BW). Tegelijkertijd is onduidelijk of het einde van het mandaat ook het einde van de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder art. 11 lid 5 betekent. Een redelijke uitleg van de strekking van art. 11 lid 5 Verordening Medische hulpmiddelen brengt mijns inziens met zich dat een gemachtigde zich niet door bijvoorbeeld ontbinding aan zijn aansprakelijkheid kan onttrekken voor producten die tijdens zijn aanstelling in het verkeer zijn gebracht. Ontbinding kan wel lonen ter voorkoming van aansprakelijkheid voor producten die daarna in het verkeer worden gebracht. Ingevolge art. 11 lid 3 is er sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid. De verdeling in de interne verhouding wordt niet door de verordening geregeld. Naar Nederlands recht zou men dan terugvallen op de bepalingen van art. 6:6 e.v. BW. Wordt de gemachtigde als eerste aangesproken dan geldt dat de gemachtigde subrogeert in de rechten van de gebruiker ex art. 6:12 lid 1 BW.

6.2.3 Nederlands recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen

148 Rol van normalisatienormen bij contracten – algemeen beeld

Sommige rechters lijken de eis te stellen dat de norm bindend moet zijn, wil deze via de overeenkomst doorwerken.¹²⁹⁷ De gevallen waarin rechters deze eis niet stellen zullen hierna worden behandeld.

In de feitenrechtspraak over normalisatienormen valt op dat het merendeel van de geschillen op een of andere manier is gerelateerd aan de bouw of aan onroerende zaken. Het gaat om overeenkomsten met betrekking tot aanneming van werk, aanbestedingsprocedures en koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. In die gevallen betreft het veelal geen geharmoniseerde normen (een deel van de NEN-EN-normen), maar nationale

¹²⁹⁷ Rb. Arnhem 4 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2826, r.o. 4.10: ‘Indien deze normen bindend zouden blijken te zijn, zou zulks wel van belang kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van non-conformiteit. De rechtbank zal de zaak naar de rol verwijzen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit de laten omtrent de verbindendheid van de NEN-normen, eerst [X] en vervolgens BCE. Aan [X] wordt verzocht die normen daarbij in het geding te brengen.’ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2841, JA 2014/83, m.nt. E. Pans, over een overeenkomst tot installatie van een verdampers in een slachthuis waarna brand ontstaat: ‘Dat de koelinstallatie in het algemeen of de verdampers in de snijhal in het bijzonder niet voldeden aan het, volgens HDI ter uitvoering van de Machinerichtlijn vastgestelde, Warenwetbesluit Machines is evenmin (voldoende) toegelicht. De NEN-norm is geen algemeen verbindend voorschrift en dus niet zonder meer, buiten de overeenkomst tussen partijen, jegens Veld inroepbaar. Dat Veld anderszins in strijd met wettelijke bepalingen zou hebben gehandeld, is gesteld noch gebleken.’ Anders, over een pachtovereenkomst: Hof Arnhem 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN5820. Het verweer van de pachtgever dat de rechtbank Den-Haag in eerste aanleg in de *Knooble*-zaak reeds had bepaald dat NEN-normen geen verbindende voorschriften zijn en dus geen dwingende eisen waarmee de stal in overeenstemming moet worden gebracht, werd door het hof niet gevolgd: ‘[geïntimeerde] heeft zijn beroep op deze uitspraak echter onvoldoende nader toegelicht. Zo volgt uit zijn betoog niet dat - indien in dit geval al geoordeeld zou moeten worden dat de opleglengte uit NEN 3873 geen (afdwingbaar) vereiste zou zijn - volstaan had kunnen worden met een opleglengte van 60 mm bij een overspanning van 2 m, zonder daarmee in strijd te handelen met enig (ander) bouwkundig voorschrift.’

normalisatienormen (NEN-normen) die eisen stellen aan bouwwerken. Dat we zoveel civielrechtelijke rechtspraak in relatie tot de bouw tegenkomen bevreemdt niet, nu het Bouwbesluit al jaar en dag naar normalisatienormen verwijst en de bouw als sector door het contractenrecht wordt beheerst.

Snijders – die overigens contractuele werking van normalisatienormen niet nader heeft onderzocht – wees er in 1987 op dat de rol van normalisatienormen in de bouw heel groot is, mede omdat de UAV-voorwaarden destijds al verwezen naar normalisatienormen.¹²⁹⁸ Thans is dit nog steeds het geval, zie art. 2 lid 2 UAV 2012: ‘Tot het bestek behoren mede, als waren zij er letterlijk in opgenomen, de op het werk van toepassing verklaarde technische normvoorschriften zoals deze drie maanden voor de dag van aanbesteding luiden.’¹²⁹⁹ De normen moeten blijkens de formulering wel door partijen op het werk van toepassing worden verklaard.¹³⁰⁰ Niet in alle uitspraken waarin contractuele binding aan normalisatienormen werd aangenomen, waren de UAV 2012 van toepassing verklaard. Los daarvan is normalisatie, en de betekenis ervan in relatie tot contracten, in de bouw en met betrekking tot onroerende zaken het meest ingeburgerd.

149 Expliciete verwijzing in de overeenkomst

De rechter komt over het algemeen tot het oordeel dat er wilsovereenstemming is ten aanzien van de normalisatienorm als deze op enigerlei wijze expliciet van toepassing is verklaard. Uitdrukkelijke vermelding in de overeenkomst c.q. het bestek levert veelal de minste problemen op. De normalisatienorm fungeert dan veelal als nadere (kwaliteits)specificatie van de te leveren goederen of diensten.¹³⁰¹ In een groot deel van de bouwgeschillen

¹²⁹⁸ Snijders 1987, p. 183.

¹²⁹⁹ In Duitsland staat een vergelijkbare bepaling in de zogeheten VOB/B-voorwaarden. De VOB-voorwaarden zijn de zogeheten *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)* (voorheen: *Verdingungsordnung für Bauleistungen*). Deel B van die voorwaarden heet ‘*Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*’. In paragraaf 4 Abs. 2 onder 1 staat opgenomen: ‘*Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten.*’ Onder de *anerkannte Regeln der Technik* vallen in de regel normalisatienormen als DIN- en EN-normen (nr. 212). Zijn de VOB/B-voorwaarden overeengekomen, dan zijn zij via deze clause op het werk van toepassing. Zie ook Koenen, VOB/B § 13 Abs. 1, aant. 1 en 2, in *Beck’scher Online-Kommentar VOB/B*, Preussner/Kandel/Jansen 25. Edition (Stand: 01.10.2016).

¹³⁰⁰ Chao-Duivis 2012, p. 8.

¹³⁰¹ Rb. Zwolle-Lelystad 14 november 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BD4284, r.o. 8.7. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3452, JAR 2013/194 over een collectieve actie van werknemers, buschauffeurs, tot buitengebruikstelling van thans in gebruik zijnde bussen, omdat de stoelen daarin rugklachten veroorzaken. In de cao wordt verwezen naar NEN-5526 voor bus cabines, waaraan niet wordt voldaan. De vordering wordt echter afgewezen nu de werkgever zelf binnen korte termijn al vervangende bussen zal gaan inzetten. Zie over een overeenkomst van opdracht tot levering en installatie van zonnepanelen, Rb. Noord-Nederland (vrz.) 9 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4264. In de overeenkomst was verwezen naar NEN-normen, doch ook naar een concreet product. Bij de beoordeling of het door verkoper te leveren alternatief een gelijkwaardig product betreft, wordt door de voorzieningenrechter niet alleen naar de NEN-normen gekeken. Zie over een overeengekomen KOMO-certificaat, Rb. Gelderland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:841. Zie voorts Rb. Gelderland (vrz.) 15 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3450, waarin een NEN-norm wordt toegepast ter beantwoording van de vraag of een hoogspanningskabel in gebruik mag worden genomen boven een agrarische onderneming. In de overeenkomst die aan het recht van opstal van de

waarin NEN-normen aan de orde komen, lijkt sprake te zijn van expliciete verwijzing.¹³⁰² Ook buiten rechtspraak over de bouw komt verwijzing in contracten naar normalisatie voor (bijvoorbeeld ten aanzien van producten), maar minder.¹³⁰³ Is verwijzing in het contract dwingend, dan lijkt gelijkwaardigheid of conformiteit aan de wettelijke eisen op andere wijze nog geen nakoming van de overeenkomst met zich te brengen.¹³⁰⁴

De zaak *Bemico Enschede/BMC international* wordt wel als voorbeeld van expliciete verwijzing genoemd.¹³⁰⁵ Hoewel het hier koop betrof en indirecte toepassing van normalisatienormen via conformiteit bij koop pas in paragraaf 6.3 wordt behandeld, wordt deze zaak hier besproken, omdat de normen betekenis krijgen via expliciete verwijzing. Door Bemico was expliciet overeengekomen dat de door Cornebo te leveren buitenlampen aan NEN 3593 en NEN 3594 zouden voldoen, en KEMA-gekeurd zouden zijn. Vervolgens legden de autoriteiten, nadat de lampen waren geleverd, aan Bemico een verkoopverbod op vanwege geconstateerde gebreken aan de lampen, dat zou worden ingetrokken indien de lampen alsnog door KEMA zouden worden goedgekeurd. Het hof oordeelde – samengevat – dat het verkoopverbod

netbeheerder jegens de onderneming ten grondslag ligt, is naar deze NEN-norm verwezen. Zie voor beoordeling van de gelijkwaardigheid in de context van aanbesteding, nr. 149.

¹³⁰² Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6386, weliswaar niet dragend, doch illustratief in een tussenvonnis waarin deskundigenbericht wordt gelast, r.o. 6.20: *‘De rechtbank heeft geen kennis kunnen nemen van die eisen, omdat dit onderdeel van het bestek niet is overgelegd, hetgeen alsnog kan gebeuren, maar indien zal blijken dat daarin bepaalde eisen worden gesteld en, al dan niet via verwijzing naar een Bouwbesluit, bepaalde NEN-normen worden voorgeschreven, dan zijn deze eisen en normen maatgevend.’* Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1440 r.o. 5.4.4.4: *‘Wat betreft doorvalveiligheid heeft Construction Group naar het oordeel van de rechtbank terecht opgemerkt dat dit niet de verantwoordelijkheid van Kloosterman was omdat in de opdrachtbevestiging van 11 juli 2011 hieromtrent is vermeld dat "wij [...] er daarbij vanuit gaan dat u bij het samenstellen van de tekeningen al rekening gehouden hebt met de doorvalveiligheid conform de NEN 6702 [...]". Wat betreft de inbraakwerendheid heeft Construction Group naar het oordeel van de rechtbank voorts terecht opgemerkt dat daaromtrent niets is afgesproken blijkens de opdrachtbevestiging van 11 juli 2011.’* Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2028, r.o. 31. Rb. Rotterdam 24 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5104, r.o. 2.22: volgens de kantonrechter mag uit de verwijzing in de algemene voorwaarden naar NEN 3859 worden afgeleid dat de verkoper zich het recht heeft voorbehouden glas te leveren, bestemd voor de kassen van de koper, *‘waarbij zich de in die normen genoemde toleranties kunnen voordoen’*. Een afwijking van 1 mm valt nog binnen die toleranties, waardoor geen sprake is van een non-conformiteit. Zie ook Rb. Rotterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4304, een tussenvonnis in een procedure over de koop van een kantoorpand, waarvan de klimaatbeheersing niet aan de overeengekomen normen zou voldoen.

¹³⁰³ Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vrz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2084.

¹³⁰⁴ Rb. Dordrecht 15 juni 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ8251. De rechtbank oordeelt dat een uitdrukkelijke verwijzing in de oorspronkelijke overeenkomst naar conformiteit van de te leveren blusapparatuur met EN-NEN 3 blijft gelden, waaruit volgt dat de zaken moeten beschikken over rijkstypegoedkeuring: *‘Uit niets blijkt dat zij, toen zij overeenkwamen dat Flame de apparaten voortaan zelf zou vullen, de overeenkomst in die zin hebben gewijzigd dat de EN-NEN 3 certificering niet meer nodig zou zijn. Nu de door Simplus bij de lege cilinders geleverde etiketten nog vermeldden dat de apparaten aan de EN-NEN 3 norm voldeden, kan ook niet worden aangenomen dat Simplus ervan is uitgegaan dat de certificering voortaan niet meer van belang was. Simplus is daarom tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens Flame door apparaten te leveren die niet langer over de rijkstypegoedkeuring beschikten. Dat er tot nu toe nog niet handhavend door de overheid is opgetreden tegen de brandblusapparaten, doet daar niet aan af.’*

¹³⁰⁵ Klik 2008, p. 189, onder verwijzing naar o.a. HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1971, NJ 1996/360, RvdW 1996/41 (*Bemico e.a./Cornebo*).

meebrengt dat Cornebo niet aan haar contractuele plicht heeft voldaan omdat het verbod werd uitgevaardigd juist omdat de lampen niet aan de NEN-norm voldeden.¹³⁰⁶ Aldus wordt non-conformiteit door het hof direct, een-op-een ingevuld door de expliciet toepasselijk verklaarde normen. Het oordeel van het hof, dat kan worden begrepen als aanname van een herstellplicht voor de gebreken die nodig zijn voor opheffing van het verbod (en niet voor alle overig door de autoriteiten geconstateerde gebreken), geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹³⁰⁷

Een verwijzing naar een NEN-norm kan ook als ontbindende voorwaarde bij koop fungeren indien kopers meer zekerheid willen over bepaalde eigenschappen van de woning.¹³⁰⁸ In een koopovereenkomst stond het volgende beding opgenomen dat door partijen als ontbindende voorwaarde werd bestempeld:

‘In opdracht en voor rekening van koper uit te voeren bodemonderzoek conform norm NEN 5740, dit wil zeggen dat de uitkomst niet boven de normgrens van geschiktheid voor bewoning komt en zodoende volgens de huidige richtlijnen een eventueel aan te vragen bouwvergunning niet zal worden gefrustreerd. Termijn waarvoor hieromtrent duidelijkheid dient te zijn verkregen: 14 juni 2004.’

Voor de uitleg van doel en strekking van deze bepaling was mede de strekking van de NEN-norm relevant. De NEN-norm betrof slechts een verkennend onderzoek. Vanwege de resultaten van dit verkennende onderzoek, die wezen op een vermoeden van bodemverontreiniging, wilden de kopers direct ontbinden. Echter, omdat het eindonderzoek uitwees dat de verontreiniging niet dermate ernstig was, en de conformiteit als omschreven in art. 5.3 van de overeenkomst gewoon aansloot bij normaal gebruik, behoorde ontbinding volgens het hof niet tot de mogelijkheden.¹³⁰⁹ De inhoud en functie van de NEN-norm kan dus direct relevant worden geacht voor de inhoud en strekking van een beding in de overeenkomst.

Verder is te zien dat door partijen naar conformiteit aan de NEN-normen wordt verwezen als voorwaarde in een overeenkomst tussen huurder en verhuurder over vergoeding van het herstel van gebreken aan de elektrische installatie van het gehuurde,¹³¹⁰ of als voorwaarde tot opzegging van huur wegens herontwikkeling. Zo moesten nieuw te bouwen parkeergarage waar een huurder een huuroptie op zou krijgen, voldoen aan de dan geldende

¹³⁰⁶ Overweging 5.5 van het hof zoals samengevat weergegeven in r.o. 3.2.2 van de Hoge Raad.

¹³⁰⁷ HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1971, *NJ* 1996/360, *RvdW* 1996/41 (*Bemico e.a./Cornebo*), r.o. 3.7.

¹³⁰⁸ Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6572, *JBO* 2008/45, m.nt. H.J. Bos, *JM* 2009/3, m.nt. H.J. Bos m.b.t. bodemonderzoek conform NEN-5740. Vgl. Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11075, *JM* 2013, 158, *JBO* 2013/164, m.nt. H.J. Bos, r.o. 4.4 over de vraag of onderzoek naar asbest daadwerkelijk is overeengekomen en r.o. 4.5 waarin aangesloten wordt bij een deskundigenbericht over de verhouding tussen de verschillende NEN-normen voor bodemonderzoek en de vraag in hoeverre dit relevant is voor de uitleg van de ontbindende voorwaarde in de overeenkomst.

¹³⁰⁹ Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6572, *JBO* 2008/45, m.nt. H.J. Bos, *JM* 2009/3, m.nt. H.J. Bos, R.o. 6.

¹³¹⁰ Rb. Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2966 (*Stichting Vivium Zorggroep/Thuasne*).

normen, de NEN-normen daaronder begrepen.¹³¹¹ Een expliciete verwijzing naar NEN-normen in private verhoudingen wordt derhalve voor meerdere doeleinden gebruikt.

In de aanbestedings- en verzekeringspraktijk gebruikt de aanbestedende dienst respectievelijk de verzekeraar directe verwijzing naar NEN-normen tot nadere definiëring van waar inschrijvers respectievelijk de verzekerden toe zijn gehouden. Een groot deel van de uitspraken ziet op aanbestedings- en verzekeringsgeschillen, doch het betreft veelal geen geharmoniseerde normen maar andere normalisatienormen.

Het Europese aanbestedingsrecht sluit aan bij het wettelijke systeem onder de Nieuwe Aanpak en het nationale beleid door alternatieve, gelijkwaardige methoden toe te staan (nr. 2 en 109). Het is aanbestedende diensten niet toegestaan dwingend te verwijzen.¹³¹² In kort geding staat veelal de vraag centraal of de gunningscriteria inbreuk maken op wettelijke eisen voor aanbesteding. Daarnaast ziet men zaken waarin één van de inschrijvers niet voldoet aan de gunningscriteria, op grond waarvan de inschrijvers de voorgenomen gunning aanvechten middels een verbodsactie of middels een gebod trachten hun afgewezen inschrijving alsnog in de gunning mee te laten nemen. Een kortgedingrechter wordt dan geconfronteerd met technische vragen, bijvoorbeeld of de door één van de inschrijvers aangegeven methode wel een voldoende gelijkwaardig alternatief biedt voor de normalisatienorm of niet. Het voert te ver al deze zaken te bespreken.¹³¹³ Zij illustreren evenwel dat

¹³¹¹ Rb. Rotterdam (vrz.) 12 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BG9688 (*Gemeente Rotterdam/Interparking*) in kort geding en Rb. Rotterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1244 *JHV 2010/107 m.nt H. Ferment (Interparking/Gemeente Rotterdam)* in de bodemprocedure.

¹³¹² Art. 2.76 lid 1 Aanbestedingswet 2012 implementeert art. 23 lid 3, 6 en 8 Europese Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2004/18/EG) en is (in essentie) overgenomen in art. 42 lid 3, 4 en 5 Richtlijn 2014/24/EU. In art. 2.76 lid 1 onder a t/m d worden een aantal manieren genoemd waarop technische specificaties in door de aanbestedende dienst kunnen worden geformuleerd. Art. 2.76 lid 2 bepaalt dat, wanneer in technische specificaties wordt verwezen naar normen, die bepaling altijd gepaard moet gaan met de woorden 'of gelijkwaardig'. Ex art. 2.77 lid 1 Aw mogen inschrijvers ieder bewijsmiddel gebruiken om gelijkwaardigheid aan te tonen. Wanneer de aanbestedende dienst van mening is dat geen sprake is van gelijkwaardigheid, dan zal hij dat moeten kunnen motiveren (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 74). Voor kwaliteitsnormen gelden vergelijkbare regels, art. 2.96 Aw.

¹³¹³ Zie voor een toch geldige inschrijving na een uitgebreide behandeling van partijdeskundigenberichten in kort geding, Rb. Amsterdam (vrz.) 2 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580 *JAAN 2014/193*. Zie ook Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 29 juni 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC1534 waarin een van de gunningscriteria was dat de inschrijver ISO 9001 en ISO 14001:2004 gecertificeerd zou zijn en certificaten kon overleggen: '*Door te eisen dat "rioolinspectie" letterlijk moet worden genoemd in de scope op het certificaat stelt de gemeente strengere eisen dan lezing van het bestek toelaat.*' Zie over de beoordeling van de gelijkwaardigheid: Rb. Den Haag (vrz.) 8 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ1827 (Bodemzaak: Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4373), *JAAN 2007, 0126*: '(...) *gelijkwaardigheid aan een systeem conform de normen ISO 9001 of ISO 9002, kan in dit kort geding niet met een voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld.*' Rb. Arnhem (vrz.) 29 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM5524, *JAAN 2010/58*: '*Daarbij heeft zij ter zitting niet verklaard dat zij een andere aanbieder zou hebben gedaan als zij had geweten dat slechts 300 lux vereist was. Dit betekent dat de vergissing van de Stichting niet heeft geleid tot schending van de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel (vgl. HR. 11 november 2005, NJ 2006, 204 (Van der Stroom/NIC c.s.) en dus De Bosman Bedrijven niet kan baten.*' Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 11 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR4554, r.o. 4.14: '*Weliswaar volgt uit het Programma van Eisen dat de gehele brugconstructie (fundering, landhoofden, brugdek en leuningen) lichter geconstrueerd mag worden en*

hoe technischer de voorliggende vragen worden, hoe minder feitelijke controle er door een rechter, zeker in kort geding, kan zijn. In één geval treedt de voorzieningenrechter ter beoordeling van de gelijkwaardigheid van een inschrijving, mede in de uitleg van een verwijzing naar een normalisatienorm. Daarbij rijst de vraag of een toelichting op een normalisatienorm bij de beoordeling van een inschrijving mag worden meegenomen en grond kan vormen voor uitsluiting van een inschrijver. De rechter oordeelt dat de objectieve uitleg van gunningscriteria op grond van het transparantiebeginsel maakt, dat bij onduidelijkheid van de norm van een aanbestedende dienst nadere verduidelijking over de inhoud en strekking van normen aan de inschrijvers mag worden verwacht. In deze zaak werd een inschrijver op basis van de toelichting bij de norm ten onrechte uitgesloten, nu deze toelichting in de ogen van de voorzieningenrechter onduidelijk was.¹³¹⁴

Verzekeraars willen de dekking in brand- en opstalverzekeringen graag afhankelijk stellen van normen als de NEN 1010 (veiligheidsvoorschriften voor laagspanningsinstallaties), al dan niet gekoppeld aan de eis van een periodieke

dat de constructie aan de in NEN 6788:2009 (welke NEN-norm onder NEN 6072 hangt) gestelde eisen dient te voldoen, echter hiermee gaat Haasnoot Bruggen eraan voorbij dat in het Programma van Eisen een grens voor de lichtere constructie is gegeven van L/500. Voorts staat heel duidelijk in het Programma van Eisen, en wordt in de Nota van Inlichtingen nogmaals bevestigd, dat de verschijningsvorm niet mag wijzigen en dat geen varianten zijn toegestaan (...) 4.17: Op grond van het bovenstaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat de gemeente Lelystad terecht de inschrijving van Haasnoot Bruggen ongeldig heeft verklaard.' Rb. Midden-Nederland (vrz.) 20 december 2013, ECLI onbekend, JAAN 2014/48; 'Aan haar subsidiaire vordering legt Corpuls allereerst ten grondslag dat de door Zoll te leveren bracket niet voldoet aan NEN-norm 1789, waarmee Zoll niet heeft voldaan aan de eisen EM1.8 en EM1.9 en haar inschrijving had behoren te worden uitgesloten. GGD Flevoland voert aan dat het niet is voorgeschreven om door middel van het overleggen van een NEN-certificaat van een 'notified body' aan te tonen dat aan deze eisen wordt voldaan. Dit kan een inschrijver ook op een andere manier aantonen, aldus GGD Flevoland. Gelet op hetgeen dienaangaande door GGD Flevoland en Zoll is aangevoerd, waaronder de stelling van Zoll dat zij een conformiteitsverklaring ter zake van haar bracket bij haar inschrijving heeft gevoegd, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om te twijfelen aan de verklaring van GGD Flevoland dat Zoll aan deze twee eisen voldoet.' Zie voor een uitspraak waarin een BENOR-certificaat niet gelijkwaardig wordt geacht aan een ISO-certificaat, Rb. 's-Gravenhage 12 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA1255, r.o. 4.3. Rb. Amsterdam (vrz.) 21 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9375. Zie voor een discussie of is ingeschreven met een versie die aan de in de gunningscriteria voorgeschreven NEN-norm voldoet, Rb. Noord-Nederland (vrz.) 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2338. Zie voor verwijzing naar NEN-normen door één van de inschrijvers en discussie over het innovatieve karakter daarvan, Rb. Rotterdam (vrz.) 10 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:976, JAAN 2016/62. Zie voor een zaak waarin de gemeente stelt dat Ballast Nedam een waarschuwplicht zou hebben geschonden ten aanzien van een vermeende fout in het biedboek t.a.v. een opbarstberekening op grond waarvan de gemeente betoogt dat de termijnoverschrijding voor rekening en risico van Ballast Nedam dient te blijven (UAV): Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858, JAAN 2013/200. Ook al is de NEN-norm niet gevolgd, toch volgt het Hof het oordeel van de deskundige dat de berekening geen (kenbare) fout bevat, r.o. 3.10.

¹³¹⁴ Rb. Amsterdam (vrz.) 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1827, volgens o.m. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P, JAAN 2007/506 (*Commissie/Succhi di Frutta*) r.o. 111 over het transparantiebeginsel. Zie over uitleg van een EN-norm in de gunningscriteria voor kleding voor brandweerpakken, Rb. Amsterdam (vrz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2084. Een verwijzing naar een EN-norm voor een bepaald product vereist soms een nadere toelichting van de aanbestedende dienst indien die norm zelf weer naar verschillende klassen verwijst of de aanbestedende dienst bepaalde onderdelen van de norm buiten beschouwing wil laten zonder dit te expliciteren, Rb. Amsterdam (vrz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2084, r.o. 4.7. Zie voor een norm die niet dwingend was, maar die de inschrijver toch had gevolgd, Rb. Den Haag (vrz.) 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761, JAAN 2014/77, r.o. 4.8: De voorzieningenrechter oordeelde dat de gemeente vrij was om een inschrijving die hiervan afweek hoger te waarderen dan een inschrijving die de NEN-norm volgde.

keuring van de installatie (volgens NEN 3140). Deze clausules dienen ter beperking van het risico op brand, zijn daarmee relevant voor het te verzekeren risico en de daaraan gekoppelde premiestelling en worden door het hof Arnhem-Leeuwarden daarom als kernbedingen gezien.¹³¹⁵ NEN 1010 wordt met zoveel woorden genoemd in het Bouwbesluit 2012 onder art. 6.8 lid 1 sub a. Via de verzekeringsovereenkomst worden deze normen bindend, waardoor de publiekrechtelijk toegestane gelijkwaardigheid wordt doorkruist. Daarbij rijst de vraag in hoeverre een private partij op deze manier mag worden gebonden aan zo'n norm die niet vrij toegankelijk is. Naast de NEN 1010 wordt echter vaak een plicht tot keuring van de elektrische installatie door een derde in de polis opgelegd. Klaarblijkelijk is de gedachte dat deze derde als professional wel bekend mag worden geacht met de normalisatienorm, waardoor deze clausules niet onaanvaardbaar zouden zijn. Het voert te ver om deze rechtspraak in het kader van dit onderzoek te behandelen.¹³¹⁶ Buiten voornoemde clausules wordt – voor zover mij bekend – niet vaak naar normalisatie in verzekeringen verwezen.

Een laatste categorie van zaken waarin regelmatig expliciet naar NEN-normen wordt verwezen, is die over opdrachten tot keuring.¹³¹⁷

¹³¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718, RAV 2013, 74, r.o. 33 en 34. Vgl. ook *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/109, waarbij wellicht opmerking verdient dat in voornoemde zaak Van Tiggele deel uitmaakte van het college. Zie ook overweging 19 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen: *'(...) dat hier onder andere uit voortvloeit dat in het geval van verzekeringsovereenkomsten de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie.'* Zie voor een zaak waarin de uitleg van een naar NEN 1010 verwijzende clause centraal staat, doch binding eraan geen punt van debat is, Hof Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1758.

¹³¹⁶ Zie over het door verzekeraar te stellen causaal verband tussen de uitsluiting en de schade, Hof 's-Gravenhage 6 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0330, *NJF* 2010/193, r.o. 9 (in lijn met arrest *Modehuis Comtesse*). Zie ook Rb. Den Haag 25 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2014:5843 en Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:2793, r.o. 4.4.2 en 4.4.3. Zie over een beroep van verzekerde op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in lijn met arrest HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, *NJ* 2001/120, m.nt. Mendel (*Biçak/Aegon*), Rb. Amsterdam 15 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2741. Zie ook Rb. Den Haag 16 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BE9131. Zie over de relevantie van NEN-normen in het kader van een clause brandgevaarlijke werkzaamheden, Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4578, *NJF* 2014/376. Zie over uitleg van een NEN 1010-clause i.v.m. welke delen onder de elektrische installatie vallen, Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5158.

¹³¹⁷ Over een niet-NEN-conform bodemonderzoek Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4301 (vrijwaring van de opdrachtnemer) en Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4307 (verkoper en koper van een woning, waarin verkoper bodemonderzoek zou laten uitvoeren). Opvallend is dat de gerechtsdeskundige geen beschikking had over het oorspronkelijke rapport, maar toch tot conclusies komt aan de hand van een rapport van een derde waarin naar het rapport wordt verwezen. Zie ook Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2971, waarin de tekortkoming van de keurder (visuele inspecties na asbestsanering van een dak van een loods conform NEN 2990) uiteindelijk niet vast komt te staan, maar waar de door een asbestsaneerder gevolgde certificeringsschema SC-530 wel relevant wordt geacht voor diens documentatieverplichtingen. Hierdoor kan door de saneerder niet meer worden betoogd dat de asbestdeeltjes mogelijk al aanwezig waren in de loods voor aanvang van de werkzaamheden. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:915, *JM* 2015/153, m.nt. Bos, *JBO* 2015/237 m.nt. Bos, *JBO* 2015/114, m.nt. D. van der Meijden en Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4346.

150 Impliciet van toepassing op grond van gerechtvaardigd vertrouwen ingegeven door concrete omstandigheden

Zijn Europese productnormen of andere normalisatienormen niet uitdrukkelijk op de overeenkomst van toepassing verklaard, dan kan men zich afvragen welke overige omstandigheden kunnen maken dat de wederpartij er toch gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat het geleverde aan specifieke normen zou voldoen.¹³¹⁸

Of een CE-markering mocht worden verwacht, hangt mede af van de vereisten waaronder die kan worden aangebracht¹³¹⁹ en de leeftijd van de zaak in relatie tot het wettelijke kader.¹³²⁰

Kan uit een bepaalde bestemming de toepasselijkheid van NEN-normen onder het Bouwbesluit worden afgeleid? In het arrest van het hof Den Haag dat is gewezen vóór behandeling in cassatie in de *Eurofleur*-zaak ging het om een opdracht van Eurofleur aan Rolloos Sörensen (hierna Rolloos) tot bouw van een kas.¹³²¹ Eurofleur wilde de overeenkomst ontbinden nu voor de kas geen bouwvergunning werd verleend, omdat deze niet voldeed aan de NEN-normen. In de leveringsvoorwaarden van Rolloos stond: 'Indien en voor zover wij leveren onder de NEN-norm, dan dient zulks uitdrukkelijk in de aan de afnemer verstrekte offerte te zijn vermeld.' De offerte vermeldde expliciet dat de kas *niet* NEN-normgetoetst was. Eurofleur stelde dat nu zij met Rolloos overeen was gekomen dat een kas zou worden geleverd om te worden gebruikt als een voor het publiek toegankelijke ruimte (verkoopruimte op een tuincentrum), de kas toch aan de NEN-normen diende te voldoen. Volgens Eurofleur kon gezien het beoogde gebruik slechts een bouwvergunning voor de kas worden verkregen als die voldeed aan de NEN-normen genoemd in het Bouwbesluit. Het hof gaat hier niet in mee, nu op grond van de getuigenverklaringen zou zijn gebleken dat de veronderstelling dat nimmer een bouwvergunning kan worden verleend als een dergelijke kas niet aan de

¹³¹⁸ Vb. Een zaak over de koop van een parkeerplaats waarin de rechtbank overweegt dat nergens uit blijkt dat deze NEN-normen tussen partijen zijn besproken of zelfs maar dat de wederpartij van de inhoud ervan op de hoogte was. De rechtbank houdt het er dan ook voor dat zulks niet het geval is, zodat deze normen niet van invloed kunnen zijn geweest op de verwachtingen die [X] had en mocht hebben ten aanzien van de eigenschappen van het gekochte, Rb. Arnhem 4 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2826. Zie voor een zaak waarin uit de NEN-normen waaraan binnen de overeenkomst van opdracht had moeten worden gekeurd, een waarschuwplicht voor de keurder jegens een derde-belanghebbende wordt afgeleid, Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4215, *RCR* 2015/5, r.o. 3.23.11. Zie voor een zaak waarin de juistheid van de eerdere keuring vast wordt gesteld door TNO waarna partijen zich daarbij neerleggen, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8984.

¹³¹⁹ Over een CE-markering van een schip in aanbouw dat door een derde wordt afgebouwd in relatie tot de oude Richtlijn Pleziervaartuigen, Rb. Arnhem 22 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI3331 (*Arnild Barging/Euroship Services*).

¹³²⁰ Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0567, r.o. 4.8 over een drukvat uit 1978 waarvan volgens de rechtbank door koper onvoldoende duidelijk is gemaakt waarom deze over een CE-markering diende te beschikken op grond van Europese richtlijnen die na 1978 zijn ingevoerd.

¹³²¹ Het arrest van het hof is niet gepubliceerd, maar diens overwegingen staan vermeld in HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4914, *NJ* 2001/57 (*Eurofleur Leusden/Rolloos Sörensen*), r.o. 3.1 t/m 3.3 en in de conclusie van A-G Strikwerda. De cassatieklachten van processuele aard zagen op de beslissing van het hof tot herziening van een eindbeslissing, doch konden niet tot cassatie leiden (r.o. 3.4.1).

normen voldoet, in de praktijk niet zou opgaan.¹³²² Volgens de getuigenverklaringen bleek voorts dat Eurofleur vóór ontvangst van voornoemde offerte al op de hoogte was van de eis van de gemeente Leusden dat de kas moest voldoen aan de NEN-normen.¹³²³ Daarom kon volgens het hof niet aan Rolloos worden tegengeworpen dat zij, door een voor het publiek toegankelijke kas aan te bieden bij Eurofleur, de verwachting heeft gewekt dat deze kas ook in dat opzicht zou voldoen aan de bij en krachtens het Bouwbesluit te stellen eisen.¹³²⁴

Het vermelden van een algemene toepassing van het product (bijvoorbeeld brandpanelen geschikt voor woningbouw) is in de omstandigheden als geschetst in het arrest *Slokker/Wolvega Panelen* onvoldoende voor het aannemen van een garantie dat specifieke normen voor een bepaalde toepassing zijn nageleefd. De door Wobouw geleverde panelen voldeden niet aan de door de gemeentelijke Dienst Bouw- en Woningtoezicht voorgeschreven NEN-norm 3892 inzake brandveiligheid van eengezinshuizen en lage woningbouw. Het hof oordeelde dat de omstandigheden dat een onderaannemer de panelen aanbood voor de woningbouw en dat in de overeenkomst van onderaanneming naar de algemene bestekvoorwaarden is verwezen (waarin de modelbouwverordening van toepassing werd verklaard, waarin de NEN-norm was opgenomen) niet voldoende waren om aan te nemen dat de onderaannemer instond voor de brandwerendheid van de panelen. Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹³²⁵ Wolvega verweerde zich namelijk met de stelling dat de aan panelen te stellen eisen afhankelijk zijn van het gebruik ervan. De rechtbank achtte dit verweer gegrond en het hof liet het oordeel van de rechtbank in stand. In de gegeven omstandigheden was voor toepassing van de norm een uitdrukkelijker afspraak of garantie nodig.

In een zaak van het hof 's-Hertogenbosch stelde het hof vast dat indien de verkoper telkens een keuringscertificaat meelevert bij levering van staal, de afnemer op de inhoud van dat certificaat en derhalve ook op de weergave over de materiaaleigenschappen volgens de daarop weergegeven EN-norm mocht afgaan en mocht volstaan met het controleren van de certificaten. De koper had in die omstandigheden geen eigen onderzoeks- c.q. keuringsplicht ten aanzien van eventuele gebreken.¹³²⁶ In een andere zaak werd gerechtvaardigd vertrouwen aangenomen op grond van het feit dat de verkoper armaturen zou leveren die kwalitatief gelijkwaardig zouden zijn aan door de concurrent, Grease Lighting, geoffreerde armaturen. In die offerte van de concurrent, die ook aan verkoper was verstrekt, werd expliciet naar EN-normen verwezen. In

¹³²² R.o. 7.2.2 van het hof.

¹³²³ Zie Concl. A-G Strikwerda onder 15 en 16.

¹³²⁴ R.o. 7.2.4-7.2.6 van het hof.

¹³²⁵ 'en kan voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden onderzocht', HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2525, NJ 1998/224 (*Slokker Bouwmaatschappij Zoetermeer/Wolvega Panelen*), r.o. 3.7, zoals ook aangehaald door Klik 2008, p. 189.

¹³²⁶ Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:606, NJF 2015/194, r.o. 2.42 en 2.43.

dat geval kan het de verkoper niet baten dat de armaturen wel voldeden aan het Warenwetbesluit, maar niet aan de EN-normen.¹³²⁷

In een zaak over de verkoop van betonunits leidt de rechtbank Amsterdam uit het verwijzen naar een tabel met oppervlaktebeoordelingscriteria uit NEN 6722 in de technische omschrijving gevoegd bij een offerte af dat partijen toepasselijkheid van deze NEN-norm hebben beoogd.¹³²⁸

Ten slotte is noemenswaardig een zaak bij het hof Arnhem waarin een licentieovereenkomst voor het verhandelen van een uv-douchekop ter voorkoming van legionellabesmetting centraal stond.¹³²⁹ De zaak betreft weliswaar een beroep op dwaling, maar illustreert dat een verwijzing naar NEN-normen altijd in haar context moet worden begrepen. Voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst heeft licentiegeefster een prototype van de douchekop laten maken en een daarop betrekking hebbend informatieblad, waarin stond aangegeven dat deze douchekop voldeed aan de toepasselijke NEN-normen. De licentieneemster betoogt dat zij op grond van het aan haar verstrekte informatieblad in de onjuiste voorstelling van zaken is komen te verkeren dat de douchekop zou voldoen aan de NEN-normen. Het hof gaat hier niet in mee. Uit het informatieblad blijkt volgens het hof voldoende duidelijk dat sprake was van een idee voor een prototype dat is uitgewerkt in de vorm van een productontwerp. Het is eveneens voldoende kenbaar dat de in het informatieblad opgenomen informatie uitsluitend betrekking heeft op het daarin opgenomen prototype. Naar het oordeel van het hof hebben geïntimeerden voldoende onderbouwd dat de in het informatieblad opgenomen informatie juist is. Nu het bovendien aan appellante was om het geëtrooide productontwerp verder te ontwikkelen, kan niet worden volgehouden dat zij op grond van de tekst van het informatieblad in de onjuiste voorstelling van zaken is komen verkeren dat de door haar te ontwikkelen uv-douche zou voldoen aan de in het informatieblad genoemde (NEN)normen.¹³³⁰

151 Gelaagde toepassing en directe toepassing

Ook indien normalisatienormen niet expliciet of impliciet overeen zijn gekomen, kunnen zij door de rechter toch tot uitgangspunt worden genomen. Wanneer overeenstemming met de wettelijke eisen niet expliciet is bedongen, wordt soms aangenomen dat partijen naleving van de wettelijke eisen toch redelijkerwijs mochten verwachten (vgl. het arrest *Fabels/Meenderink* bij koop, nr. 157), waarna de rechter de normalisatienormen daaronder ook automatisch toepast (gelaagde toepassing). Dergelijke overwegingen zien we in rechtspraak over bouw of onroerend goed, bijvoorbeeld bij huur of

¹³²⁷ Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1156, r.o. 3.6.3 en 3.6.4.

¹³²⁸ Rb. Amsterdam 20 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3805, r.o. 4.11.

¹³²⁹ Hof Arnhem 29 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0811.

¹³³⁰ R.o. 14.

aanneming van werk, in welk geval het gehuurde¹³³¹ dan wel het werk¹³³² in overeenstemming dient te zijn met de wettelijke eisen en de normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen.¹³³³ Soms gebeurt dat ter invulling van een meer algemene ongeschreven gedragsnorm als ‘goed en deugdelijk werk’ (directe toepassing, zie eerder nr. 142).¹³³⁴ In één geval wordt door een hof de koppeling gemaakt met de stand van de techniek.¹³³⁵

Dat naleving van normalisatienormen onder het bouwbesluit ook op alternatieve c.q. gelijkwaardige wijze kan geschieden komt niet altijd even goed uit de verf, hetgeen mede kan zijn ingegeven door het partijdebat. Als partijen de rechter niet expliciet op gelijkwaardige alternatieven wijzen of de invulling van ‘goed en deugdelijk werk’ aan de hand van NEN-normen onvoldoende betwisten,¹³³⁶ dan kan een rechter hieraan voorbijgaan. Een

¹³³¹ Dit was door partij(deskundige) aangevoerd. Echter, nu dit een tussenvonnis betreft, is niet duidelijk in hoeverre sprake is van schending van NEN-normen en dus gebrekkigheid c.q. in hoeverre de rechter dit oordeel volgt: Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5070. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6038 over het instorten van het gehuurde – een supermarkt – na heftige regenval. De NEN-norm kan ook zien op de verplichting van de huurder tot goed huurschap. Indien een bedrijfsmatige huurder de elektrische installatie niet goed onderhoudt of zelf onveilig maakt, in strijd met de NEN-normen, vormt dit volgens Hof ‘s-Hertogenbosch voldoende grond voor ontbinding. Wel wordt nog een periode voor herstel gegund, Hof ‘s-Hertogenbosch 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4079. Zie ook Hof ‘s-Hertogenbosch 3 maart 2015, ECLI:GHSHE:2015:640.

¹³³² Rb. Amsterdam 6 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7934, r.o. 2.5 en 2.5.1, over de oplevering van een brug. De NEN-norm wordt gebruikt ter vaststelling en bepaling van de ernst van één van de tekortkomingen. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243. Anders: Rb. Rotterdam 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8843 waarin de rechtbank de NEN 1010 voor de elektrische installatie in een hotel niet van toepassing acht, omdat deze simpelweg niet is overeengekomen. Vgl. concl. A-G Langemeijer onder 3.6 en 3.7 bij HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003, 112 (*Bramer/Hofmanbeheer & Colpro*), die erop wijst dat een nog in te bouwen machine in de regel zal moeten voldoen aan de geldende publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften (i.c. de Machinerichtlijn), ook al wordt de machine pas op een later moment definitief opgeleverd.

¹³³³ Rb. Gelderland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4530, r.o. 5.33. In deze zaak gaf de deskundige vervolgens aan waarom van de NEN-norm over lassen kon worden afgeweken (c.q. waarom deze voor bepaalde lassen niet van toepassing was), welk oordeel door de rechtbank werd gevolgd (r.o. 5.37).

¹³³⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5263, r.o. 4.10.

¹³³⁵ Hof ‘s-Hertogenbosch 6 mei 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AT1737, r.o. 4.3.3: *‘Vooropgesteld zij, dat het Bouwbesluit - waarin inderdaad op dit onderdeel wordt verwezen naar NEN 3215 - pas in werking is getreden in 1992. Dit betekent dat in formele zin niet kan worden vastgesteld dat [onderaannemer] en/of [appellante] in strijd zouden hebben gehandeld met enige geformaliseerde regel. Dat betekent echter niet, dat aan de constatering van Hageman, dat niet is voldaan aan NEN 3215 geen betekenis zou toekomen, aannemende dat die constatering overeind blijft. Er mag immers van uitgegaan worden dat dergelijke geformaliseerde normen de neerslag vormen van wat volgens de actuele stand van de techniek en inzichten vereist mag worden, en het ligt niet voor de hand dat er grote discrepanties bestonden tussen de praktische inzichten zoals deze ten tijde van de feitelijke bouw, in 1991, bestonden en de geformaliseerde normen zoals die korte tijd later via het Bouwbesluit bindend werden opgelegd.’*

¹³³⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5263, r.o. 4.10 *‘Wat betreft het hang- en sluitwerk heeft [appellant] betoogd dat is overeengekomen dat hij ‘standaard’ hang- en sluitwerk zou leveren. Hij heeft zich op het standpunt gesteld dat hij daarom niet gehouden was om inbraakwerend hang- en sluitwerk te leveren dat aan de NEN-normen voldoet. Jorritsma heeft aangevoerd dat [appellant], als gespecialiseerd leverancier van (aluminium) puien en gevels geacht moet worden bekend te zijn met de eisen die uit publiekrechtelijke voorschriften zoals het Bouwbesluit voortvloeien. [appellant] is, evenals ieder ander die een nieuw bouwwerk realiseert, immers gehouden aan het Bouwbesluit te voldoen en diende, zelfs in het geval dat dit niet uitdrukkelijk in de overeenkomst was opgenomen, rekening te houden met de relevante, in het Bouwbesluit gehanteerde NEN-normen, zo heeft Jorritsma betoogd. Jorritsma heeft in de memorie van*

deskundige kan ook vanuit eigen kennis of op eigen initiatief aansluiten bij de NEN-normen ter beoordeling of deugdelijk is gepresteerd of hersteld.¹³³⁷

Uit het volgende hoofdstuk volgt dat normalisatienormen veel worden gebruikt als ingeburgerde testmethodes voor allerlei vormen van hinder (nr. 231). Een Modelreglement van een VVE dat voorschrijft dat een nieuwe vloer ten minste een geluidsverbetering van 10 dB moet opleveren zonder daarbij een testmethode te vermelden, impliceert volgens de rechter dat moet worden gemeten naar de destijds geldende NEN-norm en niet naar de DIN-norm zoals door één der partijen werd betoogd.¹³³⁸

152 Verweer op basis van normalisatienormen

In een zaak die is voorgelegd aan de Hoge Raad is getracht een eigenschuldverweer te stelen op een NEN-norm.¹³³⁹ Het betrof een koop-/aanneemovereenkomst tot het *turn key* opleveren van een palingkwekerij. Verkoper/aannemer heeft een onderaannemer ingeschakeld voor aanleg van de elektrische installatie. De installatie zou niet correct zijn uitgevoerd nu de

antwoord (sub 45) en ter gelegenheid van de comparitie van partijen in hoger beroep (pleitnota sub 5) benadrukt dat de NEN-normen waaraan SKG het werk van [appellant] heeft getoetst (ten aanzien van de inbraakwerendheid: NEN-5096) voorkomen in het Bouwbesluit. Uit het Bouwbesluit, dat te allen tijde van toepassing is, volgt dat inbraakwerend hang- en sluitwerk moet worden toegepast. Nu het Bouwbesluit de standaard is, houdt 'standaard hang- en sluitwerk' in dat het hang- en sluitwerk aan het Bouwbesluit dient te voldoen en derhalve inbraakwerend moet zijn, aldus Jorritsma. [appellant] heeft dit gemotiveerde betoog van Jorritsma niet, althans niet gemotiveerd, bestreden. Het hof komt dan ook met de rechtbank tot het oordeel dat [appellant] tekort is geschoten door hang- en sluitwerk te leveren dat niet inbraakwerend is en daarmee niet aan het Bouwbesluit voldoet.' Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, ECLI:GHARL:2016:10514, r.o. 5.10, waarin het Hof aanneemt NEN-normen, waarvan toepasselijkheid door de wederpartij niet is betwist, voorgaan op niet-overeengekomen 'testing rules'. Vgl. een geval van opstalaansprakelijkheid, Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, RVR 2018/70 (Pannakooi), r.o. 3.7.

¹³³⁷ Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4907, r.o. 14.4.1 over de beoordeling door een deskundige of een onder overeenkomst van opdracht aangebrachte tegelvloer deugdelijk is hersteld. Soms vraagt de rechter er expliciet naar, bijv. het deskundigenbericht in Rb. Rotterdam 16 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:421 onder 6.3 over het werk na realisatie onder een ontwikkelingsovereenkomst met de gemeente. Vgl. ook Rb. Oost-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ7265, waarin de deskundige een EN-norm gebruikt ter beoordeling van de veiligheid van een Turkse glijbaan als vermeende oorzaak van een ongeval, waarvoor Orad als reisorganisator onder een reisovereenkomst aansprakelijk wordt geacht.

¹³³⁸ Rb. Amsterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7349, r.o. 4.11: 'In verband met deze verschillende standpunten dient de rechtbank te beoordelen op welke wijze het artikel uit het Modelreglement moet worden uitgelegd voor wat betreft de norm die gehanteerd dient worden bij het meten. Grammaticale uitleg van het artikel, hetgeen op zichzelf in de rede ligt nu partijen van rechtswege lid zijn geworden van [VvE] en daarmee automatisch zijn gebonden aan de akte van splitsing en het daarop van toepassing zijnde Modelreglement, biedt 4.12. 4.13. 4.14. 4.15. 4.16. geen antwoord op de vraag of gemeten moet worden naar de Nederlandse norm. Dat betekent dat aansluiting moet worden gezocht bij wat in het normale maatschappelijke verkeer onder een bepaald begrip of een bepaalde regeling moet worden verstaan. De rechtbank is van oordeel dat, nu het een Nederlands Modelreglement betreft, om in Nederland te worden toegepast, in het normale maatschappelijk verkeer onder de bepaling dat de contactgeluidsisolatie van de vloer een waardeverbetering van 10dB moet opleveren, moet worden verstaan dat deze waarde moet worden gemeten naar de Nederlandse norm. Voor de uitleg dat deze waardeverbetering ook naar de Duitse norm mag worden gemeten, ziet de rechtbank geen aanknopingspunt. Daarbij is van belang dat gemeten dient te worden, zo mogelijk, naar de Nederlandse norm die gold op het moment dat [gedaagde 2] en [gedaagde 3] de vloer in de woning aanbrachten. [gedaagde 2] en [gedaagde 3] hebben onbetwist gesteld dat zij de vloer in september 2010 in hun woning hebben laten aanbrengen.'

¹³³⁹ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:337, RvdW 2016/337.

onderaannemer de mespatronen van 63 ampère door mespatronen van 125 ampère had vervangen zonder tevens de elektrische bedrading daarop aan te passen. De onderaannemer voerde als verweer dat verkoper/aannemer de fout in de bedrading eerder had kunnen en ook moeten ontdekken door de installatie door een erkend installateur regelmatig te laten onderhouden conform de norm NEN-EN 3140 (vgl. nr. 149) en verkoper/aannemer dus eigen schuld treft. Dit verweer wordt verworpen omdat volgens het hof onderaannemer niet heeft onderbouwd wat de controleur op basis van de norm had moeten nalopen en ook niet waarom een controleur bij regelmatig onderhoud de sluimerende fout in de bedrading in de elektriciteitskast had moeten onderkennen. In verband met het laatste wijst het hof erop dat KEMA eerst na een uitgebreid onderzoek heeft ontdekt dat de bewuste draden te licht waren uitgevoerd.¹³⁴⁰ Het cassatieberoep wordt uiteindelijk ex art. 81 RO verworpen.

153 Geen duidelijke reden voor toepassing of toepassing op initiatief van de deskundige

Sommige (tussen)vonnissen geven geen reden waarom een NEN of EN-norm wordt toegepast. Dat blijkt dan wellicht uit een eerder vonnis of blijft in het midden. Doordat niet alle vonnissen op rechtspraak.nl worden gepubliceerd, kan de achtergrond hiervan niet altijd worden achterhaald. Regelmatig behandelen gerechtsdeskundigen de inhoud van een norm zonder dat uit het vonnis blijkt of dit komt doordat het gerecht, dan wel partijen hier uitdrukkelijk om hebben gevraagd of dat dit op eigen initiatief is, waarna het gerecht de bevindingen van de deskundige overneemt.¹³⁴¹

6.3 DE BIJZONDERE CONTRACTUELE NORM VAN CONFORMITEIT BIJ KOOP

6.3.1 Buitenlands recht

154 Conformiteit onder het Engelse commerciële kooprecht

In relatie tot de Sale of Goods Act 1979 (SGA) uit het Verenigd Koninkrijk, wordt eveneens (vgl. nr. 134) onderscheid gemaakt tussen *express terms and implied terms of contract*. Uit de *Weatherford*-zaak blijkt dat een *express term*

¹³⁴⁰ R.o. 2.24.

¹³⁴¹ Concl. A-G Verkade van 14 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC4492, *RvdW* 2008/322, overweging 3.14 waarin de overwegingen van het hof worden weergegeven. Zie ook Rb. Arnhem 24 januari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:AZ9460, r.o. 2.4.3 waarin het deskundigenbericht van ABT wordt weergegeven over de al dan niet gebrekkigheid van geleverde betonbalken: *'Ten aanzien van de in rekening te brengen belastingen was ten tijde van het inrichten van de kalverstal de NEN 3873 'Roostervloeren van gewapend beton voor stalgebouwen' van toepassing.'* Op grond van deze norm concludeert de deskundige tot niet-gebrekkigheid. Met een partijdeskundigenbericht wordt vervolgens door eiseres getracht aan te tonen dat de gerechtsdeskundige de NEN-norm niet juist heeft toegepast. Hierin volgt de rechtbank eiseres niet: *'Nu ook Stork CMT [de partijdeskundige] - met de door haar gehanteerde veiligheidsfactor en maximale vloerbelasting - concludeert dat de lateien met een hoofdwapening met een diameter van 12 mm constructief voldoen, is beantwoording van de vraag of ABT bij haar onderzoek van de juiste vloerbelasting en veiligheidsfactor is uitgegaan niet relevant.'*

(in casu een *express warranty*) dat het product ‘*will comply with all rules, regulations and other laws applicable at the date of this agreement in the US and Europe...*’ in een internationaal commercieel contract kan maken dat de Europese ATEX-richtlijn¹³⁴² en de daaronder hangende geharmoniseerde normen van toepassing zijn voor de beoordeling van wanprestatie.¹³⁴³ Van belang is wel dat in deze zaak tussen partijen niet in geschil was dat deze geharmoniseerde normen in dat geval van toepassing waren.¹³⁴⁴ Ondanks eerdere certificering van het product (overigens voor een andere klasse) werd in deze zaak geoordeeld dat de zaak non-conform was op basis van additioneel bewijs en testrapporten. Voorts blijkt eruit dat de essentiële eisen als beoordelingskader een zelfstandige functie behouden daar waar geharmoniseerde normen niet alle aspecten ervan lijken te regelen.¹³⁴⁵

Section 14 (2) SGA kent verder als *implied term in law* het vereiste dat het product van *satisfactory quality* is. Ter invulling van dit begrip wordt verwezen naar een bijzondere niet-limitatieve lijst gezichtspunten, waarin onder andere *fit for purpose* expliciet wordt genoemd, alsook *safety*.¹³⁴⁶ *Fit for purpose* is dan normaal gebruik of bijzonder gebruik indien in de overeenkomst daarin is voorzien. Is over conformiteit met geldende regelgeving niets bepaald, dan hangt het van uitleg af of die conformiteit is overeengekomen (zie nr. 134) of mag worden *implied*, bijvoorbeeld omdat het niet-voldoen eraan aan normaal of bijzonder gebruik in de weg staat. Een verkoper hoeft – met name bij koop met een internationale dimensie – niet altijd op toepasselijke regelgeving bedacht te zijn. Het hangt onder meer van de bestemming van het product af, waar het product gaat worden gebruikt of verhandeld en of dat voor de verkoper kenbaar was.¹³⁴⁷ Een expliciete verwijzing naar een productnorm en

¹³⁴² Richtlijn 94/9/EG (Equipment for explosive atmospheres, ATEX (oud)).

¹³⁴³ *Weatherford Global Products Ltd v Hydropath Holdings Ltd* [2014] EWHC 2725 (TCC); [2015] B.L.R. 69, onder 9 o.v.v. clause 9.16 van het contract over internationale koop van een elektronisch product ter voorkoming van residu in oliepipleidingen, dat onveilig zou zijn en vonken zou veroorzaken.

¹³⁴⁴ *Weatherford*-zaak onder 20: ‘*It is common ground (and rightly so) that apart from the ATEX and NEC requirements, the IEC and British Standard rules also are applicable, albeit they are already ‘harmonized standards’ applicable under the ATEX umbrella.*’

¹³⁴⁵ *Weatherford*-zaak onder 190-209.

¹³⁴⁶ Section 14 English Sale of Goods Act 1979:

‘2) *Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.*’

2A) *For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.*

2B) *For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods—(a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied, (b) appearance and finish, (c) freedom from minor defects, (d) safety, and (e) durability.*’

Zie voor een overzicht Beale e.a. 2015a, p. 1975 (Chitty, vol.2, nr. 44-095). Zie in relatie tot productstandaarden, Acrapulo 2012, p. 319 en Beckers 2015, p. 114-117.

¹³⁴⁷ Zie voor een uitvoerige opsomming van zaken, Beale e.a. 2015a, p. 1977. Hier volgt een selectie daaruit van zaken die die specifiek zien op regulering en normalisatienormen: Koop op een Engelse beurs van een tweedehands Amerikaanse caravan (geleverd door een handelaar in oude caravans) die in het VK niet de weg op mag i.v.m. strijd met geldende regelgeving; geen non-conformiteit. Relevant was dat in de praktijk de

conformiteit daaraan (*express term*) maakt niet dat een *implied term* als *fit for purpose* niet meer geldt of dat het product dan per definitie conform is.¹³⁴⁸ *Satisfactory quality* (waaronder *fit for purpose*) kan immers ruimer zijn dan alleen wat staat vervat in de productnorm.¹³⁴⁹ De non-conformiteit kan bijvoorbeeld een aspect betreffen dat niet gereguleerd is in de productnorm.¹³⁵⁰

De voorloper van de Engelse regeling vormde de basis voor Section 14(2) en (3) van de Ierse Sale of Goods Act 1893, gewijzigd bij Sale of Goods Act 1980,¹³⁵¹ waarin voor een handelskoop de *implied term* geldt dat de goederen van gebruikelijke handelskwaliteit zijn (*merchantable quality*), zijnde geschikt

regelgeving niet werd gehandhaafd, *Bramhill v Edwards* [2004] EWCA Civ 403, [2004] 1 Lloyd's Rep. 653. Een expliciet beding in de overeenkomst tot levering van categorie 3 dierlijk bijproduct in de zin van Vo. EU 1774/2002. Na ingrijpen van de autoriteiten bij verkoper blijkt dat wat de verkoper als cat. 3 had aangemerkt, moet worden gekwalificeerd als een cat. 1 product. Cat. 3 mag nog worden verwerkt in andere producten, cat. 1 is afval. De rechter oordeelt tot non-conformiteit op grond van een *express term*. Ten overvloede, had een *express term* ontbroken, dan was in ieder geval sprake geweest van schending van een *implied term* omdat voor verkoper duidelijk was dat het product bestemd was voor verdere verwerking, *Webster Thompson Ltd v JG Pears (Newark) Ltd* [2009] EWHC 1070 (Comm); [2009] 2 Lloyd's Rep. 339. Koop van een trap die na installatie nooit kan voldoen aan de bouwvoorschriften, ook al zou dit met een kleine aanpassing kunnen worden verholpen. De trap wordt non-conform geacht (*not satisfactory quality*), *Lowe v W Machell Joinery Ltd* [2011] EWCA Civ 794; [2012] 1 All E.R. (Comm) 153; [2011] B.L.R. 591; 138 Con. L.R. 48; [2011] N.P.C. 72. Internationale koop van apparatuur door Activa die al dan niet in strijd met nationaal recht ter implementatie van de oude Richtlijn 2004/108/EG (Elektromagnetisch compatibiliteit, EMC) wel een CE-markering maar geen DoC bevat. Activa weigerde daarom betaling omdat de producten niet '*fit for purpose*' zouden zijn. Activa kon de apparatuur echter zowel in als buiten de EU doorverkopen. Onduidelijk was of de richtlijn in het land van verkoop was geïmplementeerd en of deze zou worden gehandhaafd (verwijzing naar *Bramhill/Edwards* voornoemd); geen non-conformiteit, *Activa DPS Europe Sarl v Pressure Seal Solutions Ltd (t/a Welltec System (UK))* [2012] EWCA Civ 943; [2012] T.C.L.R. 7; [2012] 3 C.M.L.R. 33; [2012] Eu. L.R. 756. Koop van chilipoeder onder het beding '*free from foreign and extraneous matter*'. Volgens het hof vallen daaronder stoffen die zijn verboden onder het voedselveiligheidsrecht. Het feit dat de autoriteiten eerst oordeelden dat een volledige recall moest plaatsvinden, maar dat de norm later werd aangepast waardoor minder verstreckende maatregelen ook volstonden vanwege het ontbreken van een ernstig gezondheidsrisico, maakt daarbij geen verschil, *Hazlewood Grocery Ltd v Lion Foods Ltd* [2007] EWHC 1887 (QB); [2007] L.L.R. 693.

¹³⁴⁸ Bij samenloop van een expliciete contractsbepaling en een *implied term in law* geldt geen bijzondere voorrang, maar dient aan de hand van *construction* te worden bepaald wat de inhoud van de verbintenis is, Beale e.a. 2015b, p. 1097 (Chitty, vol. I, nr. 14-005) en p. 1120 (nr. 14-033).

¹³⁴⁹ De toets is een objectieve toets. De rechter beziet wat een '*objective reasonable buyer with knowledge of all the relevant facts*' mocht hebben begrepen. Zie o.a. *Bramhill v Edwards* [2004] EWCA Civ 403, [2004] 1 Lloyd's Rep. 653 Auld LJ in overweging 39.

¹³⁵⁰ *Central RC v Uponor Ltd* 1996 S.L.T. 645; *Britvic Soft Drinks Ltd v Messer UK Ltd, a.k.a. Messer UK Ltd v Britvic Soft Drinks Ltd* [2002] EWCA Civ 548; [2002] 2 All E.R. (Comm) 321; [2002] 2 Lloyd's Rep. 368; Times, May 22, 2002 over carcinogeen benzeen in kooldioxide, geleverd door Messer aan Britvic, bestemd voor het maken van frisdrank. Overeen was gekomen dat de kooldioxide zou voldoen aan BS 4105. Het product voldeed daaraan, doch moest door Britvic worden teruggeroepen ook al was de hoeveelheid benzeen erin onvoldoende om direct schade te veroorzaken. Desalniettemin was sprake van non-conformiteit (niet *satisfactory quality*). Beperking van aansprakelijkheid tot conformiteit met BS 4105 was niet toegestaan (*unreasonable*). Zie ook Beale e.a. 2015a, p. 1977, zoals ook Verbruggen 2017a, p. 313-315, die het arrest aanhaalt als voorbeeld van objectieve uitleg van het contract en de normalisatienorm. Mijns inziens is het arrest niet zo interessant voor de uitleg van de normalisatienorm zelf, maar met name voor wat *satisfactory quality* (als *implied term*) inhoudt in relatie tot expliciete verwijzing naar een normalisatienorm die een bepaald aspect niet regelt. Daar moet strikt onderscheid tussen worden gemaakt, zie hierna.

¹³⁵¹ Beale e.a. 2015a, p. 1975-1976. Zie ook *James Elliott Construction/Irish Asphalt Limited* [2011] IEHC 269, 2008 4767 P.

voor het beoogde doel (*fit for purpose*) in het licht van in de wet genoemde omstandigheden.¹³⁵² Deze laatste regeling stond centraal in de zaak *James Elliott*, die in de hoofdstukken 3 en 4 nader aan de orde is geweest. In deze zaak stond in de contractuele documenten tussen opdrachtgever en hoofdaannemer expliciet opgenomen dat ‘*Clause 804*’ moest worden gebruikt voor de fundering van het jongerencentrum. *Clause 804* is een gangbare specificatie van toeslagmateriaal van de *National Road Authority*, die op zijn beurt verwijst naar een geharmoniseerde norm uit de Richtlijn Bouwproducten.¹³⁵³ De aannemer, James Elliott, kocht vervolgens dit materiaal in bij Irish Asphalt. Er was echter geen bewijs dat het exacte gebruiksdoel van het materiaal door James Elliott aan Irish Asphalt kenbaar was gemaakt, die het toeslagmateriaal leverde.¹³⁵⁴ Tussen partijen stond echter niet ter discussie dat James Elliott *Clause 804*-materiaal had besteld en dat Irish Asphalt onder deze specificatie had geleverd. Irish Asphalt betwistte alleen dat indien het toeslagmateriaal niet voldeed aan de Europese norm, dit niet maakte dat het toeslag materiaal niet van ‘*merchantable quality*’ was nu het in dat geval nog steeds kon worden gebruikt in andere toepassingen, bijvoorbeeld als ondergrond voor wegen en parkeerplaatsen.¹³⁵⁵ Het Supreme Court liet echter het oordeel van het High Court in stand dat *Clause 804* als specificatie inhoudt dat het product pas van ‘*merchantable quality*’ is als het product voldoende ‘*chemically inert, durable*’ of ‘*sufficiently strong*’ is. Hieraan was niet voldaan, omdat het niet voldeed aan de Ierse en de geharmoniseerde norm.¹³⁵⁶ In deze zaak vormde de verwijzing naar een specificatie (clause 804) die op zijn beurt weer verwees naar een geharmoniseerde norm dus een omstandigheid die rechtvaardigde dat de geharmoniseerde norm kon worden gebruikt ter invulling van de conformiteit (‘*construction*’ aan de hand van ‘*express*’ en ‘*implied terms*’). Of een geharmoniseerde norm naar Engels recht ook

¹³⁵² Section 14 Irish Sale of Goods Act: ‘(2) *Where the seller sells goods in the course of a business there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of merchantable quality, (...) (3) Goods are of merchantable quality if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought and as durable as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances, and any reference in this Act to unmerchantable goods shall be construed accordingly.*’ In het Engelse recht is *satisfactory quality* de opvolger van *merchantable quality* in de oude SGA 1979; Zie Klik 2008, p. 123 e.v. voor een uitgebreide bespreking van de ontwikkeling van het Engelse conformiteitsbegrip. Zie voorts het arrest van het Supreme Court Ireland voor de verhouding tussen het Engelse en Ierse kooprecht, Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11, overweging 30 en 40.

¹³⁵³ Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde produkten (*PbEG* 1989, L 40) (Richtlijn Bouwproducten), thans Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten).

¹³⁵⁴ Irish asphalt, als verkoper van het materiaal, was geen partij bij de aanneemovereenkomst, *James Elliott Construction/Irish Asphalt Limited* [2011] IEHC 269, 2008 4767 P, overweging 24.

¹³⁵⁵ Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11, overweging 29.

¹³⁵⁶ Supreme Court Ireland 2 December 2014, 384/11. In 30 t/m 74 worden de argumenten van Irish Asphalt weerlegd en in 74 wordt tevens tot afwijzing van het beroep op dit punt geconcludeerd. Volgens het High Court maakt de verwijzing naar Clause 804 dat daarmee ook de standaard van toepassing is, overweging 117 en 120. Volgens het High Court kan een product voor meerdere doeleinden normaal gebruikt worden, in welk geval het voor al die doeleinden geschikt moet zijn, overweging 244 en 245. Dit oordeel werd door het Supreme Court in stand gehouden.

zelfstandig – dus zonder enige (gelaagde) verwijzing – gebruikt kan worden ter invulling van het contract is onduidelijk.¹³⁵⁷ In de door mij gevonden Engelse rechtspraak kwam ik geen zuivere indirecte toepassing tegen (vgl. nr. 151 en 160). Ten slotte vloeien uit koop naar Engels recht bijzondere zorgplichten voort in de zin van waarschuwingsplichten voor de verkoper voor gevaren, zelfs indien het risico pas na verkoop bekend wordt.¹³⁵⁸ Voor de invulling van dit soort waarschuwingsplichten kunnen productnormen in theorie ook van betekenis zijn.

155 Conformiteit onder het Duitse commerciële kooprecht

Het Duitse kooprecht, § 434 Abs. 1 BGB, gaat voor conformiteit uit van de overeengekomen eigenschappen (*Beschaffenhetsvereinbarung*) en voor zover deze niet overeengekomen zijn, van de eigenschappen die nodig zijn voor het bestemde gebruik onder de overeenkomst, dan wel de eigenschappen die nodig zijn voor normaal gebruik die gebruikelijk zijn bij zaken van hetzelfde type en die de koper mag verwachten. De verwachtingen worden mede gekleurd door de over het product gedane mededelingen. Een verwijzing naar normalisatienormen is naar Duits recht in beginsel geen garantie in de zin van § 443 Abs. 1 BGB (*Beschaffenhetsgarantie*), maar productbeschrijving en daarmee een overeengekomen eigenschap (*Beschaffenhetsvereinbarung*) in de zin van § 434 Abs. 1 BGB.¹³⁵⁹ Bij zaken geleverd uit hoofde van een overeenkomst van aanneming van werk geldt een vergelijkbaar uitgangspunt nu § 651 BGB het kooprecht van overeenkomstige toepassing verklaart.¹³⁶⁰ Ten aanzien van het werk zelf, in het bijzonder eventuele gebrekkigheid onder § 633 Abs. 1 BGB, wordt veelal aangenomen dat stilzwijgend is overeengekomen dat het werk in ieder geval voldoet aan de (*anerkannte*) *Regeln der Technik* (nr. 212). Nu DIN-normen, zijnde Duitse normalisatienormen, de *anerkannte Regeln der Technik* veelal weergeven of daarmee overeenkomen, werken deze aldus door in de overeenkomst van aanneming van werk.¹³⁶¹ De betekenis daarvan is anders dan van producteisen omdat onder Duits recht wordt aangenomen dat naleving van deze laatste dwingend is voorgeschreven.¹³⁶² Wat dit betekent voor geharmoniseerde normen die producteisen invullen, is vooralsnog onduidelijk. Voor private normen niet-zijnde geharmoniseerde

¹³⁵⁷ Dit argument is wel aangevoerd in de zaak die in het VK speelt tussen de patiënten in de PIP-implantatenzaak en de klinieken waarin zij zijn behandeld, maar het is vooralsnog niet gehonoreerd, Van Leeuwen 2015, p. 175. Deskundigenbewijs van schending van de normalisatienorm zou kunnen bijdragen aan bewijs van schending van de contractuele zorgvuldigheid (*implied term*).

¹³⁵⁸ *Clarke v Army & Navy Co-operative Society Ltd* [1903] 1 KB 155 340, 372, en voor de laatste situatie *E Hobbs (Farms) Limited v The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 Lloyd's Rep 54.

¹³⁵⁹ OLG Naumburg 17.04.2003, 7 U 75/02, Snijders 1987, p. 181 en Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H.78 (paragraaf 3, randnummer 58) onder verwijzing naar BGH 14.05.1974, VI ZR 48/73, NJW 1974, p. 1503 (*DVWG-prüfzeichen*) waaruit volgt dat hantering van een privaat keurmerk evenmin een garantie inhoudt van bepaalde eigenschappen van het product.

¹³⁶⁰ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 3, randnummer 58).

¹³⁶¹ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 2, randnummer 3).

¹³⁶² Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 2, randnummer 3).

normen geldt dat deze slechts *Empfehlungskarakter* hebben¹³⁶³ en in sommige gevallen ook achter kunnen lopen of een lager niveau kunnen weergeven.¹³⁶⁴ Overigens kan stilzwijgend ook een hoger niveau zijn overeengekomen, bijvoorbeeld de *Stand von Wissenschaft und Technik*, voor zover het functionele geschiktheid van het werk betreft.¹³⁶⁵ Bij een contract tot warmtelevering, waarvoor een warmtewisselaar werd geïnstalleerd waardoor schade aan het reeds aanwezige leidingwerk is ontstaan, werd door het Bundesgerichtshof de DIN-norm als uitgangspunt genomen ter beoordeling van de niet-nakoming van de contractuele zorgplicht van de installateur.¹³⁶⁶

Hermes wijst erop dat indien de verkoper geen producent van het product is, *ein Verschulden* (toerekening) in de praktijk soms zal ontbreken. De verkoper hoeft het product in beginsel niet indringend op veiligheid en dus overeenstemming met de productnormen te onderzoeken. Slechts in bijzondere omstandigheden geldt een onderzoeksplicht.¹³⁶⁷ Daarbuiten kunnen slechts evidente gebreken worden toegerekend.¹³⁶⁸

6.3.2 Nederlands recht – algemeen kader

156 Conformiteit in het BW en in de Richtlijn Consumentenkoop

De conformiteitseis is een bijzondere verbintenis onder de koopovereenkomst.¹³⁶⁹ Een afgeleverde zaak moet op grond van art. 7:17 lid 1 BW aan de overeenkomst beantwoorden. Een zaak beantwoordt op grond van lid 2 niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In zoverre sluit art. 7:17 lid 1 BW aan bij de hoofdregel van subjectieve/objectieve-uitleg onder art. 6:248 lid 1 BW (nr. 136). Uitleg moet

¹³⁶³ Foerste & Graf von Westphalen 2012, p. 48 (paragraaf 2, randnummer 3) onder verwijzing naar BGH 7.7.2010 – VIII ZR 85/09, NZM 2010, p. 618 en 619 (*Schallschutz*) over de conformiteit van geluidsisolatie van een woning, weliswaar onder een huurovereenkomst. Volgens de beroepsrechter voldoet de isolatie aan de DIN-norm en is er geen sprake van een gebrek (r.o. 17); BGH 14.05.1988, VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 44.

¹³⁶⁴ Onder verwijzing naar BGH 14.6.2007 – VII ZR 45/06, NJW 2007/2983.

¹³⁶⁵ Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 3, randnummer 4).

¹³⁶⁶ BGH 3.11.2004, VIII ZR 344/03, NJW-RR 2005, p. 386 en 387 (*Roestschade door gebrekkige installatie warmtewisselaar*),

¹³⁶⁷ Hermes 2009, p. 12 onder verwijzing naar BGH 25.9.1968 - VIII ZR 108/66 (Frankfurt/Kassel), NJW 1968, 2238, 2239 (*Dieselloftstoff*) waaruit volgt dat de verkoper niet hoeft in te staan voor conformiteit van brandstof aan de toepasselijke DIN-norm, alsmede BGH 18.02.1981 - VIII ZR 14/80 (Düsseldorf), NJW 1981, 1269, 1270 (*Klebeband*) waarin werd geoordeeld dat een groothandel niet aansprakelijk kon worden gehouden voor een onjuiste gebruiksaanwijzing bij tape. Slechts een hoge mate van deskundigheid bij de verkoper, vaker geconstateerde gebrekkigheid, bijzondere complexiteit van het product of andere omstandigheden waarop een bijzondere verwachting van de koper tot onderzoek van de niet-producerende verkoper kan worden gegrond, kunnen leiden tot schuld in het concrete geval. Vgl. anders HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*), waaruit volgt dat in Nederland de verkoper in beginsel dient in te staan voor veiligheidsgebreken en eventueel daardoor ontstane schade aan andere zaken.

¹³⁶⁸ Hermes 2009, p. 12 onder verwijzing naar MückKomm/Wagner, § 823 Rn. 561.

¹³⁶⁹ Asser/Hijma 7-I 2019/474.

plaatsvinden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.¹³⁷⁰ Tegelijkertijd bevat art. 7:17 lid 2 BW concrete gezichtspunten ter objectivering. De koper mag namelijk verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen,¹³⁷¹ alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij overeenkomst is voorzien.

Non-conformiteit dient bij consumentenkoop te worden uitgelegd in het licht van de Richtlijn Consumentenkoop.¹³⁷² Art. 2 Richtlijn Consumentenkoop (oud) wijkt qua bewoordingen iets af van art. 7:17 lid 1 en 2 BW, maar bevat een vergelijkbaar principe. Ter beantwoording van de vraag waartoe de koopovereenkomst verplicht, wordt enerzijds gekeken naar de overeenkomst en anderzijds gewerkt met vermoedens van overeenstemming die een zekere objectivering behelzen.¹³⁷³ De oude Richtlijn Consumentenkoop is vervangen door een nieuwe Richtlijn Consumentenkoop. De oude zal worden ingetrokken met ingang van 1 januari 2022.¹³⁷⁴ In die nieuwe richtlijn zijn de subjectieve en objectieve omstandigheden uitgesplitst in art. 6 respectievelijk art. 7 tot en met 9. In art. 7 – over de objectieve omstandigheid dat het product geschikt moet zijn voor de doeleinden waarvoor goederen van hetzelfde type gewoonlijk zouden worden gebruikt – zijn nadere gezichtspunten ter beoordeling van normaal gebruik opgenomen (zie hierna nr. 160 en 161).

Productnormen kunnen dus binnen het conformiteitsvereiste via verschillende routes betekenis krijgen. Werkt een productnorm in de conformiteit door, dan staan een koper, al dan niet zijnde consument, die ontdekt dat het product niet aan Europese producteisen voldoet, de gebruikelijke remedies op grond van het (consumenten)kooprecht ter beschikking (mits aan de overige vereisten is voldaan).

¹³⁷⁰ De wetgever noemt in N.v.W. 1, *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 121 bijvoorbeeld de aard van de zaak, het soort winkel, de prijs en de omstandigheden waaronder de koop plaatsvond als voorbeelden van omstandigheden die van invloed kunnen zijn op deze verwachting.

¹³⁷¹ Deze zinsnede correspondeert met de eventuele onderzoeksplicht van de koper.

¹³⁷² Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)), in de toekomst Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

¹³⁷³ Art. 2 lid 2 van Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)) bepaalt dat overeenstemming met de overeenkomst wordt vermoed, wanneer de consumptiegoederen:

a) in overeenstemming zijn met de door de verkoper gegeven beschrijving ervan, en de eigenschappen bezitten van de goederen die de verkoper aan de consument als monster of als model heeft getoond;

(...)

c) geschikt zijn voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;

d) de kwaliteit en prestaties bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en op de eventuele door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger - met name in reclame of etikettering – publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan. Zie ook Mak 2016, paragraaf 3.1. Voor wat betreft de verwachting van de consumentkoper wordt gekeken naar de verwachtingen die de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone koper van de zaak zal hebben, HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *NJ* 2000/374 (*Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*), zoals ook aangehaald door Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW nr. B65b) 2019/30.

¹³⁷⁴ Art. 23 Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

De Richtlijn Consumentenkoop is in Engeland geïmplementeerd in de Consumer Rights Act 2015. S.9 van de Consumer Rights Act 2015 sluit nauw aan bij S.14(2) van de Sale of Goods Act 1979 (nr. 154).¹³⁷⁵ In Duitsland is de richtlijn door middel van schakelbepalingen geïmplementeerd in §§ 474 – 479 BGB. Voor zowel commerciële als consumentenkoop staat de conformiteitseis in § 434 (nr. 155). Deze implementaties zullen niet separaat worden behandeld.

157 Impliciete toepasselijkheid van overheidsvoorschriften als onderdeel van de conformiteit bij koop vanwege gerechtvaardigd vertrouwen

Hijma wijst erop dat de parlementaire geschiedenis aangeeft dat de koper in de regel mag verwachten dat de voor een gekocht product geldende veiligheidsvoorschriften zijn nageleefd.¹³⁷⁶ ‘Met betrekking tot andersoortige overheidsvoorschriften, zoals vergunningsvoorwaarden, ligt dit al weer minder duidelijk’, aldus Hijma.¹³⁷⁷ Voor de hand ligt dat de wetgever destijds met de eerste opmerking heeft gedacht aan een koop tussen nationale partijen ten aanzien van een product dat bestemd is voor de nationale markt. De opmerking van de wetgever stamt van vóór de invoering van de Richtlijn Consumentenkoop, doch de binnen de Europese Unie gevestigde consument zal in de regel eveneens redelijkerwijs mogen verwachten dat een daarbinnen aangeboden product aan de daar geldende product(veiligheids)voorschriften voldoet.¹³⁷⁸

Voor bouwvoorschriften leert de Hoge Raad in *Fabels/Meenderink* dat de conformiteitseis van art. 7:17 BW meebrengt dat de koper van een woning in beginsel, behoudens andersluidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw c.q. verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften, ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning.¹³⁷⁹ Hoewel de Hoge Raad het niet met zoveel woorden overweegt, ligt deze stelregel bij onroerende zaken voor de hand nu deze per definitie plaatsgebonden zijn, waardoor zowel koper als verkoper weten waaraan de zaak dient te voldoen. Mijns inziens geldt bij koop van roerende zaken in een zuiver nationale context (Nederlandse koper,

¹³⁷⁵ Zie nader Beale e.a. 2015a, p. 1228 (Chitty, nr. 38-462).

¹³⁷⁶ MvA II, *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 126, sub 5 spreekt van ‘erop mogen vertrouwen’.

¹³⁷⁷ Asser/Hijma 7-I 2019/487, hetgeen, zij het in eerdere druk, ook is aangehaald door Klik 2008, p. 187.

¹³⁷⁸ Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 126, sub 5, zoals ook aangehaald hiervoor, alsmede door Asser/Hijma 7-I 2019/487 en Klik 2008, p. 186. Rechtspraak van het HvJ EU ontbreekt op dit punt.

¹³⁷⁹ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, *JOR* 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh, *JOL* 2005, 127 (*Fabels/Meenderink*), r.o. 3.5.3 als ook aangehaald door Klik 2008, p. 189 en Asser/Hijma 7-I 2019/487 die mede verwijst naar Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, *RCR* 2011/78 en Hof Arnhem 24 juni 1986, ECLI:NL:GHARN:1986:AC9444, *NJ* 1988/709 zijnde een dwalingszaak. In de zaak van het Hof Leeuwarden wordt bij *Fabels/Meenderink* aangesloten en opgemerkt dat de kenbaarheid van NEN-normen volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State voldoende is gewaarborgd. Het Hof gebruikt de NEN-normen om conformiteit nader in te kleuren. Bovendien kan de slechte kenbaarheid van NEN-normen een beroep op overmacht niet rechtvaardigen nu deze tekortkoming op grond van verkeersopvatting voor rekening van de verkoper komt, r.o. 15.

Nederlandse verkoper en zowel het sluiten als de nakoming vinden in Nederland plaats) eenzelfde uitgangspunt.

De betekenis die productnormen op deze manier via uitleg krijgen, zou met name relevant kunnen zijn bij schending van productnormen die niet aan het normale gebruik in de weg staan (vgl. nr. 160). Het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen zou dan de enige route zijn via welke productnormen betekenis zouden kunnen krijgen.

158 Gelaagde toepassing van geharmoniseerde normen

De betekenis die geharmoniseerde normen hebben voor het conformiteitsvereiste bij koop kan tot op zekere hoogte worden vergeleken met de betekenis van overheidsvoorschriften. Geharmoniseerde normen dienen immers ter invulling van publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften. Tegelijkertijd zien we dat de wet – behoudens voornoemde uitzondering – niet uitsluitend verwijst naar geharmoniseerde normen (of andere normalisatienormen), maar ofwel werkt met een vermoeden van overeenstemming (in EU-recht), ofwel met een gelijkwaardigheidsbepaling (in het merendeel van het nationaal recht). Partijvertrouwen op toepasselijkheid van het Europese productveiligheidsrecht brengt derhalve niet automatisch een contractuele verbintenis tot het toepassen van de geharmoniseerde norm mee. Desalniettemin meen ik dat indien uitleg daadwerkelijk leidt tot toepasselijkheid van producteisen, terwijl er niets is bepaald over de toepasselijkheid van de daaronder hangende geharmoniseerde norm, deze laatste normen in beginsel tot uitgangspunt mogen worden genomen en schending ervan de belangrijkste aanwijzing is voor non-conformiteit, behoudens aanwezige contra-indicaties (zoals de door verkoper expliciet kenbaar gemaakte keuze voor een alternatieve waarborging van de veiligheid of het aantoonbaar tekortschieten van de norm, zie hoofdstuk 4). Ik noem dit hierna eveneens ‘gelaagde toepassing’ (vgl. eerder buiten koop nr. 142 en nr. 151). Dat uitleg altijd leidt tot toepasselijkheid van publiekrechtelijke eisen ligt in internationale context echter niet zomaar voor de hand, zoals mede zal blijken uit een vergelijking met de CISG.

159 Verschil in gerechtvaardigde verwachting over het naleven van overheidsvoorschriften en het geschikt zijn voor normaal gebruik bij internationale koop onder de CISG¹³⁸⁰

Onder art. 35 lid 1 Weens koopverdrag (CISG) is de verkoper gehouden zaken af te leveren die beantwoorden aan de in de overeenkomst gestelde eisen. Bij de uitleg van de overeenkomst moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval (art. 8 lid 3 CISG). Daarbij staat de subjectieve wil van partijen voorop (art. 8 lid 1 CISG). Echter, art. 8 lid 2 CISG bevat meer objectieve factoren. Een verklaring van een contractspartij wordt uitgelegd ‘overeenkomstig de zin die een redelijk persoon van gelijke hoedanigheid als de andere partij in dezelfde omstandigheden hieraan zou

¹³⁸⁰ Wanneer het Weens Koopverdrag van toepassing is, wordt niet behandeld, zie art. 1 lid 1 CISG.

hebben toegekend'. Indien de overeenkomst niets bepaalt over al dan niet toepasselijke (overheids)voorschriften, valt men terug op art. 35 lid 2 CISG, dat onder meer bepaalt dat de zaken geschikt moeten zijn voor de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt (sub a), dan wel voor een bijzonder doel indien dit aan de verkoper is medegedeeld op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst (...) (sub b).¹³⁸¹

Het kernarrest over art. 35 CISG en de vraag of geleverde zaken moeten voldoen aan publiekrechtelijke eisen die gelden in het land van de verkoper is de Duitse zaak over de koop van Nieuw-Zeelandse mosselen.¹³⁸² Uit dat arrest – dat in latere rechtspraak is gevolgd¹³⁸³ – volgt de hoofdregel dat de verkoper geen rekening hoeft te houden met publiekrechtelijke eisen van het land van de koper, omdat bekendheid met die voorschriften in principe niet kan worden verwacht.¹³⁸⁴ Op dit uitgangspunt bestaan drie uitzonderingen, waarvan de laatste twee mogelijk onder het in art. 35 lid 2 sub b CISG genoemde 'bijzonder gebruik' moeten worden onderzocht:¹³⁸⁵

- de normen golden ook in het land van de verkoper;
- de koper heeft de verkoper op de normen gewezen en vertrouwde en mocht daarmee vertrouwen op diens deskundigheid, of;
- de normen in het land van bestemming zijn bekend of zouden de verkoper bekend moeten zijn op grond van de bijzondere omstandigheden van het specifieke geval.

In het arrest worden nog enkele concrete omstandigheden genoemd – die overigens niet door het gerecht werden onderzocht – op grond waarvan kennis van de verkoper van de gehanteerde normen onder omstandigheden wel zou mogen worden verwacht, bijvoorbeeld indien hij zelf vestigingen heeft in dat land, er sprake is van een bestendige handelsrelatie, omdat hij vaker naar dat land exporteert of omdat hij in het desbetreffende land geadvertiseerd heeft voor zijn producten (vgl. nr. 34).¹³⁸⁶

Met name de uitzondering dat de normen ook golden in het land van de verkoper is van belang voor handel met de EU vanuit landen buiten de EU die

¹³⁸¹ Sub b, vervolg: *'tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijs niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid en het oordeel van de verkoper.'*

¹³⁸² Zie uitgebreid *Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17; *MünchKomm/Gruber*, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26. Zie eerder Klik 2008, p. 178, BGH 8.3.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, NJW 1995, 2099 (*Mussel case*) en Kruisinga 2007, p. 157.

¹³⁸³ Met name BGH 2.3.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> (*Frozen Pork Case*). Zie nader *Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17 en *MünchKomm/Gruber*, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26. Zie ook U.S. 17 May 1999 Federal District Court [Louisiana], <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html> (*Medical Marketing/Internazionale Medico Scientifica*), zoals ook aangehaald door Kruisinga 2007, p. 158 en Klik 2008, p. 180.

¹³⁸⁴ BGH 8.3.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, NJW 1995, 2099 (*Mussel case*).

¹³⁸⁵ Klik 2008, p. 179.

¹³⁸⁶ BGH 8.3.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, NJW 1995, 2099 (*Mussel case*); zie later ook BGH 2.3.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> (*Frozen Pork Case*); *MünchKomm/Gruber*, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26; *Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17. Eerder ook Kruisinga 2007, p. 157; Klik 2008, p. 179.

een associatieverdrag of handelsverdrag hebben getekend (nr. 35).¹³⁸⁷ Als zodanig kunnen – afhankelijk van de inhoud van zo’n verdrag – de Europese wetgeving en geharmoniseerde normen zijn overgenomen in het land van de verkoper, waardoor kan worden betoogd dat deze als zodanig bij de verkoper bekend horen te zijn. Men kan zich afvragen of de omgekeerde situatie ook geldt: moet een EU-verkoper die verkoopt aan een land waar EU-regelgeving vrijwillig dan wel op grond van een verdrag is overgenomen met die eisen rekening houden? De rechtbank Rotterdam oordeelt aan de hand van art. 35 jo. 8 CISG bij verkoop door een Nederlandse verkoper van een kraan van Chinese makelij aan een Servische partij dat verkoper niet bekend mag worden geacht met het feit dat Servië vooruitlopend op een mogelijk EU-lidmaatschap en een op handen zijnde associatieovereenkomst vrijwillig de EU-regelgeving heeft overgenomen. Het ontbreken van een CE-markering levert volgens de rechtbank in die omstandigheden geen non-conformiteit onder art. 35 CISG op.¹³⁸⁸

De vrijwilligheid van geharmoniseerde normen maakt uiteraard dat een verwachting die is gericht op conformiteit met EU-recht nog geen gerechtvaardigde verwachting op toepassing van de geharmoniseerde normen kan meebrengen. Desalniettemin zouden mijns inziens ook in dat geval geharmoniseerde normen de conformiteit kunnen concretiseren (gelaagde toepassing zonder binding, vgl. nr. 142), behoudens contra-indicaties zoals een door de verkoper expliciet kenbaar gemaakte keuze voor een alternatieve waarborging van de veiligheid of het mogelijke tekortschieten van de norm (zie hoofdstuk 4).

Uit twee Oostenrijkse uitspraken volgt dat de enkele wetenschap van de verkoper voor welk land de zaken bestemd zijn, onvoldoende is voor toepasselijkheid van de daar geldende voorschriften.¹³⁸⁹ Deze lijn is ook herhaald in een zaak bij de rechtbank Rotterdam over de aanschaf van verfoating van een Belgische leverancier voor het Nederlandse bouwproject Montevideo. Ook hier oordeelde de rechtbank dat het enkele feit dat de verkoper weet dat het product bestemd is voor Nederland nog niet maakt dat hij bekend had moeten zijn met de strengere Nederlandse eisen waaronder de

¹³⁸⁷ Zie ook voor landen buiten de EU Blue Guide 2016, p. 24-27.

¹³⁸⁸ Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5327, r.o. 4.16. Dat de kranen op het terrein van de Nederlandse verkoper stonden maakt nog niet dat koper ervan uit mocht gaan dat de kranen waren ingevoerd. Deze bevonden zich in transit. Vgl. een uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad, waarin tot impliciete toepassing werd gekomen onder de CISG zonder dat er een expliciete contractuele verwijzing was, nu de EN-norm een norm zou zijn die in zowel land van verkoper (Nederland) als in het land van de koper (Duitsland) gold. Het ging om de koop van verlichtingsbakjes. Op dit punt was echter geen verweer gevoerd door koper anders dan dat de bakjes wél aan de normen zouden voldoen, Rb. Zwolle-Lelystad 9 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL0104, r.o. 4.16.

¹³⁸⁹ Oberster Gerichtshof 19 april 2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070419a3.html> (*Scaffold Hooks Case*), Oberster Gerichtshof 25 januari 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060125a3.html> (*Frozen Pork Liver*), Klik 2008, p. 185, die erop wijst dat de regel afkomstig is uit een eerder arrest uit 2000 dat door de Oostenrijkse rechter uitvoerig wordt geciteerd.

NEN-norm waaraan bouw- en woningtoezicht toetst.¹³⁹⁰ In Duitsland is deze aanpak fel bekritiseerd door Schlechtriem. Hij meent dat zodra het land waar het product voor bestemd is aan de verkoper bekend is gemaakt, van een internationaal opererende handelsonderneming in de regel mag worden verwacht dat die rekening houdt met voorschriften in dat andere land.¹³⁹¹

Aldus mag onder de CISG minder snel dan onder ons nationale kooprecht worden aangenomen dat publiekrechtelijke voorschriften zijn overeengekomen. Met Klik ben ik van mening dat dit verschil tussen internationale koop en intern kooprecht qua verwachting ten aanzien van het volgen van overheidsvoorschriften te rechtvaardigen is.¹³⁹² Tegelijkertijd is denkbaar – zo niet gebruikelijk – dat bij een internationale koop toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag is uitgesloten, doch Nederlands recht op de koop van toepassing is. In dat geval dient te worden onderzocht of partijen juist hebben gewild het Weens Koopverdrag inclusief de regel uit de mosselzaak uit te sluiten en in plaats daarvan het opener Haviltex-criterium toe te passen, of dat toepassing van de regel uit de Duitse mosselcasus bij internationale koop onder het nationale Haviltex-criterium nog steeds te rechtvaardigen is. De ratio achter de CISG-regel – dat meestal niet mag worden verwacht dat de verkoper alle nationale regels in het land van de koper kent – is mijns inziens ook onder het Haviltex-criterium bij internationale koop onder toepasselijkheid van Nederlands recht een relevante omstandigheid. Verder hoeft de koper zich lang niet altijd in het land te bevinden waar de goederen uiteindelijk voor zijn bestemd. Dergelijke omstandigheden pleiten in internationale gevallen bij uitsluiting van de CISG voor sterke analoge toepassing van de CISG-regel bij invulling van het Haviltex-criterium. Mijns inziens kan voor Europese producteisen meewegen of een product door de verkoper in de EU ‘in de handel’ is gebracht (nr. 34), hetgeen pleit voor een redelijke verwachting van de koper dat het product aan die normen zou voldoen. Bij onlinesales van buiten de EU kunnen mede de gezichtspunten die in art. 6 van de nieuwe Markttoezichtverordening zijn opgenomen ter invulling van het ‘in de handel brengen’ (NB: het ‘richten op’) worden gebruikt.¹³⁹³

¹³⁹⁰ Rb. Rotterdam 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG2022, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081015n2.html>, *European Journal of Commercial Contract Law* (2009-1) 41, abstract by Kruisinga (*Eyroflam S.A./P.C.C. Rotterdam B.V.*). Vgl. ook *Cortem SpA v. Controlmatic Pty. Ltd*, FCA 13.8.2010, CISG-online 2128.

¹³⁹¹ Zie *Schwenzer/Slechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 35, Rn. 17a onder verwijzing naar publicaties van Schlechtriem en andere auteurs. Zie anders *MünchKomm/Gruber*. 8. Aufl. 2019, CISG Art. 35 Rn. 18-26, i.h.b. 23.

¹³⁹² Klik 2008, p. 187.

¹³⁹³ Art. 6 en overweging 15 van de considerans van Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezicht en conformiteit van producten) en Mededeling van de Commissie over het markttoezicht op online verkochte producten (*PbEU* 2017, C 250/01), paragraaf 1.2 onder b: ‘Deze beoordeling [of sprake is van ‘in de handel brengen’] moet per geval gebeuren door na te gaan of uit de website van de verkoper en zijn totale online activiteit op te maken valt of hij van plan is producten aan consumenten of andere eindgebruikers in de lidstaten te slijten. Hierbij kunnen de volgende aspecten worden overwogen: het internationale karakter van de activiteit, het gebruik van een taal en valuta (bijvoorbeeld de euro) van de lidstaten, een in één van de lidstaten geregistreerde domeinnaam, geografische gebieden waar aflevering mogelijk is.^{[...] Indien een onlinemarktdeelnemer levert op adressen binnen de EU, in de EU gebruikte valuta’s van consumenten of andere}

160 Indirecte toepassing via het geobjectiveerde normale gebruik

Naast expliciete en impliciete toepassing, kan de betekenis van productnormen voortvloeien uit de invulling van de gezichtspunten uit art. 2 van de Richtlijn Consumentenkoop (oud) c.q. art. 7:17 lid 2 BW, nu goederen in ieder geval ‘geschikt [moeten] zijn voor het gebruik waartoe zaken van dezelfde soort gewoonlijk dienen’ (art. 2 lid 2 sub c van de Richtlijn (oud)) en ‘de kwaliteit en prestaties [moeten] bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn’ (art. 2 lid 2 sub d van de Richtlijn (oud)), hetgeen in de Nederlandse tekst van art. 7:17 lid 2 BW zijn weerslag vindt in ‘de eigenschappen die (...) voor normaal gebruik daarvan nodig zijn (...)’. Niet-naleving van veiligheidsvoorschriften zal veelal resulteren in een veiligheidsgebrek dat normaal gebruik in de weg staat.¹³⁹⁴

Of het niet-voldoen aan overheidsvoorschriften en -normen wanprestatie oplevert, hangt volgens Klik eveneens af van de vraag of de publiekrechtelijke normen van toepassing zijn op de privaatrechtelijke verhouding, waarbij hij onderscheid maakt tussen rechtstreekse¹³⁹⁵ en niet- rechtstreekse toepasselijkheid. In gevallen waarin de normen niet rechtstreeks van toepassing zijn, worden volgens Klik het doel en de inhoud van de normen (veiligheidsnormen)¹³⁹⁶ belangrijk en wordt het accent verlegd naar de vraag of de praktische bruikbaarheid van het verkochte ernstig is verminderd.¹³⁹⁷

‘Een voor de hand liggend voorbeeld, zie ook de jurisprudentie hierover, is de verkoop van een auto die niet door de APK-keuring komt:¹³⁹⁸ de transactie zelf is niet verboden, maar de wettelijke bepalingen zorgen ervoor dat het gekochte niet aan zijn doel beantwoordt. In de jurisprudentie vindt men weliswaar uitspraken waarin technische normen een rol spelen, maar zijn er verder geen voorbeelden

eindgebruikers binnen de EU aanvaardt als betaling voor het product en een EU-taal gebruikt, richt de marktdeelnemer zijn activiteiten op consumenten of andere eindgebruikers binnen de EU.’ Deze gezichtspunten stammen uit o.a. HvJ EU 7 december 2010, C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08), Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller (C-144/09)*) over de bijzondere bevoegdheidsregels onder de oude Verordening (EG) Nr. 44/2001 (*EEX*), thans vervangen door Verordening (EU) Nr. 1215/2012 (*Brussel Ibis*). Zie later ook HvJ EU 6 september 2012, C-190/11, *TvC* 2013, afl. 3, p. 145-148, m.nt. R.R.M. de Moor (*Mühlleitner*) en HvJ EU 17 oktober 2013, C-218/12, *TvC* 2015, afl. 1, p. 37-39 en 41-43, m.nt. R.R.M. de Moor (*Emrek/Sabranovic*).

¹³⁹⁴ Dat hoeft echter niet het geval te zijn. Gaat het om schoonheidsfouten of gebrek aan authenticiteit of afkomst dan dient volgens Hijma de non-conformiteit aan de hand van de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 te worden beantwoord, *Asser/Hijma 7-I* 2019/498.

¹³⁹⁵ Klik 2008, p. 189. Rechtstreeks van toepassing zijn volgens Klik normen die daadwerkelijk zijn overeengekomen: ‘*In de concrete casus zijn de normen uiteraard vaak al via standaardvoorwaarden van toepassing verklaard of de vraag lost zich op in het concrete oordeel dat de normen zijn overeengekomen.*’

¹³⁹⁶ Klik 2008, p. 188.

¹³⁹⁷ Klik 2008, p. 188 en eerder p. 186 over de parlementaire geschiedenis en onder verwijzing naar *Asser/Schut* 5. 1981, p. 181, die opmerkt dat hij de oplossing die in het (internationaal) handelsrecht is gekozen, nl. dat kwaliteitseisen van de overheid het oordeel over de conformiteit niet mogen beïnvloeden, teleurstellend is en ‘*vermoedelijk niet in overeenstemming met wat voor de burgerlijke koop wenselijk en billijk wordt geoordeeld.*’

¹³⁹⁸ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338, *NJ* 1995/614, m.nt. Brunner, *AA* 1994/821, m.nt. Hijma (*Schirmeister/Heus, Oldtimer*). Zie voor een ander voorbeeld ook Rb. Arnhem 14 januari 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO2187, *NJF* 2004/267 (*Heuting/Falkom*), r.o. 10 en 11 over conformiteit van een auto met kraan met de Machinerichtlijn en keuring door TÜV. Tegelijkertijd bleek conformiteit aan in Nederland geldende normen als onderdeel van de contractuele conformiteit klaarblijkelijk geen punt van geschil.

van algemeen geformuleerde regels ten aanzien van de vraag of het niet-voldoen aan normen wanprestatie oplevert. (...) Bij normen die niet rechtstreeks van toepassing zijn in de relatie koper-verkoper kan men, zeker bij veiligheidsnormen, van een sterke reflexwerking uitgaan.’

Hijma noemde in de noot bij het *Oldtimer*-arrest de verkeersveiligheid de ‘als zodanig markeerbare benedengrens, waar de gekochte auto (normaliter) niet onder mag komen’.¹³⁹⁹ Zowel producteisen als geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) kunnen informatie geven over de praktische bruikbaarheid dan wel de veiligheid van een product. Het hangt wederom van de inhoud en kwaliteit van de norm af of het al dan niet volgen ervan het normale gebruik mogelijk dan wel onmogelijk maakt. Het BW geeft met ‘normaal gebruik’ een expliciet begrip ter invulling waarvan een productnorm informatie kan bieden, waardoor wat ik noem indirecte contractuele toepassing zou kunnen ontstaan (vgl. nr. 142).

‘Normaal gebruik’ is uitdrukkelijk geen cumulatief vereiste in art. 7:17 lid 2 BW, maar een bijzonder gezichtspunt waarvoor productnormen betekenis kunnen hebben. Bij koop in relatie tot geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen waarnaar in nationale AVV’s wordt verwezen) kan sprake zijn van eerdergenoemde gelaagde toepassing via de gerechtvaardigde verwachting dan wel indirecte toepassing via ‘normaal gebruik’, mits de norm daarover informatie geeft. Indien een gesloten producteis of een geharmoniseerde norm die een essentiële eis invult, concrete veiligheidsvoorschriften bevat, zal schending van zo’n productnorm snel resulteren in non-conformiteit. Gaat het om andere kwaliteitseisen die bij gebreke van naleving ervan niet direct de veiligheid beïnvloeden, dan moet worden gekeken in hoeverre niet-naleving van een productnorm ‘normaal gebruik’ in de weg staat, of zoals Klik het verwoordt het ‘de praktische bruikbaarheid van het verkochte vermindert’.

Dit uitgangspunt lijkt thans te zijn gecodificeerd in de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop. Art. 7 lid 1 aanhef:

‘Naast het voldoen aan subjectieve conformiteitsvereisten moeten de goederen: a) geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor goederen van hetzelfde type gewoonlijk zouden worden gebruikt, *rekening houdend, in voorkomend geval, met bestaand Unie- en nationaal recht, technische normen, of, bij ontstentenis van zulke technische normen, toepasselijke sectorspecifieke gedragscodes [cursivering GV];*’

Deze zinsnede is het resultaat van een resolutie van het Europese Parlement,¹⁴⁰⁰ maar een toelichting op de achtergrond van deze toevoeging

¹³⁹⁹ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338, *NJ* 1995/614, m.nt. Brunner, AA 1994/821, m.nt. Hijma (*Schirmeister/Heus, Oldtimer*), p. 823 van Hijma’s noot.

¹⁴⁰⁰ Amendement 65 van Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 26 maart 2019 over het gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot

ontbreekt.¹⁴⁰¹ Vooralsnog lijkt het een codificatie van een uitgangspunt dat op nationaal niveau in de doctrine reeds was aangenomen, namelijk dat onder het geschikt zijn voor normaal gebruik in de regel de overeenstemming van het product met publiekrechtelijke voorschriften valt. Het lijkt niet de bedoeling van de wetgever technische normen via het kooprecht alsnog verbindend te maken. Zij vormen slechts een gezichtspunt bij de invulling van normaal gebruik. Vooralsnog heeft de nationale regering in het concept-wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn er niet voor gekozen om de overeenstemming met het Unierecht en het nationale recht als gezichtspunten uit art. 7 van de richtlijn over te nemen in het nieuwe art. 7:18 lid 2 sub a BW; alleen technische voorschriften en gedragscodes worden in het voorgestelde artikel expliciet genoemd.¹⁴⁰² Het verdient aanbeveling dat de nationale regering deze gezichtspunten alsnog expliciet opneemt.¹⁴⁰³

In de praktijk zal de gebruiker de schending van de producteis of geharmoniseerde norm veelal niet nodig hebben indien hij op grond van andere omstandigheden kan laten zien dat de zaak ongeschikt is voor normaal gebruik. Lukt dat niet op andere wijze, dan komen vaak pas productnormen in beeld. De gebruiker zal in het kader van de non-conformiteit (art. 7:17 lid 1 BW) moeten stellen en zo nodig bewijzen dat een producteis of geharmoniseerde norm is geschonden. Vervolgens moet er onderzoek worden gedaan naar het doel en de strekking van de producteis of geharmoniseerde norm in relatie tot het normale gebruik. Stel dat de gebruiker niet rechtstreeks van de producent koopt, maar van een distributeur. Anders dan van een producent kan van een distributeur, ook al is het een professionele partij, geen specifieke kennis van het product noch van de strekking van producteisen of geharmoniseerde normen worden verwacht. Desalniettemin lijkt mij redelijk dat in zulke gevallen al snel een vermoeden wordt aangenomen dat een producteis of geharmoniseerde norm die strekking heeft, waarna het aan de distributeur is om tegenbewijs te leveren.

Het ten onrechte ontbreken van een CE-markering of een verklaring van overeenstemming bij een product kan mijns inziens aanleiding zijn voor het aannemen van een bewijzvermoeden dat het product niet geschikt is voor normaal gebruik nu het een belangrijke aanwijzing is dat ook de producteisen niet zijn nageleefd.

Doordat conformiteit met wettelijke normen veelal zal mogen worden verwacht, lijkt de geschiktheid voor normaal gebruik met name een belangrijke

intrekking van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad (COM(2017)0637 – C8-0379/2017 – 2015/0288(COD)).

¹⁴⁰¹ De toelichting bij voornoemde resolutie vermeldt, p. 63: *‘De rapporteur stelt geen wezenlijke wijzigingen voor van de overeenstemmingsvoorschriften.’*

¹⁴⁰² Concept implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud en ontwerp MvT (beschikbaar via [www.https://www.internetconsultatie.nl/1590](https://www.internetconsultatie.nl/1590)).

¹⁴⁰³ Vgl. o.a. HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (*Commissie/Nederland*), r.o. 17 en 21, waaruit volgt dat bij onvolledige implementatie van een consumentenbeschermende richtlijn een lidstaat uit een oogpunt van rechtzekerheid niet mag volstaan met de opmerking dat met richtlijnconforme uitleg van het nationale recht in de rechtspraak hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

route voor de toepassing van normalisatienormen waarnaar niet in overheidsvoorschriften wordt verwezen. Uit de hierna te bespreken feitenrechtspraak blijkt bovendien dat bij conformiteit van onroerende zaken normalisatienormen een grote rol spelen, ook daar waar het geen veiligheidsaspecten betreft. Een voorbeeld hiervan zijn NEN-normen ter bepaling van geluid en stankoverlast of voor bepaalde methoden van werk (vgl. eerdergenoemd arrest *Fabels/Meenderink*, welk arrest overigens wel wettelijke voorschriften betrof).

161 Publiekelijk gedane mededelingen over het product

Ten slotte bevat art. 2 lid 2 sub d) Richtlijn Consumentenkoop (oud) het gezichtspunt dat de kenmerken en prestaties die de consumentkoper redelijkerwijs mag verwachten mede worden ingegeven door de door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan, zoals reclame-uitingen of de etikettering. In de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop komt dit gezichtspunt terug in art. 7 lid 1 onder d.¹⁴⁰⁴ Dit correspondeert grotendeels – zij het in beperktere bewoordingen¹⁴⁰⁵ – met het gezichtspunt ‘de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan’ in art. 7:17 lid 2 BW alsmede met art. 7:18 lid 1 BW. Op grond van dit laatste artikel kunnen mededelingen van eerdere schakels in beginsel worden toegerekend aan de verkoper bij consumentenkoop. Onder mededelingen van eerdere schakels vallen niet alleen publieke mededelingen over toepasselijke CSR-codes die iets zeggen over de eigenschappen van het product,¹⁴⁰⁶ maar ook de CE-markering als mededeling dat het product voldoet aan de Europese producteisen. Ook de verklaring van overeenstemming (*DoC*) waarmee de fabrikant verklaart welke geharmoniseerde normen hij heeft gehanteerd, kan zo een mededeling zijn. Producteisen zijn dan van toepassing en onderdeel van de privaatrechtelijke conformiteit (behoudens de in art. 7:18 lid 1 genoemde uitzonderingen).¹⁴⁰⁷

6.3.3 Nederlandse recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen

162 Conformiteit van onroerende zaken

Bestaat de tekortkoming uit een non-conformiteit onder een koopovereenkomst voor een onroerende zaak op grond van niet-naleving van

¹⁴⁰⁴ Art. 7 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop); ‘Naast het voldoen aan subjectieve conformiteitsvereisten moeten de goederen: (...) d) de hoeveelheid hebben en de kwaliteiten en andere kenmerken bezitten, onder meer met betrekking tot duurzaamheid, functionaliteit, compatibiliteit en beveiliging die voor hetzelfde type goederen normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en rekening houdend met publieke mededelingen die zijn gedaan door of namens de verkoper of andere personen in eerdere schakels van de transactieketen, waaronder de producent, in het bijzonder in reclameboodschappen of op de etikettering.’

¹⁴⁰⁵ Hoewel de Richtlijn meerdere soorten mededelingen noemt in vergelijking met het BW, wordt in de literatuur aangenomen dat beide nauw bij elkaar aansluiten, *Asser/Hijma 7-I** 2013/323.

¹⁴⁰⁶ Castermans 2008, p. 39 e.v., Beckers 2015, p. 64-67 en daargenoemde literatuur, alsmede p. 117 en 121.

¹⁴⁰⁷ Vgl. *Klindt/ProdSG* (2015), § 7, Rn. 25, waarin wordt opgemerkt dat een ten onrechte aangebrachte CE-markering een *Sachmangel* in de zin van § 434 BGB oplevert. Wat de gevolgen zijn van het ontbreken van een CE-markering is minder duidelijk.

het Bouwbesluit, dan ligt een toets aan de daarin genoemde NEN-normen eerder voor de hand, en neemt de rechter in de feitenrechtspraak snel een deskundigenoordeel over schending van die normen als vastgestelde non-conformiteit over,¹⁴⁰⁸ ook als het geen veiligheidsaspect betreft.¹⁴⁰⁹

Uit andere uitspraken wordt lang niet altijd duidelijk of er een koppeling met enige wet (met name het Bouwbesluit) bestaat of dat deze ontbreekt, waardoor het lastig te beoordelen is of een rechter hierbij stilstaat of dat het geen verschil maakt. In sommige gevallen wordt de tekortkoming (bijvoorbeeld bij een niet-NEN-conforme dakconstructie) door de rechter nader gespecificeerd als een 'niet voldoen aan in de bouwwereld algemeen geldende veiligheidseisen'.¹⁴¹⁰

In een enkel geval is het deskundigenoordeel over de NEN-norm niet doorslaggevend voor conformiteit. In een zaak over de koop van een huis uit 1960 wijkt de rechter bijvoorbeeld af van het oordeel van een partijdeskundige dat de vloer non-conform zou zijn omdat daarop geen natuurstenen vloer kon worden gelegd. Dit oordeel was gebaseerd op strijd met een thans geldende NEN-norm. Het aanbrengen van een natuurstenen vloer met vloerverwarming valt, aldus het hof, niet onder normaal gebruik bij een dergelijk oud huis (hetgeen mede ziet op het temporele toepassingsbereik van de NEN-norm).¹⁴¹¹

In een zaak over de aankoop van een woning van vóór 1906 noemt de deskundige bij de inventarisatie van de gebreken dat de balkenconstructie dermate verrot is dat deze niet voldoet aan de NEN-normen. Het hof neemt toch het rapport tot uitgangspunt:

'Hieraan doet niet af dat Adinex in haar rapport een aantal keren verwijst naar de huidige NEN-normen. Uit die verwijzing kan niet meer worden afgeleid dan dat zij daarmee heeft beoogd de ernst van de door haar waargenomen verrottingen te onderstrepen, maar niet dat zij die waarneming in het licht van de NEN-normen heeft beoordeeld. Tegen de achtergrond van al deze bescheiden acht het hof de

¹⁴⁰⁸ Rb. Oost-Brabant (ktr., zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 13 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1145, r.o. 6: *'Uit de feiten, zoals in rechte vastgesteld, volgt dat de drinkwaterinstallatie in de woning op (ten minste) twee tappunten niet voldoet aan de regels die in het Bouwbesluit op die installatie van toepassing zijn verklaard. Ingevolge lid 1 van artikel 6.12 (Drinkwatervoorziening) Bouwbesluit dient een voorziening voor drinkwater te voldoen aan NEN 1006. Volgens deze set normen mag de temperatuur van het drinkwater bij een tappunt niet hoger zijn dan 25° Celsius. Het betreft een veiligheidsnorm, regelgeving die in het leven is geroepen ter bescherming van personen tegen het risico van een legionellabesmetting.'* Dit levert volgens de voorzieningenrechter non-conformiteit op, zie r.o. 7. Zie ook Rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7221, r.o. 4.3, onder verwijzing naar HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, JOR 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh, JOL 2005, 127 (*Fabels/Meenderink*) voornoemd.

¹⁴⁰⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 3 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993, over geluidsoverlast in een na splitsing verkochte woning waarbij de deskundige aansluiting heeft gezocht bij de NEN 1070:1999 ter beoordeling van de geluidsklasse waarin de herrie dient te worden ingedeeld, alsmede Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, RCR 2011/78 (eerder genoemd).

¹⁴¹⁰ Hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2593, r.o. 4.18. Het ging daarbij om NEN 6702 en NEN 6707.

¹⁴¹¹ Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2526. Zie voor een toets van een elektrische installatie van een koopwoning uit 1968 aan de destijds geldende NEN-normen op grond waarvan moet worden geoordeeld dat deze niet geschikt is voor normaal gebruik, Hof 's-Hertogenbosch 15 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3586.

betwisting door [geïntimeerde] van de onderhavige door [appellant] gestelde gebreken onvoldoende gemotiveerd, zodat het bestaan ervan wordt aangenomen.¹⁴¹²

Bij de koop van een oude woning in Amsterdam oordeelt de rechtbank dat het feit dat de elektrische installatie op enkele punten niet aan de NEN 1010 voldoet, niet direct meebrengt dat deze onveilig is en daarmee sprake is van non-conformiteit.¹⁴¹³

Wordt in de koopovereenkomst in een ouderdomsclausule verwezen naar een bouwtechnische keuring waar kopers kennis van hebben genomen, en staat in dat keuringsrapport onder meer opgemerkt dat bepaalde geconstateerde scheurvorming ‘geen constructieve gevolgen’ heeft, dan kan dit – blijkens een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden – de verwachtingen van de koper ten aanzien van de eigenschappen van de onroerende zaak kleuren.¹⁴¹⁴ Uit een latere keuring bleek dat hetzelfde huis qua scheefstand niet voldeed aan de NEN-normen. Het hof gelastte een deskundigenbericht ter beantwoording van de vraag of dit aan normaal gebruik in de weg zou kunnen staan en dus een non-conformiteit zou kunnen opleveren. In een geval als dit, waarin niet in de overeenkomst naar NEN-normen is verwezen, lijkt schending ervan als aanwijzing van non-conformiteit te fungeren. In die gevallen komt het neer op de vraag in hoeverre de schending uiteindelijk aan normaal gebruik in de weg staat.¹⁴¹⁵ Dit omschreef ik eerder als indirecte toepassing (nr. 160).

Een expliciete garantie in een koopovereenkomst van een onroerende zaak dat deze vrij is van asbest en dat er geen ondergrondse olietanks aanwezig zijn, mag volgens de rechtbank Amsterdam worden opgevat als echt ‘asbestvrij’ en niet als een asbestveilige situatie conform de geldende NEN-normen.¹⁴¹⁶

De rechtspraak laat verder zien dat NEN-normen als meet- of testmethoden worden gebruikt ter beoordeling van andere conformiteitsaspecten (denk aan woonoppervlakte,¹⁴¹⁷ asbestinventarisatie en verkennend bodemonderzoek op

¹⁴¹² Hof Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:408, r.o. 3.5.2.

¹⁴¹³ Rb. Amsterdam 24 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8784, r.o. 2.3.

¹⁴¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8374.

¹⁴¹⁵ Helaas is het eindvonnis na deskundigenbericht niet beschikbaar.

¹⁴¹⁶ Rb. Amsterdam 10 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8117, JM 2015/81, r.o. 4.4: ‘Naar oordeel van de rechtbank heeft verkoper onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat partijen, anders dan in de tekst van artikel 9.2 van de koopovereenkomst is vastgelegd, zijn overeengekomen dat het complex wordt geleverd onder de (minder verstrekkende) garantie dat er sprake is van een asbestveilige situatie in de zin van de geldende NEN-normen 2991.’ Geen onderzoeksplicht voor koper (vgl. ook HR 23 november 2007, NJ 2008/552 waarin de Hoge Raad oordeelt dat, ook als de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet in de weg zou staan aan het gebruik, er toch sprake kan zijn van non-conformiteit indien de koper op grond van mededelingen van de verkoper de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet hoefde te verwachten).

¹⁴¹⁷ Rb. Den Haag (vrz.) 11 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK3117, over een geschil over het aantal aangekochte vierkante meters verhuuroppervlak. R.o. 3.6: ‘Uit hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, lijkt het aantal m² aan verhuurbare vloeroppervlakte een grote rol te spelen. Het ligt daarom in de rede dat een (derde) deskundige dient te worden ingeschakeld waarbij de hoofdvraag dient te zijn wat wel en wat niet als verhuurbaar vloeroppervlak mag worden gerekend en in hoeverre volgens de NEN-normen dient te worden

grond van NEN 5740). Het gaat dan niet om de vraag of de NEN-norm als veiligheidsnorm is geschonden; de NEN-norm is slechts een methode c.q. instrument ter vaststelling van schending van een andere (veiligheids)norm.¹⁴¹⁸ Het niet-volgen van een bepaalde methode hoeft niet automatisch een veiligheidsgebrek met zich te brengen.

163 Conformiteit van roerende zaken

Bij koop van roerende zaken kan conformiteit worden ingevuld door conformiteit aan producteisen, geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen. Opvallend is wel dat de rechter in een van de weinige zaken die specifiek de non-conformiteit van producten met geharmoniseerde normen betreft, uitdrukkelijk overweegt dat partijen het erover eens waren dat de producten, in dit geval ziekenhuisbedden, moesten voldoen aan de toepasselijke NEN-EN-normen.¹⁴¹⁹ Of deze consensus reeds bij overeenkomst bestond of voortvloeit uit de stellingen van partijen in rechte blijkt niet uit de uitspraak. Ter beantwoording van de vraag welke norm exact van toepassing is – de oude EN-norm uit 1995 dan wel haar opvolger uit 2000 – wordt aangesloten bij de Richtlijn Medische hulpmiddelen voor het toepassingsbereik, een overgelegde brief als aangehaald in een tussenvonnis (dat helaas niet beschikbaar is), alsmede een *technical report* van een test.¹⁴²⁰

getoetst. Het benoemen van een deskundige valt echter buiten het bestek van dit kort geding. Het gevorderde wordt afgewezen.’ Vb. een geschil over non-conformiteit van een kantorencomplex verkocht door de Staat en evt. schending van diens mededelingsplicht. Uit de rapportages die de externa onderhoudsdienst conform NEN 2767 had opgesteld in de periode voor verkoop, volgt niet dat de Staat een mededelingsplicht heeft geschonden nu uit de gegevens scores voor bouw- en installatieonderdelen geen noodzaak bleek tot vervanging, Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2415, r.o. 4.11.

¹⁴¹⁸ Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11075, *JM* 2013, 158, *JBO* 2013/164, m.nt. H.J. Bos; Rb. Overijssel 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2631, r.o. 11 t/m 12.14.

¹⁴¹⁹ Rb. Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2966 (*Stichting Vivium Zorggroep/Thuasne*), r.o. 2 van het eindvonnis. Het tussenvonnis is helaas niet beschikbaar. *‘Uitgangspunt is dat de partijen het erover eens zijn dat de bedden moesten voldoen aan de toepasselijke Nen-norm, volgens Vivium is dat de norm EN 1970/2000, volgens Thuasne de norm EN 1970/1995.’* Voor het antwoord op de vraag welke Nen-norm geldt is, zoals Thuasne terecht stelt, de richtlijn 93/42/EEG van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen, waarvan de voormelde NEN-normen een uitwerking zijn, van belang.

¹⁴²⁰ R.o. 2: *‘Voor het antwoord op de vraag welke Nen-norm geldt is, zoals Thuasne terecht stelt, de richtlijn 93/42/EEG van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen, waarvan de voormelde Nen-normen een uitwerking zijn, van belang. Uit de artikelen 1 en 2 van de richtlijn volgt dat het gaat om het moment waarop een hulpmiddel (het bed) voor het eerst tegen betaling of kosteloos ter beschikking wordt gesteld met het oog op de distributie en/of het gebruik ervan op de communautaire markt, ongeacht of het gaat om een nieuw of vernieuwd hulpmiddel, dan wel het moment waarop het hulpmiddel voor het eerst gereed is voor gebruik op de communautaire markt overeenkomstig de bestemming ervan. In dit geval gaat het, zoals in het tussenvonnis van 26 juli 2006 is overwogen, om een door Thuasne speciaal aan de wensen van Vivium aangepast bed. Dat kan worden aangemerkt als een vernieuwd hulpmiddel in de zin van de richtlijn. Het aangepaste bed is voor het eerst omstreeks mei 2001, door levering daarvan aan Vivium, in de handel gebracht. De norm EN 1970/2000 gold sedert 1 juli 2000. Dat betekent dat deze norm van toepassing is op de door Thuasne aan Vivium geleverde bedden. Anders dan Thuasne stelt moet zij ook hebben begrepen dat de aan Vivium geleverde bedden aan deze norm moesten voldoen. Dat volgt uit de in laatstgenoemd tussenvonnis onder 11 geciteerde brief van Thuasne aan Vivium van 27 juni 2002, in samenhang met de omstandigheid dat Thuasne een bed door TÜV heeft laten testen op basis van deze norm. Dat laatste blijkt uit een door Thuasne in het geding gebracht “Technical Report No. 70008434” van TÜV d.d. 26 juni 2001.’*

De rechtbank Gelderland neemt in een andere zaak waarin partijen waren overeengekomen dat een sorteermachine zou voldoen aan de vereisten voor een CE-markering, de geharmoniseerde normen – de rechtbank spreekt van NEN-normen – tot uitgangspunt (hetgeen een voorbeeld is van gelaagde toepassing).¹⁴²¹ Toepasselijkheid van een NEN-EN-norm ter invulling van conformiteit bij koop kan ook het indirecte gevolg zijn van een deskundigenbericht (vgl. § 7.3.2.4 voor voorbeelden in de buitencontractuele sfeer).¹⁴²²

6.4 DE GEVOLGEN VAN BETEKENIS BIJ CONTRACTUELE NORMSTELLING

6.4.1 Algemene contractuele normstelling

164 Uitleg van geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen

Indien productnormen betekenis hebben, rijst in het kader van de toets aan de tekortkoming soms de vraag hoe geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen dienen te worden uitgelegd. De uitleg van deze normen kan ook in een eerder stadium al van belang zijn. Voor uitleg van *een verwijzing naar* deze normen c.q. het contractuele beding is uiteraard het *Haviltex*-criterium leidend (reeds nr. 136 e.v.) Bij de uitleg van een verwijzing dienen soms de inhoud, het doel en de strekking van de normalisatienorm te worden betrokken, om vast te kunnen stellen wat partijen met de verwijzing hebben beoogd of wat tussen partijen of op grond van aanvullend recht geldt (zie eveneens nr. 136 e.v. voor voorbeelden).

Wat nu indien tussen partijen discussie bestaat over de inhoud, strekking of praktische betekenis van de normalisatienorm zelf? Zou de normalisatienorm dan objectief of meer subjectief moeten worden uitgelegd? Als technisch document zijn geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen niet opgesteld door partijen, maar binnen de normalisatie-instituten door daar betrokken partijen. Ze zijn bedoeld om eenduidig producteigenschappen, testmethoden of kwaliteitseisen vast te leggen voor herhaaldelijke toepassing op de markt, juist om discussies tussen partijen op die punten te voorkomen. Dat objectieve factoren dus binnen de *Haviltex*-maatstaf meer gewicht toekomen bij uitleg van die normen *sec* ligt dan ook voor de hand.¹⁴²³ Echter, welke factoren zijn dit dan?

¹⁴²¹ Rb. Gelderland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4112.

¹⁴²² Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:346, r.o. 2.22 t/m 2.24 over non-conforme led tl-buizen waarin de rechtbank het deskundigenbericht volgt dat verwijst naar een isolatietest als genoemd in NEN-EN-IEC 62776:2014 om conformiteit aan te tonen. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2580, r.o. 2.2 en 2.3 over non-conformiteit van een parketvloer (noesten), waarin in de loop van de procedure partijen actief op zoek zijn gegaan naar een toepasselijke norm, op grond waarvan uiteindelijk een deskundigenbericht dat geen melding maakt van normen wordt weerlegd.

¹⁴²³ Vgl. HR 17 en 24 september 1993, NJ 1993/173 en 174 (CAO), HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. Du Perron (*DSM/Fox*), HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:AZ4410, NJ 2008/104, m.nt. Du Perron (*NBA/Meerhuysen*), HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.2 al dan niet aan de hand van een voorshands gegeven oordeel, waarna (tegen)bewijs is toegestaan, zoals ook besproken door Valk in Valk & Schelhaas 2016, p. 46 en 47, zij het dat al deze rechtspraak nog steeds uitleg van een overeenkomst of (aanvullende) voorwaarden behelsde en geen

Mijns inziens zijn dat primair de tekst en bijlagen bij de normalisatienorm.¹⁴²⁴ Bij NEN-normen zitten vaak aanvullings- of correctiebladen, kenbaar aan +A of +C in de titel, die relevant zijn. Het hof Den Haag oordeelde over de NEN 6707 die werd gebruikt door een deskundige bij de beantwoording van de vraag of dakdekkerswerkzaamheden deugdelijk waren uitgevoerd, dat de toelichting op de norm door de deskundige mocht worden betrokken in de uitleg en toepassing van die norm.¹⁴²⁵ Voor Europese geharmoniseerde normen als deel uitmakend van het EU-recht ex art. 267 VWEU dienen een coherente uitleg en de grenzen van het mandaat te worden gewaarborgd. In dat verband heeft het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat toelichtingen op geharmoniseerde normen die geen onderdeel van de norm vormen niet mogen worden meegenomen in die uitleg (zie nr. 116).

Anders dan bij bijvoorbeeld veilingvoorwaarden (zoals speelde in het arrest *NBA/Meerhuysen*) waarin werd aangenomen dat voor derden (deelnemers aan de veiling) onder omstandigheden een onderzoeksplicht geldt naar de bedoeling van de oorspronkelijke opstellers van een bepaling zou mijns inziens bij normalisatienormen niet met zo een onderzoeksplicht moeten worden gewerkt (vgl. *London Verzekeringen/Noordhollandsche* en het recente *FNV/Werkgeversorganisaties*).¹⁴²⁶ Uit de rechtspraak blijkt dat medewerkers van het NEN klaarblijkelijk op verzoek toch nadere tekst en uitleg over de inhoud en strekking van normalisatienormen geven, zoals bijvoorbeeld blijkt uit een aanbestedingsgeschil voor de rechtbank Amsterdam over de levering van brandstof aan het wagenpark van de gemeente Amsterdam, waarbij de vraag centraal stond of ook aangelengde paraffinediesel aan de EN 15940 kon voldoen.¹⁴²⁷ De gemeente had deze norm voor ‘schone diesel’ in de

uitleg van een andersoortig document waarnaar in een contract wordt verwezen. Vgl. ook HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, *NJ* 2010/570 (*Euronext/AFS*), r.o. 3.4.4, waaruit volgt dat het algemeen reglement en de *trading rules* van Euronext Amsterdam N.V. aan de hand van objectieve factoren moet worden uitgelegd, en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2835, *NJ* 2017, 11 (*Duisenbergregeling*), r.o. 3.3.4 en 3.3.5. Zie ook de noot van Snijders bij HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, *NJ* 2018/422, die in het licht van dit arrest onderscheid maakt tussen de geobjectiveerde Haviltex-methode, waarbij objectieve factoren zwaarwegend zijn, en de principieel objectieve variant, waarbij objectieve factoren in beginsel doorslaggevend zijn, en de CAO-norm, waarbij niet alleen de bewoordingen doorslaggevend zijn, maar puur subjectieve factoren niet meewegen afgezien van de vraag naar de aannemelijkheid van een bepaalde betekenis. Vgl. over uitleg van normalisatienormen onder *common law* Verbruggen 2017a, p. 313.

¹⁴²⁴ Vgl. de objectieve factoren als genoemd in HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *NJ* 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*), r.o. 3.4.2 (de tekst van de bewoordingen van de bepaling gelezen in het licht van de polis als geheel en de bijbehorende toelichting).

¹⁴²⁵ Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4320 (de zaak is ook in cassatie behandeld, doch daar stond alleen de onpartijdigheid van de deskundige centraal, welke zaak ex art. 81 RO is afgedaan),

¹⁴²⁶ HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:AZ4410, *NJ* 2008/104, m.nt. Du Perron (*NBA/Meerhuysen*), r.o. 3.5.1. Vgl. eerder HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4621, *NJ* (*London Verzekeringen/Noordhollandsche*), r.o. 3.3.2 over de uitleg van het Bindend Besluit Regres 1984 welke lijn naar analogie hier eerder past. Zie recent ook HR 4 mei 2018 ECLI:NL:HR:2018:678 (*FNV/Werkgeversorganisaties*), r.o. 3.4.2 en 3.4.3. Zie uitzonderlijk, namelijk een meer subjectieve uitleg van een sociaal plan, doch voor geharmoniseerde normen en normalisatie normen niet relevant, HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114, m.nt. TTT (*FNV/Condor*). Dat alle opstellers van een normalisatienorm in de procedure zijn betrokken – vgl. de *FNV/Condor*-situatie – zal immers zelden tot nooit voorkomen.

¹⁴²⁷ Rb. Amsterdam (vrz.) 24 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5455.

gunningscriteria opgenomen om duurzaamheid te bevorderen. In deze zaak wordt een nadere toelichting aangehaald van een NEN- medewerker die ingaat op de ‘geest en intentie van de norm’. Hiermee moet mijns inziens terughoudend worden omgegaan, zeker nu dergelijke toelichtingen voor zover ze niet blijken uit de tekst van de norm niet voor derden kenbaar zijn. In deze zaak ging het bovendien om een EN-norm waarbij NEN dus niet als enige deelnemer in de opstelling ervan was betrokken (nr. 24 en hoofdstuk 4).¹⁴²⁸ Voor de uitleg van de EN-norm zijn de door de rechtbank Amsterdam aangehaalde objectieve factoren als het voorwoord, de introductie en de noten in de norm relevanter. Voor de *verwijzing naar* de EN-norm in de aanbestedingsstukken is evenwel de objectief kenbare bedoeling van de gemeente met de verwijzing relevant, zoals die blijkt uit de aanbestedingsstukken (vgl. nr. 136 e.v. over uitleg van de *verwijzing*).¹⁴²⁹

Naast de – wat ik maar noem – aan de norm inherente of interne factoren mogen mijns inziens vanuit het privaatrechtelijk beoordelingskader bezien andere objectieve, externe factoren, zoals de rol en betekenis van een norm in de branche, een rol spelen bij uitleg (voor zover voor derden kenbaar), omdat normalisatie-instituten met hun normen mede de technische consensus ambiëren vast te leggen (zie mede hierna nr. 212).¹⁴³⁰ In dat verband ontstaat een complicatie bij geharmoniseerde normen en normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen, nu deze onder omstandigheden als recht kunnen worden gezien ex art. 79 RO en een afwijkende uitleg aan de hand van dit soort omstandigheden aan een coherente uitleg in de weg kan staan. Tegelijkertijd blijven externe factoren relevant voor wat tussen de partijen in kwestie als gedragsregel uit hoofde van de partijafspraken of ongeschreven (privaat)recht geldt. De sleutel lijkt mij te liggen in de motivering van het oordeel door de civiele rechter, waarin duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de uitleg *van de geharmoniseerde norm* (of andere normalisatienorm) en anderzijds uitleg *van de overeenkomst*, de betekenis van (de verwijzing naar) de geharmoniseerde norm voor de partijen in kwestie ter bepaling van de tussen hen geldende (on)geschreven gedragsnormen.¹⁴³¹ De

¹⁴²⁸ Naast de definitieve normen bestaan vaak allerhande voornormen, ontwerpnormen, technische specificaties en CWA's of IWA's die worden ontwikkeld binnen normalisatie-instituten, maar buiten het reguliere normalisatieproces. Deze stukken kunnen zeer informatief zijn, doch zijn niet gebaseerd op consensus en het totstandkomingsproces is niet met zoveel waarborgen omkleed als bij geharmoniseerde normen, met alle risico's van dien (vgl. hoofdstuk 4).

¹⁴²⁹ Vgl. in algemene zin Valk 2018, p. 1953, die de relevantie van het onderscheid tussen het object van uitleg en de gegevens die in de uitleg moeten worden betrokken benadrukt.

¹⁴³⁰ Vgl. in zekere zin de betekenis ‘ter beurse’ van clausules in beurspolissen zoals aangehaald in HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378 (*Royal e.a./Polygram*), r.o. 4.2.

¹⁴³¹ Vgl. Valk, die terecht opmerkt dat duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen het object van uitleg – in de regel de rechtsverhouding tussen partijen – en de gegevens die in uitleg moeten worden betrokken, Valk 2018, p. 1955. Een normalisatienorm kan een van die gegevens zijn. Het onderscheid is behulpzaam, doch de praktijk is soms weerbarstig. Gegevens vragen soms ook om uitleg, waarbij nog een complicatie kan zijn dat partijen die gegevens in casu volstrekt onjuist kunnen hebben geïnterpreteerd of anders dan ze waren bedoeld. Vgl. de door Ten Oever en mij omschreven twee fasen toets bij doorwerking van EU-recht onder art. 3:40 lid 1 BW, doch het onderzoek naar doel en strekking van wettelijke normen van buiten het BW komt op meerdere

uitleg van *geharmoniseerde normen zelf* is gezien de kwalificatie door het Hof van Justitie (nr. 116) naar Nederlands procesrecht een rechtsoordeel.¹⁴³² De geharmoniseerde norm dient dan ook te worden uitgelegd aan de hand van de inhoud ervan, het doel en de strekking van de norm en het juridische kader waar hij onder hangt. De uitleg van *de overeenkomst* in de zin van de uitleg van het beding dat naar geharmoniseerde normen verwijst, is in de regel een gemengd oordeel;¹⁴³³ de uitleg van de overeenkomst in kwestie is in het algemeen feitelijk, maar de vraag naar de daarbij te hanteren gezichtspunten of de toepasselijke uitlegmethode is een rechtsvraag. Verwijst een contractueel beding naar (rechts)begrip uit een geharmoniseerde norm en is met dat begrip ook een rechtsbegrip bedoeld, dan is de uitleg van dat begrip ook een rechtsoordeel.¹⁴³⁴ De daadwerkelijke toets aan de geharmoniseerde norm aan de hand van de feiten zal veelal eveneens een gemengd oordeel betreffen (zie nr. 165).¹⁴³⁵

Vanuit cassatie-technisch oogpunt kunnen zaken zeer complex worden indien een deskundige rechtsnormen toepast in een deskundigenbericht. In een zaak over bedrijfspand dat na heftige sneeuwval was ingestort, werden NEN-normen onder het Bouwbesluit door de deskundigen gebruikt ter berekening of een constructiefout zou zijn gemaakt. Tussen de deskundigen bestond discussie over de uitleg van de NEN-normen en de op basis daarvan gemaakte berekeningen. Konden verzekeraars een constructiefout bewijzen, dan kwam hen een beroep toe op een dekkingsuitsluiting onder een Beurspolis voor Uitgebreide Gevaren. Het hof wees, net als de rechtbank, het beroep op de dekkingsuitsluiting af op basis van een deskundigenrapport dat als tegenbewijs de juistheid van de overige rapporten ontzenuwde. Verzekeraars richtten diverse cassatieklachten tegen dit afwijzende oordeel van het hof. De eerste klacht hield samengevat in dat het hof de NEN-normen niet als rechtsnormen maar zeer feitelijk zou hebben benaderd.¹⁴³⁶ De andere klachten zagen op motiveringsgebreken, nu zonder motivering volgens verzekeraars onder andere niet viel in te zien waarom het hof niet hoefde te kiezen welke berekening de juiste was, dan wel waarom het de berekening van de derde

plekken terug (o.a. bij aanvulling van overeenkomsten en relativiteit bij onrechtmatige daad), Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 3 en 4 en Ten Oever & Veldt 2016b, p. 335-342.

¹⁴³² Zie over rechtsoordelen: *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/145; Van der Wiel e.a. 2019, p. 68-72, alsmede p. 113-118. Het oordelen dat geharmoniseerde normen deel uitmaken van het Unierecht ex art. 267 VWEU is een vraag van uitleg van EU-recht. Het type oordeel betreft de kwalificatie onder en vertaalslag naar het Nederlandse (cassatie)procesrecht.

¹⁴³³ Zie over gemengde oordelen: *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/ 146 en 147; Van der Wiel e.a. 2019, p. 80-86. Vgl. Ten Oever & Veldt 2016b, p. 335-342, onder verwijzing naar Giesen in relatie tot art. 3:40 lid 1 BW en het WAV-arrest. Zie over rechtsoordelen en gemengde oordelen in relatie tot HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, *NJ* 2010/570 (*Euronext/AFS*), Menting 2016, p. 232.

¹⁴³⁴ Vgl. in algemene zin Van der Wiel e.a. 2019, p. 69. Vgl. in Europese context ook Wissink 2001, p. 303 en 309, die mede productveiligheid als voorbeeld noemt.

¹⁴³⁵ Vgl. Van der Wiel e.a. 2019, p. 82.

¹⁴³⁶ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, *NJ* 2019/21. De zaak is gepubliceerd vanwege de beslissing over de proceskosten in relatie tot incidenteel appel. Het betrof een cassatie op Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3852, *AR* 2017/5076, r.o. 2.27.

deskundige (impliciet) juist achtte. A-G Valk meent dat hoewel NEN-normen onder het Bouwbesluit in zijn ogen als rechtsnormen moeten worden gezien, het oordeel van het hof ziet op de feitelijke draagkracht van de constructie op grond van het ontwerp (en dus niet op de uitleg van de norm). De A-G merkt voorts terecht op dat bij discussie over de precieze inhoud van een rechtsnorm, de rechter – net als het hof – het gelijk in die discussie in het midden mag laten indien het voor de beslissing van de zaak niet op dat gelijk aankomt.¹⁴³⁷ De zaak werd door de Hoge Raad ex art. 81 RO afgedaan.¹⁴³⁸ Hoewel de A-G hierin kan worden gevolgd, zullen dit soort discussies niet altijd in het midden kunnen blijven en zal in de praktijk de grens tussen uitleg en toepassing van normalisatienormen niet altijd scherp worden getrokken. Dergelijke gemengde oordelen moeten met een combinatie van rechts- en motiveringsklachten worden bestreden.

Blijkens rechtspraak van de Hoge Raad staat het Nederlandse procesrecht er overigens niet aan in de weg dat normen die recht zouden kunnen vormen in de zin van art. 79 RO toch door een gerechtsdeskundige worden uitgelegd.¹⁴³⁹ Dat is mijns inziens wenselijk omdat daarmee de praktische bruikbaarheid van de uiteindelijke uitleg van de bepaling kan worden gewaarborgd. De inhoud van de geschreven rechtsnorm zal bovendien moeten worden gerelateerd aan de overige omstandigheden van het concrete geval om te kunnen beoordelen wat de betekenis is van die geschreven norm voor het tussen partijen in concreto geldende recht. Mijns inziens bestaat de ruimte tot het inschakelen van een deskundige bij de uitleg van het recht, ook bij geharmoniseerde normen, maar de civiele rechter blijft een van de hoeders van het Europese recht en dient waar nodig prejudiciële vragen te stellen (nr. 280).

165 Inhoudelijke toets van de schending van normalisatienormen

Is een normalisatienorm van toepassing tussen partijen, dan is de vraag hoe de inhoudelijke toets van de naleving c.q. de tekortkoming plaatsvindt. Voor de beoordeling van een niet-nakoming van een verbintenis c.q. tekortkoming onder een overeenkomst dient de rechter feitelijke omstandigheden als gesteld door partijen mede te toetsen aan een geharmoniseerde norm of andere normalisatienorm. Deze toets is een technische toets aangezien de norm een technisch gehalte heeft. Het ligt dus voor de hand dat hierbij veelal een deskundige worden ingeschakeld.

De rechtspraak bevestigt dat een grote rol is weggelegd voor de deskundige. Dit kan een partijdeskundige of gerechtsdeskundige zijn. De deskundige kan als gezegd ook op eigen initiatief een norm toepassen (o.a. §

¹⁴³⁷ Concl. A-G Valk, overwegingen 2.15 t/m 2.18.

¹⁴³⁸ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, NJ 2019/21.

¹⁴³⁹ HR 2 februari 1990, NJ 1991/1 (*De Staat/Natuur en Milieu c.s.*), r.o. 3 over een deskundigenbericht over het wettelijke begrip indijking: *'Anders dan onderdeel 1 betoogt, legt 's hofs aldus begrepen opdracht aan deskundigen niet zonder meer een vraag van uitleg van de wet voor. Al ware zulks anders dan zou die opdracht trouwens evenmin blijf geven van een onjuiste rechtsopvatting: het staat de rechter vrij zich ook omtrent zuiver juridische vragen door deskundigen te doen voorlichten.'*

6.2.3 en nr. 267 en 280).¹⁴⁴⁰ Diens oordeel over het al dan niet volgen van de norm wordt veelal een-op-een overgenomen voor het wel of niet tekortschieten onder de overeenkomst.¹⁴⁴¹ In één zaak komt de rechtbank zelf tot een oordeel over wanprestatie op grond van schending van de NEN-normen zonder tussenkomst van een deskundige. De rechtbank volgt de bevindingen van de gemeente bij oplevering, omdat de aannemer niet dan wel niet-tijdig zou hebben geprotesteerd.¹⁴⁴² Indien de opdracht aan een deskundige in het kader van een voorlopig deskundigenbericht inhoudt dat een product dient te worden getoetst aan een EN-norm, en de voorlopig deskundige houdt zich niet aan zijn opdracht, dan kan het voorkomen dat diens bevindingen niet als bewijs ter zake non-conformiteit kunnen dienen. In dit geval ging het om geleverde *dry-coolers* die qua koelcapaciteit zouden worden getest aan EN1048. Partijen waren het met deze opdracht eens.¹⁴⁴³

Verder moet de geschonden norm wel iets zeggen over de vermeende tekortkoming. Indien een norm niets zegt over het kernverwijt dat een partij haar wederpartij maakt ter zake de tekortkoming, kan een oordeel over binding en de status van die normalisatienorm uiteraard in het midden blijven.

¹⁴⁴⁴

Overigens komt het ook voor dat na een eerste gerechtelijk (voorlopig)deskundigenbericht ten aanzien van het technische gedeelte

¹⁴⁴⁰ Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8495, r.o. 4.4 waaruit blijkt dat hoewel tussen hoofd- en onderaannemer geen NEN 2747 is overeengekomen, doch wel tussen hoofdaannemer en opdrachtgever, de deskundige toch aansluiting zoekt bij die norm voor wat betreft de herstellmethode.

¹⁴⁴¹ Vb. Rb. Zutphen 26 maart 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF6264 : dakpannen niet in strijd met NEN-norm en dus conform. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5526: Lasnaden volgens deskundige niet conform NEN-EN-ISO-norm en daarom staat *‘vast dat het laswerk van de onderzochte luifelconstructie niet voldeed aan de eisen van goed vakmanschap. De deskundige heeft evenwel geoordeeld dat het falen van de aluminium luifelconstructie niet veroorzaakt is door de afwijkende wanddikte en/of de verdachte laskwaliteit. Het causaal verband tussen de tekortkoming en de directe schade als gevolg van het instorten van de luifelconstructie in [plaats 1] is dus niet gegeven, zodat deze niet voor vergoeding in aanmerking komt.’*, aldus rechtbank r.o. 4.4 en in stand gelaten door het hof r.o. 6.5.5 en 6.6.1. Hof Den Haag 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4320, r.o. 2.28 t/m 2.32, waarin het gerechtsdeskundigenbericht door het hof bijna geheel wordt gevolgd ook al twisten partijen over de door de deskundige gehanteerde uitleg van de norm. Zie ook Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV0512, r.o. 4.10, waarin de rechtbank o.a. het rapport van de toezichthouder IVW over een pleziervaartuig overneemt op grond waarvan zij oordeelt dat het schip ten onrechte van een CE-markering is voorzien nu niet de vooraf opgegeven specificaties zijn gevolgd.

¹⁴⁴² Rb. Zwolle-Lelystad 14 november 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BD4284, r.o. 8.8.2.

¹⁴⁴³ Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8995.

¹⁴⁴⁴ Zie bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht van Essent aan VSB tot werkzaamheden ter verbetering van de fundering van een elektriciteitsmast, Rb. Maastricht 26 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB4448, r.o. 4.21: *‘Nog afgezien van het feit dat VSB heeft betwist dat de NEN-norm 6722 van toepassing was op de uitvoering van de werkzaamheden, kan uit hetgeen Essent ter zake heeft gesteld niet worden geconcludeerd dat VSB ‘poer voor poer’ had moeten werken. De NEN-norm 6722 geeft normen voor het ontkisten van gestort beton en de uithardingstermijnen die in dat opzicht in acht moeten worden genomen. Blijkens deze norm heeft zij als doel om bij ontkisting verlies van evenwicht en vereiste vorm van het te ontkisten constructiedeel te voorkomen. In dit verband wordt nog een onderscheid gemaakt tussen dragende en niet-dragende bekisting. Uit de NEN-norm volgt dus niet dat zij (mede) als doel heeft om de stabiliteit van de gehele constructie te waarborgen, zodat uit de eventuele toepasselijkheid van deze norm niet kan worden afgeleid dat VSB in verband met het waarborgen van de stabiliteit van de mast als geheel ‘poer voor poer’ had moeten werken.’*

(bijvoorbeeld de mate van geluidsoverlast bij een gesplitste woning en de ongeschiktheid van de isolatie) een tweede gerechtsdeskundige wordt benoemd (bijvoorbeeld een makelaar voor de schade).¹⁴⁴⁵ Het illustreert dat bij technisch complexe zaken, ondanks hulp van een norm, nadere deskundigenberichten nodig zijn voor informatie over verschillende onderdelen van de grondslag van de vordering.

166 Toerekenbaarheid krachtens schuld, wet, rechtshandeling of verkeersopvatting

Toerekenbaarheid is slechts relevant voor schadevergoeding ex art. 6:74 lid 1 BW (vgl. voor art. 6:162 lid 3 BW, §§ 7.3.1.5 en 7.3.2.4). Toerekenbaarheid van een tekortkoming is in beginsel niet hetzelfde als toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad. Zo vormt overmacht in het contractuele aansprakelijkheidsrecht een bevrijdend verweer (overmacht ex art. 6:75 BW), waarbij de stelplicht en bewijslast ervan rust op de aangesproken partij, terwijl toerekenbaarheid bij een onrechtmatige daad een vestigingsvereiste voor aansprakelijkheid is. Toerekenbaarheid ziet in een contractuele context bovendien op ander gedrag dan in buitencontractuele context, namelijk op de tekortkoming in plaats van de onrechtmatige daad. Vindt onder invloed van publiekrecht en alternatieve regulering echter een zekere objectivering van zorgplichten plaats (vgl. nr. 142), dan is aannemelijk dat ook het onderscheid in de invulling van de toerekenbaarheid in beide contexten aan scherpte verliest. Daarom zullen, mede in het licht van de eerdergenoemde ontwikkeling van zorgplichten (nr. 7 en nr. 142), de relevante omstandigheden voor toerekening van een tekortkoming of onrechtmatige daad tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn. Ik verwijs hier dan ook graag naar mijn opmerkingen over toerekenbaarheid krachtens schuld bij onrechtmatige daad (§§ 7.3.1.5 en 7.3.2.4). Uit die opmerkingen volgt dat toerekenbaarheid krachtens schuld van een tekortkoming respectievelijk onrechtmatige daad bestaande uit de niet-naleving van productnormen met name lastig is bij importeurs en leveranciers c.q. distributeurs aangezien van hen beperkte kennis van de daadwerkelijke eigenschappen van het product in relatie tot productnormen kan worden verwacht. Slechts in bijzondere omstandigheden zullen zij bekend kunnen zijn of worden geacht met de (verborgen) schending van productnormen of verdere onveiligheid. In aanvulling daarop adresseer ik hier enkele bijzonderheden van overmacht.

Wat nu indien een overeenkomst dwingend verwijst naar normen die later onjuist blijken te zijn. Is een daaruit voortvloeiende tekortkoming wel toerekenbaar? Een voorbeeld hiervan vormt een aanbestedingszaak waarin onjuiste normalisatienormen centraal stonden voor de berekening van de brandwerendheid van (het gebruik van) kanaalplaten in parkeergarages waarnaar in het Bouwbesluit 2003 werd verwezen. De onjuistheid van deze normen waarnaar in de gunningscriteria werd verwezen, werd ten tijde van de

¹⁴⁴⁵ Rb. Zutphen 3 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993.

aanbesteding onderzocht, doch pas na gunning in de loop van de uitvoering definitief bekend. Ballast Nedam wilde hierop de reeds tot stand gekomen en deels uitgevoerde overeenkomst ontbinden, omdat haar oorspronkelijke ontwerp niet aan de nieuwe herziene normen voldeed. De gemeente vorderde echter nakoming. Hoewel voor nakoming wettelijk gezien geen toerekenbaarheid is vereist (art. 3:296 BW), volgt volgens de voorzieningenrechter uit § 10 lid 4 sub a UAV-CG 2005 dat de gemeente slechts een rechtsvordering kan instellen indien het niet verlenen van een definitieve vergunning wegens het niet-voldoen van de ontwerpwerkzaamheden aan overheidsvoorschriften aan Ballast Nedam kan worden toegerekend.¹⁴⁴⁶ De onjuistheid van de NEN-normen stond volgens de voorzieningenrechter in dit geval aan toerekenbaarheid in de weg.¹⁴⁴⁷ Volgens de voorzieningenrechter was sprake van een tekortkoming door Ballast Nedam doordat het Bouwbesluit 2003 ook een overkoepelende open norm bevatte die nader werd ingevuld door de NEN-norm. Thans kon objectief worden vastgesteld dat het ontwerp van Ballast Nedam niet aan die open norm voldeed. Echter, nu – kort gezegd – die tekortkoming te wijten was aan eisen die voor Ballast Nedam niet kenbaar konden zijn uit de aanbestedingsstukken, kon haar volgens de voorzieningenrechter ter zake geen verwijt worden gemaakt. De gemeente kon derhalve geen nakoming vorderen:¹⁴⁴⁸

‘Dit zou anders kunnen zijn indien aannemelijk is dat Ballast Nedam rond de relevante datum in oktober 2008 ermee bekend was, althans had behoren te zijn – onder meer op grond van bevindingen naar aanleiding van de brand in de garage in de Lloydstraat te Rotterdam – dat zij er niet zonder meer vanuit mocht gaan dat de geldende voorschriften met betrekking tot kanaalplaten nog in overeenstemming waren met de eisen die daaraan ten aanzien van de brandwerendheid op basis van een zich ontwikkelende stand van de wetenschap met betrekking tot dit onderwerp worden gesteld. Dat is niet aannemelijk geworden.’¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴⁶ Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, JOM 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*): ‘Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter staat het hebben van slechts een voorwaardelijke vergunning voor de beoordeling van dit geschil gelijk met het niet verlenen van de vergunningen als bedoeld in § 10 lid 4. Op grond van dit lid schiet Ballast Nedam tekort in de nakoming van haar verplichting uit hoofde van lid 1 van § 10, indien het niet verlenen van de vergunningen op het in de overeenkomst vastgelegde tijdstip het gevolg is van:

(a) het niet voldoen van de ontwerpwerkzaamheden aan de voor het werk relevante bouwtechnische- en milieutechnische overheidsvoorschriften, vooropgesteld dat dit aan Ballast Nedam kan worden toegerekend, dan wel

(b) onvoldoende inspanning van Ballast Nedam tot het verkrijgen van de in het eerste lid bedoelde vergunningen.

Kern van het geschil is de vraag of sprake is van een toerekenbare tekortkoming in het ontwerp van Ballast Nedam.’

¹⁴⁴⁷ Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, JOM 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*).

¹⁴⁴⁸ Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, JOM 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*) (nummering ontbreekt in de uitspraak).

¹⁴⁴⁹ Art. 10 lid 7 UAV-GV 2005 gaf de opdrachtnemer een ontbindingsmogelijkheid indien de opdrachtgever nadat hem een redelijke termijn is gesteld om tot wijziging van de overeenkomst over te gaan niet reageerde. De zaak is ook nog interessant voor de inhoudelijke beoordeling van de gelijkwaardigheid van het ontwerp van

Is het risico kenbaar, dan kan een onjuiste norm Ballast Nedam inderdaad niet baten. Dit doet denken aan een analoge toepassing van het ontwikkelingsrisicoverweer (vgl. nr. 179), dat alleen opgaat bij objectieve onbekendheid op grond van de stand van de wetenschap en de techniek.

Zijn – anders dan in de Ballast Nedam-zaak – geen contractuele beperkingen gesteld aan het recht op nakoming en verwijst een overeenkomst dwingend naar onjuiste productnormen terwijl ten tijde van het sluiten van de overeenkomst sprake was van een risico waarmee de partij voor wie de productnorm gold niet bekend mocht worden geacht, dan kan de wederpartij een vordering tot nakoming mogelijk worden ontzegd wegens gebrek aan belang (art. 3:303 BW) of kan een beroep op het beding onaanvaardbaar zijn op grond van de redelijkheid en billijkheid (nr. 171). Daarmee is de overeenkomst echter nog niet aangepast of ontbonden. In dat geval kan art. 6:258 BW nog soelaas bieden.

Of kan worden toegerekend krachtens rechtshandeling in de zin dat een garantie is gegeven met betrekking tot productnormen is een kwestie van uitleg (nr. 136 e.v.).¹⁴⁵⁰ De verhouding tussen garanties en exoneraties in relatie tot productnormen komt mede in nr. 171 aan de orde.

Art. 6:77 BW bepaalt dat indien bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat in beginsel aan de schuldenaar wordt toegerekend, tenzij dit gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval onredelijk zou zijn. Het artikel is niet van toepassing indien de verbintenis de (af)levering van de zaak behelst (zoals bij koop).¹⁴⁵¹ Heeft een productnorm betekenis voor de tekortkoming dan werkt dit door in de categorie van toerekening krachtens de wet ex art. 6:77 BW. De geschiktheid van de zaak dient mede te worden bepaald in het licht van de overeenkomst; het gaat erom of de zaak geschikt is voor het beoogde doel, de uitvoering van de verbintenis.¹⁴⁵² Wanneer productnormen onderdeel zijn van de verbintenis, dan wel indirect worden gebruikt als feitelijk referentiekader ter bepaling of tekort is geschoten (vgl. nr. 160), ligt voor de hand dat zij ook relevant zijn ter bepaling van de ongeschiktheid in voornoemde zin. Het artikel is met name relevant in gevallen waarin schuld niet kan worden vastgesteld. Het artikel neemt bovendien aan praktische

Ballast Nedam aan de NEN-normen en de vraag of strengere eisen uit de van toepassing verklaarde “Praktijkrichtlijn mechanisch geventileerde garages” zouden zijn overeengekomen, zie de laatste overwegingen van de uitspraak.

¹⁴⁵⁰ Een garantie is naar Nederlands recht geen vast omlijnd begrip, Tjittes 2018, p. 471 onder verwijzing naar o.a. HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (*Mol/Meijer*), r.o. 3.3.

¹⁴⁵¹ B.J. Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 2.4, onder verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016/330.

¹⁴⁵² *MvA II, Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 270. Ongeschiktheid is daardoor niet hetzelfde als gebrekkigheid ex art. 6:185 BW. Zie ook Hiemstra 2018, p. 96-105, hoewel de gezichtspunten onder gebrekkigheid onder omstandigheden relevant kunnen zijn bij de invulling van ongeschiktheid.

relevantie toe vanwege de toenemende dienstverlening in de maatschappij en is van belang in relatie tot productnormen mede door de ruime definities van 'distributeur' onder de RAPV en het sectorspecifieke productveiligheidsrecht, waar ook dienstverleners toe behoren (nr. 64), en het 'op de markt brengen' (nr. 34). Zo kan een hotel dat een elektrisch verstelbaar bed aan zijn gasten ter beschikking stelt, mogelijk een distributeur zijn onder de RAPV en onder de Laagspanningsrichtlijn.

De laatste jaren speelt de discussie of en hoe art. 6:77 BW moet worden toegepast bij inspanningsverbintenissen, zoals bij geneeskundige behandeling waarbij gebrekkige medische hulpmiddelen zijn gebruikt. In die context is de vraag gesteld of de tenzij-clausule van art. 6:77 BW (de onredelijkheid) vanwege de aard van de hoofdverbintenis anders moet worden ingevuld. Deze vraag was ten tijde van de afronding van het onderzoek nog niet beantwoord door de Hoge Raad.¹⁴⁵³ Het proefschrift van Hiemstra is vooralsnog het meest uitvoerige werk dat deze vraag behandelt en haar antwoord luidt mijns inziens terecht dat de invulling van de onredelijkheid van art. 6:77 BW in beginsel niet principieel anders is bij geneeskundige behandeling.¹⁴⁵⁴ Hoewel in de rechtspraak bij een beroep op de tenzij-formule een enkele keer relevant is bevonden dat een zaak een CE-markering bevat in de zin dat het bevrijdend zou werken, merkt Hiemstra terecht op dat de CE-markering binnen de risico-afweging in de context van de tenzij-formule bij medische hulpmiddelen doch ook in het algemeen slechts een zeer beperkte rol kan spelen. Het *ontbreken* van een CE-markering kan onder omstandigheden de zaak ongeschikt maken (nr. 49), in welk geval er zelfs sprake kan zijn van schuld, maar de betekenis van de *aanwezigheid* van een CE-markering is binnen de context van art. 6:77 BW beperkt aangezien de CE-markering of betrokkenheid van een *Notified Body (NB)* geen garantie is voor veiligheid van het product (nr. 47) en de ongeschiktheid in de zin van individuele ondeugdelijkheid van de zaak of ongeschiktheid voor de uitvoering van deze specifieke verbintenis ook uit andere omstandigheden kan worden afgeleid.¹⁴⁵⁵

¹⁴⁵³ Er zijn wel prejudiciële vragen gesteld. Zie Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166, Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1458 (tussenuitspraak) en Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3188 (prejudiciële vragen). Later is de conclusie verschenen: Concl. P-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176.

¹⁴⁵⁴ Hiemstra 2018, p. 336. Zie ook Wijne 2019, p. 19 e.v. onder verwijzing naar Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10336, JA 2019/4.

¹⁴⁵⁵ Hiemstra 2018, p. 129 en 130. Een aantal zaken waarin de CE-markering in de medische context ten onrechte relevant werd geacht bij de beoordeling van onredelijkheid in voornoemde zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, JA 2014/50, NJF 2014/377, Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179, JA 2015/148, m.nt. M.S.E. van Beurden, *GZR-Updates.nl* 2015-0389 m.nt. R.P. Wijne, *GJ* 2015/143 (doch meer in de context van schuld), Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212, JA 2016/37, *GZR-Updates.nl* 2016-0035 m. nt. R.P. Wijne, NJF 2016/119, *GJ* 2016/21, Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491, RAV 2017/90, Rb. Limburg 31 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4981, RAV 2017/91. Voor zaken buiten de medische context waarin de omstandigheid van een keuring niet bevrijdend werkt: Rb. Midden-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5643, S&S 2015/59 (*ProRail/ERS Railways*), Rb. Utrecht 25 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3544, NJF 2012/412, Rb. Limburg 31 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4981, RAV 2017/91.

Toerekenbaarheid krachtens verkeersopvatting bij koop en het arrest *Oerlemans/Driessen* worden hierna behandeld (nr. 169).¹⁴⁵⁶ Overigens is denkbaar dat de regel uit dat arrest in sommige gevallen naar analogie kan worden toegepast bij dienstverlening, doch in veel gevallen zal art. 6:77 BW, dat mede als codificatie van verkeersopvattingen kan worden gezien, dan veelal soelaas bieden voor de gelaedeerde.¹⁴⁵⁷

167 Contractuele afdwingbaarheid van de naleving van productnormen

Directe contractuele betekenis c.q. toepassing resulteert in binding. Dat betekent dat de productnorm onderdeel is van de contractuele verbintenis. Is de productnorm onderdeel van de verbintenis, dan kan nakoming van die verbintenis worden gevorderd (ex art. 6:248 lid 1 BW jo. 3:296 BW) en resulteert een tekortkoming in de bekende contractuele remedies, mits aan de verdere vereisten van de desbetreffende remedies is voldaan (denk aan ontbinding, opschorting, schadevergoeding et cetera).

Zoals geïllustreerd kan echter ook sprake zijn van indirecte contractuele toepassing, waardoor er geen binding aan een productnorm wordt bewerkstelligd, maar bijvoorbeeld een geharmoniseerde norm wel relevante informatie geeft voor andere privaatrechtelijke gedragsnormen (of andere rechtsvragen, zie nr. 142 en nr. 160). Er is dan wel sprake van betekenis, doch naleving van de geharmoniseerde norm en andere remedies voortvloeiend uit de schending ervan kunnen niet rechtstreeks worden afgedwongen.

168 Betekenis voor causaal verband

Bij schadevergoeding op grond van wanprestatie ex art. 6:74 (evt. jo. 7:24 lid 1 e.v. BW) moet causaal verband tussen de tekortkoming en de schade aanwezig zijn. Productnormen kunnen ook van invloed zijn op het bewijs van het vereiste causaal verband. Hoewel causaal verband tussen een tekortkoming en schade iets anders is dan causaal verband tussen een onrechtmatige daad en schade, volsta ik hier met een verwijzing naar paragraaf 7.5 omdat in een contractuele context vergelijkbare vermoedens kunnen worden toegepast.

6.4.2 Bijzondere contractuele normstelling: koop

169 Toerekenbaarheid bij koop krachtens verkeersopvatting

In aanvulling op hetgeen bij toerekenbaarheid onder nr. 166 is opgemerkt geldt bij koop het volgende. De conformiteits moet niet als een garantieverbintenis worden gezien; een beroep op overmacht blijft mogelijk.¹⁴⁵⁸ De Hoge Raad heeft in het arrest *Oerlemans/Driessen* evenwel geoordeeld dat de verkeersopvattingen meebrengen dat een tekortkoming bestaande in een gebrek in een industrieel vervaardigde zaak in beginsel voor

Slechts wanneer een keurmerk bijvoorbeeld de keuzevrijheid van een schuldenaar beïnvloedt (denk aan aanbesteding) zou dit volgens Hiemstra anders kunnen zijn, zie mede p. 334 en 335.

¹⁴⁵⁶ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*).

¹⁴⁵⁷ Vgl. Memelink 2009, p. 323, zoals ook aangehaald door Hiemstra 2018, p. 100.

¹⁴⁵⁸ HR 9 januari 1998, NJ 1998/272 (*Brok/Huberts, heupdysplasie*).

rekening van de verkoper daarvan komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen en hij de zaak niet zelf heeft vervaardigd. Dit zal volgens de Hoge Raad slechts anders kunnen zijn in geval van – door de verkoper zo nodig te bewijzen – bijzondere omstandigheden. Het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden mag niet snel worden aangenomen.¹⁴⁵⁹ Wat bijzondere omstandigheden in voornoemde zin kunnen zijn, is onduidelijk.¹⁴⁶⁰ De koper in kwestie had geen bijzondere omstandigheden aangevoerd.

De vraag is wat de Hoge Raad onder ‘gebrek’ in voornoemde zin verstaat. De regel uit het arrest lijkt algemeen geformuleerd, doch in casu ging het om een veiligheidsgebrek in combinatie met schade aan andere zaken. Het product in casu betrof een meststof genaamd BioFer die werd gekocht door een koper die een rozenkwekerij exploiteerde. Na gebruik van het product ontstond schade aan de rozen, doordat BioFer een herbicide zou bevatten. Een ‘gebrek’ in voornoemde zin doet denken aan de term ‘gebrek’ in de zin van de Richtlijn Productaansprakelijkheid, zij het dat het hier gaat om bedrijfsmatige zaakschade die buiten het harmonisatiebereik van de richtlijn valt. Gebrekkigheid in dit arrest mag niet met gebrekkigheid bij productaansprakelijkheid op één lijn worden gesteld. Het gaat hier om een *conformiteitsgebrek*. Zoals Hijma het verwoordt:

‘Bedacht zij dat wanneer eenmaal een conformiteitsgebrek in de zin van art. 7:17 BW is geconstateerd, er een genuanceerd afwegingsproces is doorlopen, waarin talloze feiten en omstandigheden reeds de revue zijn gepasseerd (nr. 335 e.v.). Weliswaar was het kader vooralsnog alleen dat van art. 7:17 BW (tekortkoming) en niet dat van art. 6:75 BW (toerekenbaarheid), maar toch: het feit dat die eerste complexe afweging in het nadeel van de verkoper is uitgevallen, levert impliciet een – niet decisieve – indicatie op dat ook de toerekeningsvraag in voor de verkoper ongunstige zin is te beantwoorden.’¹⁴⁶¹

Doordat conformiteit onder een koopovereenkomst op andere wijze wordt vastgesteld (namelijk in het licht van de overeenkomst) dan gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid, staat de maximumharmonisatie onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid niet aan toepassing van *Oerlemans/Driessen*-regel bij consumentenkoop in de weg.¹⁴⁶² Ik zeg daarmee overigens niet dat een non-conforme zaak niet tevens een gebrekkig product

¹⁴⁵⁹ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, *NJ* 2002, 213, m.nt. Hijma (*Oerlemans/Driessen*), r.o. 3.6 onder verwijzing naar overweging 9 van de conclusie van A-G Hartkamp en aldaar genoemde bronnen, die aansluit bij *Parl. Gesch. BW* Boek 7 1990, p. 160, 184–186, 190–192, 195 e.v.

¹⁴⁶⁰ Zie voor enkele suggesties t.a.v. mogelijk relevante omstandigheden, Hartlief 2001, p. 987. Hijma noemt als voorbeelden die in bijzondere gevallen wellicht grond kunnen zijn voor deze uitzondering: een ‘kleine’ verkoper tegenover een ‘grote’ koper; verzekering aan de zijde van de koper, het ontbreken van verzekering bij de verkoper, beknelling van de verkoper doordat geen regres mogelijk is, aanwijzing van de(ze) voorschakel door de koper of het anderszins ontbreken van keuzemogelijkheden voor de verkoper, een grote (bedrijfs)schade tegenover een lage koopprijs, gering profijt voor de verkoper en een atypische aard van het gebrek.

¹⁴⁶¹ *Asser/Hijma 7-I* 2019/598.

¹⁴⁶² Anders en ten onrechte Hiemstra 2018, p. 325 onder verwijzing naar o.a. HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*).

kan zijn, maar de maatstaf is fundamenteel anders. Bovendien wordt schade in de zin van productaansprakelijkheid in beginsel gekanaliseerd naar de producent (nr. 170). Daardoor wordt mijns inziens bij toepassing van *Oerlemans/Driessen*-regel bij consumentenkoop de leverancier niet op een door het Hof van Justitie ontoelaatbaar geachte wijze met de producent gelijkgesteld (vgl. nader nr. 176, nr. 233 en nr. 238).

Door deze regel tikt de betekenis van productnormen bij conformiteit als het ware direct door in de toerekenbaarheid, omdat bij het vaststaan van non-conformiteit toerekenbaarheid in gevallen als voornoemd veelal is gegeven.

In een zaak over koop van een onroerende zaak oordeelde het hof Leeuwarden dat onbekendheid van de in het Bouwbesluit genoemde NEN-normen voor de verkoper niet zonder meer voldoende is voor een geslaagd beroep op overmacht, nu ingevolge de verkeersopvattingen een zodanige onbekendheid voor risico van de verkoper dient te komen (vgl. rechtsdwaling in buitencontractuele context, nr. 209).¹⁴⁶³

Een voorbeeld waarbij de regel uit *Oerlemans/Driessen* is toegepast in relatie tot een overtreden nationale productnorm is de *Eurogrit*-uitspraak van de rechtbank Rotterdam.¹⁴⁶⁴ Eurogrit is een producent van straalgrit; Hurks is een van de afnemers van het grit, dat zij gebruikt voor het stralen van betonelementen. Op enig moment is asbest aangetroffen in het grit, waarna Hurks een asbestinventarisatie heeft laten uitvoeren bij twee vestigingen. Een van de terreinen bleek gecontamineerd en moest worden gesaneerd. Voor onbedoeld asbesthoudende producten met een zekere hoeveelheid aanwezige stof geldt een nationaal verbod tot onder andere het verhandelen en voorhanden hebben ervan.¹⁴⁶⁵ Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een tekortkoming en dat de vermoedelijke oorzaak is gelegen in de smeltslakken die Eurogrit importeert uit de Oekraïne en die de basis vormen voor het grit. In lijn met *Oerlemans/Driessen* acht de rechtbank irrelevant dat Eurogrit de verontreiniging niet kende of behoorde te kennen. Dat Eurogrit geen regres kan nemen op leveranciers is volgens de rechtbank niet relevant, omdat dit factoren zijn die tot de risicosfeer van Eurogrit behoren.¹⁴⁶⁶ De door haar gestelde wanverhouding tussen koopprijs en de schadevergoeding kan Eurogrit evenmin baten, nu volgens de rechtbank professionele partijen ter bescherming tegen te vergaande aansprakelijkheid aansprakelijkheidsbeperkingen kunnen opnemen.¹⁴⁶⁷ Dat is in dit geval ook gebeurd, doch doordat de rechtbank het begrip 'directe schade' in de

¹⁴⁶³ Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ9712, *RCR* 2011/78.

¹⁴⁶⁴ Rb. Rotterdam 2 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6 (*Byldis Prefab/Eurogrit c.s.*). Zie in hetzelfde schandaal het eerdere kort geding over bereddingskosten, Rb. Rotterdam (vrz.) 27 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6275 (*Gelders staal- en schildersbedrijf/Eurogrit c.s.*). Zie ook, met betrekking tot hetzelfde product, doch een andere afnemer; Rb. Noord-Nederland 12 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1975.

¹⁴⁶⁵ O.a. Productbesluit asbestproducten (*Stb.* 2008, 160).

¹⁴⁶⁶ R.o. 4.5. Dit was een mogelijke bijzondere omstandigheid die Hijma noemde in zijn noot bij *Oerlemans/Driessen* (nr. 169), die een uitzondering op de hoofdregel soms wellicht zou kunnen rechtvaardigen.

¹⁴⁶⁷ R.o. 4.7. Dit was een andere mogelijke omstandigheid die Hijma noemde in zijn noot bij *Oerlemans/Driessen* (nr. 169).

contractuele beperking ruim uitlegt, komt alle schade die in rechtstreeks causaal verband staat met de tekortkoming uiteindelijk voor vergoeding in aanmerking. Dat is – anders dan Eurogrit betoogde – niet alleen de transactieschade.¹⁴⁶⁸

170 Versterkte betekenis door kanalisatie en regres bij koop

Indien een productnorm contractuele betekenis krijgt via de invulling van de conformiteit in het consumentenkooprecht ex art. 7:17 lid 1 BW, dan krijgt de productnorm, indien de consument een van zijn rechten uitoefent, vanwege de bijzondere regresregeling ex art. 7:25 lid 1 en 2 BW jo. art. 6 lid 1 BW ook betekenis bij het regres op voorschakels (behoudens de uitzonderingen als genoemd in lid 3 en 4). De Richtlijn Consumentenkoop laat de inhoud en invulling van het regresrecht in beginsel aan de lidstaten.¹⁴⁶⁹ De omvang van ons nationale regresrecht is vooralsnog onduidelijk. Voorts is het regresrecht reactief in de zin dat het pas werking krijgt nadat de koper zijn rechten heeft uitgeoefend.¹⁴⁷⁰ Gaat een distributeur preventief over tot het terughalen of terugroepen van een product en maakt hij daarvoor extra kosten (denk aan advertentie-, vervoer-, opslag- en vernietigingskosten), dan lijkt hij dus niet van het bijzondere regresrecht te kunnen profiteren.

Bij schade als gevolg van wanprestatie bij koop is de verkoper in beginsel alleen aansprakelijk voor de transactieschade en niet voor de schade in de zin van de Richtlijn Productaansprakelijkheid ingevolge de kanalisatieregeling van art. 7:24 lid 2 BW, behoudens de uitzonderingen als genoemd sub a (kortweg: schuld verkoper), b (kortweg: garantie) of c (schade onder de franchise). De kanalisatieregelingen zijn sinds jaar en dag sterk bekritiseerd.¹⁴⁷¹ In relatie tot productnormen is van belang dat met name distributeurs in de dienstverlening, die geen product leveren, geen beroep op de kanalisatie bij koop toekomt, terwijl die in sommige gevallen eveneens als doorgeefluik van producten kunnen worden gezien en als zodanig beklemd kunnen raken tussen de gelaedeerde en degene van wie zij het product hebben afgenomen.¹⁴⁷² Voorstelbaar is dat de gelaedeerde jegens zijn voorschakel soms wel de weg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan bewandelen om aan een exoneration de werking te ontnemen (zie nader nr. 171).

¹⁴⁶⁸ R.O. 4.16.

¹⁴⁶⁹ Zie ook art. 4 Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop (oud)) en art. 18 Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

¹⁴⁷⁰ Zie voor kritiek in deze zin op de regresregeling o.a. Van Santen 2018. Vgl. ook Krans 1997.

¹⁴⁷¹ Zie o.a. *Asser/Hijma 7-I* 2019/608 voor kanalisatie bij koop.

¹⁴⁷² Overigens komt het mogelijk wel een beroep toe op art. 6:244 BW voor zover zij een exoneration van een voorschakel niet hebben kunnen doorbedingen aan de eindafnemer van het product op grond van de regeling algemene voorwaarden c.q. oneerlijke bedingen, vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/508.

6.5 BEPERKINGEN AAN CONTRACTUELE NORMSTELLING UIT HOOFDE VAN PRODUCTNORMEN

171 Grenzen aan de partijautonomie: beperkende werking redelijkheid en billijkheid en de onredelijk bezwarende bedingen

In het contractenrecht is het zo dat slechts in zeer bijzondere omstandigheden het publiekrecht toch voorgaat op de partijautonomie en de contractvrijheid. Een schending van productnormen kan maken dat een beroep op een contractueel beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is ex art. 6:248 lid 2 BW. Voorts kunnen bedingen in strijd met productnormen mogelijk als oneerlijk worden gekwalificeerd ex art. 6:233 sub a BW. In de rechtspraak zijn geen voorbeelden gevonden waarin de gevolgen van contractuele binding aan een normalisatienorm op een van voornoemde gronden worden ingeperkt.

In contracten worden veelal exoneratiebedingen opgenomen. Marktdeelnemers in de keten, waaronder de fabrikant, exonereren zich meestal, veelal voor gevolgschade.¹⁴⁷³ Doorwerking van exoneraties van de fabrikant jegens een derde wordt over het algemeen niet geaccepteerd.¹⁴⁷⁴ Een beroep op een exoneratiebeding kan in bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar respectievelijk onredelijk bezwarend zijn.¹⁴⁷⁵ Van onaanvaardbaarheid is sprake indien de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van de met de leiding van zijn bedrijf belaste personen.¹⁴⁷⁶ (NB: het exonereren van eigen opzet of bewuste roekeloosheid kan overigens mede in strijd zijn met de openbare orde en/of goede zeden ex art. 3:40 lid 1 BW, nr. 172).¹⁴⁷⁷ De enkele schending van een producteis is op zichzelf niet voldoende voor onaanvaardbaarheid, het behoren te weten van zo'n schending evenmin: het moet gaan om een zodanig ernstig verwijt dat een beroep op het beding

¹⁴⁷³ Vgl. voor België Lierman 2004, p. 384.

¹⁴⁷⁴ Duyvensz 2010, p. 665 onder verwijzing naar HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*), Barendrecht & Duyvensz 2000a, p. 142 en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 527 (zonder jaartal).

¹⁴⁷⁵ In het algemeen betreft het oordeel met betrekking tot de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een belangenafweging, zie HR 19 mei 1967, ECLI:NL:PHR:1967:AC4745, *NJ* 1967/261, m.nt. Scholten (*Saladin/HBU*), waarin als bekende gezichtspunten worden genoemd: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedragen betrokken belangen, de aard en verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest. HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695, *NJ* 1976/486 (*Van der Laan/Top, Pseudo vogelpest*) noemt verder: de aard en de ernst van de voorzienbare schade, de strekking van het beding (in hoeverre een beding tot beperking van aansprakelijkheid in verhouding staat tot de omvang van de voorzienbare schade) en de gedragingen van de koper met betrekking tot de gebreken of de daardoor veroorzaakte schade.

¹⁴⁷⁶ In de woorden van het hof 'grove veronachtzaamheid' in HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, *NJ* 1998/208 (*Gemeente Stein/Driessen*), r.o. 3.6.1 waarbij het ging om een kraan die was omgevallen waarbij het hof had vastgesteld dat de leidinggevende personen, ondanks concrete aanwijzingen dat de veiligheidsvoorzieningen van de kraan waren uitgeschakeld, hadden nagelaten maatregelen te treffen om deze voorzieningen te herstellen. Zie later ook HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*), r.o. 3.6 en HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/158 (*Spector/Fotoshop*), r.o. 3.11.

¹⁴⁷⁷ Van den Brink 2002, p. 49 e.v. als eerder aangehaald in Ten Oever & Veldt 2016b, p. 327.

onaanvaardbaar is (vgl. *Fabels/Meenderink*).¹⁴⁷⁸ Een van de routes om tot bewuste roekeloosheid van rechtspersonen te komen, is het aannemen van organisatiewetenschap van de rechtspersoon, waarbij wijze van organisatie en kennisuitwisseling dient te worden beoordeeld aan de hand van de verkeersopvattingen.¹⁴⁷⁹ Met name geharmoniseerde normen die kwaliteitsmanagementsystemen voorschrijven en de documentatie die daarin wordt gewisseld (nr. 25) kunnen belangrijke informatie geven over het aannemen van organisatiewetenschap en als niet-bindend, doch gezaghebbend referentiekader mijns inziens de verkeersopvattingen nader concretiseren.¹⁴⁸⁰

Bewuste roekeloosheid omvat blijkens *BT/Scaramea* ook mogelijkhedenbewustzijn,¹⁴⁸¹ waardoor de objectieve wetenschap dat schending van een productnorm kan leiden tot schade en het bewust aanvaarden van die kans een beroep op een exoneration onaanvaardbaar kan maken. De rechtbank Rotterdam achtte een beroep op een exonerationbeding in een distributiecontract onaanvaardbaar wegens bewuste roekeloosheid in een geval waarin vaststond dat een product door de Zwitserse toezichthouder zowel in Zwitserland als in de EVA en de EU was verboden. De formule van het product zou vervolgens zijn aangepast, maar de Zwitserse voorschakel had de distributeur in Griekenland niet op de hoogte gesteld van de recall, waarna de handel van het product werd gecontinueerd. Het product moest uiteindelijk ook in Griekenland van de markt worden gehaald, mede naar aanleiding van twee incidenten waarbij kinderen na vermeend gebruik van het product in het ziekenhuis waren beland. Niet alleen de productaansprakelijkheidsvordering op de distributeur, tevens zijnde importeur in de EER, maar ook de

¹⁴⁷⁸ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, *JOR* 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh, *JOL* 2005, 127 (*Fabels/Meenderink*), r.o. 3.7.4: *‘In aanmerking genomen dat het hof heeft geoordeeld dat Fabels behoorde te weten dat de verbouwingen aan de bedoelde voorschriften dienden te voldoen, doch niet heeft vastgesteld dat Fabels daadwerkelijk wist dat de verbouwingen met die voorschriften in strijd waren, heeft het hof met zijn oordeel dat het beroep van Fabels op het exonerationbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetzij blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd. Het hof heeft blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, indien het heeft geoordeeld dat Fabels enkel omdat hij behoorde te weten dat de verbouwingen van de woning aan de bedoelde voorschriften dienden te voldoen, een zodanig ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij niet heeft gemeld dat de verbouwingen in strijd met de voorschriften zijn geschied, dat zijn beroep op het exonerationbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Indien het hof heeft geoordeeld dat in het licht van andere omstandigheden van het geval Fabels een ernstig verwijt kan worden gemaakt, heeft het hof zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd door niet te vermelden welke omstandigheden het daarbij op het oog had en welk gewicht het aan de omstandigheden heeft toegekend.’* Zie ook Tjittes 2018, p. 548.

¹⁴⁷⁹ Overeenkomstig het Babbel-criterium, Tjittes 2018, p. 549 en p. 165. Zie ook Katan 2018, p. 264 e.v. en voor nuances p. 287.

¹⁴⁸⁰ Vgl. Katan 2018, p. 265 onder verwijzing naar de ISO 9001 maar wel onder de vermelding; *‘bedrijven schermen er niet voor niets mee dat ze gecertificeerd zijn volgens de norm ISO 9001’*. Mijns inziens mogen deze normen, die de basis vormen voor geharmoniseerde normen, ook los van zulke mededelingen worden gebruikt als *benchmark* indien een productveiligheidsmodule ze gebruikt (indirecte werking, nr. 142).

¹⁴⁸¹ Vgl. HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984, *NJ* 2008/480 (*BT/Scaramea*), r.o. 3.5. Zie ook Tjittes 2018, p. 549.

recallkosten konden in dat geval op de Zwitserse voorschakel worden verhaald.¹⁴⁸²

Is het naleven van productnormen een kernprestatie in de zin van een garantie dan wordt over het algemeen aangenomen dan het volledig uitsluiten van aansprakelijkheid voor de niet-nakoming ervan snel onaanvaardbaar zal zijn op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁸³ Voor consumentenovereenkomsten geldt dat exonerationbedingen worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn ex art. 6:237 aanhef en onder f BW.¹⁴⁸⁴ Deze regeling geldt in beginsel niet voor B2B-verhoudingen waarbij ondernemingen zijn betrokken als bedoeld in art. 6:235 lid 1 onder a en b BW.¹⁴⁸⁵

Het hangt van de omstandigheden van het geval af of in een B2C en/of B2B-verhouding bijvoorbeeld een distributeur in concreto een beroep op een exoneration toekomt. Diens verbintenis onder een overeenkomst wordt via uitleg en aanvulling via de redelijkheid en billijkheid gekleurd door zijn algemene zorgplicht. In de regel mag van de distributeur minder kennis van het product in relatie tot productnormen worden verwacht (nr. 67 en 238). Diens zorgplicht kleurt mede de mate van verwijtbaarheid, alsmede eventuele onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Voor gespecialiseerde distributeur-verkopers zullen bijzondere, strengere zorgplichten gelden. Voor distributeurs in dienstverlenende takken en andere hoedanigheden zal de zorgplicht lichter zijn. Daardoor zal een beroep op onaanvaardbaarheid van eventuele exonerationen bij schending van productnormen nog minder snel worden aangenomen.

Uiteraard hangt een beoordeling van de onaanvaardbaarheid mede van het doel en de strekking van de verwijzing af en van de overige omstandigheden van het geval. Belangrijke aanwijzingen voor onaanvaardbaarheid kunnen mogelijk zijn gelegen in de slechte toegankelijkheid van normen in relatie tot sommige partijen, het onjuist of achterhaald zijn van concrete normen of de onzorgvuldige totstandkoming ervan (vgl. hoofdstuk 4). Nederlandse rechtspraak hierover ontbreekt echter. Overigens zijn ook spiegelbeeldige gevallen denkbaar, zijnde gevallen waarin een beroep op een garantie tot het naleven van productnormen onaanvaardbaar is (vgl. nr. 166).

¹⁴⁸² Rb. Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6080, *JGR* 2014/39, r.o. 4.14. Auteur is bij deze procedure betrokken geweest.

¹⁴⁸³ Vgl. *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018/13 over bewaarneming onder verwijzing naar o.m. een overweging van het Hof Arnhem 25 juli 2000 als aangehaald in HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, *NJ* 2003, 112 (*Bramer/Hofmanbeheer & Colpro*), r.o. 4.15. Tjittes 2018, p. 552 onder verwijzing naar *Gerards/Vijverberg en Maassluis* (in die zin eerder ook Brunner en Van Rossum). Zie *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/98 over opdracht, die meent dat bepaalde essentiële aspecten van de overeenkomst van opdracht niet expliciet en doelbewust mogen worden weggecontracteerd. Anders: De Graaf 2012, p. 38.

¹⁴⁸⁴ Zie ook Verbruggen 2019b, p. 50-51 over beheerders van indoor speelhallen. Op grond van het niet-geharmoniseerde Besluit Attractie en Speeltoestellen gelden voor distributeurs eigen bijzondere verplichtingen die de zorgplicht kleuren.

¹⁴⁸⁵ Behoudens eventuele reflexwerking, hetgeen hier niet zal worden uitgewerkt. Het beperken van aansprakelijkheid in een B2B-verhouding door middel van een beding dat aansluit bij de verzekerde som resp. de verzekeraarbaarheid is veelal wel toegestaan, vgl. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1280, *JIN* 2016/156 (*X/Veka*).

172 Grenzen aan de partijautonomie: nietigheid

In de hoofdstukken 2 en 3 en onder nr. 139 is reeds aan de orde gekomen dat de verplichtingen voor marktdeelnemers niet per definitie de strekking hebben om contractuele rechtsgevolgen in het leven te roepen of contracten aan te vullen.¹⁴⁸⁶ Dat deze verplichtingen uit eigen hoofde zouden leiden tot nietigheid van rechtshandelingen, zou nog een stap verder zijn en ligt niet voor de hand (vgl. nr. 92 waar ik reeds heb betoogd dat vooralsnog geen aanleiding bestaat de Europese rechtspraak over ambtshalve toepassing naar analogie toe te passen bij schending van productnormen).

Desalniettemin kan receptie via het nationale privaatrecht maken dat aan productnormen toch betekenis toekomt (*bottom up*) en in nietigheid zou kunnen resulteren, met name via het nationale openbare orde begrip (art. 3:40 lid 1 BW).

Schendingen van productveiligheidsrecht brengen naar Duits recht in beginsel geen nietigheid van de overeenkomst met zich ex § 134 BGB nu bepalingen zoals in het *Produktsicherheitsgesetz* (*ProdSG*) geen *Verbotsgesetz* zijn in de zin dat ze de inhoud en strekking hebben om overeenkomsten aan te tasten. Dit is slechts anders indien partijen zich bijvoorbeeld van de inbreuk bewust zijn geweest.¹⁴⁸⁷ Naar Engels recht zijn contractuele bepalingen die strijdig zijn met productveiligheidsregelgeving niet nietig (*void*) of van rechtswege niet-afdwingbaar (*unenforceable*) (s. 41(3) CPA), doch de wettelijke aansprakelijkheid voor schending van productveiligheidsrecht (zie nader nr. 194) kan niet contractueel worden uitgesloten of beperkt (s.41(4) CPA).¹⁴⁸⁸

Naar Nederlands recht dient de betekenis van productnormen binnen het kader van art. 3:40 lid 1 BW te worden beoordeeld. Om dit toch al complexe kader te concretiseren gebruik ik een voorbeeld: een Chinese producent spreekt in een distributieovereenkomst met een Nederlandse handelaar af dat deze laatste exclusief gerechtigd wordt om producten in Europa te verkopen en dat de handelaar jaarlijks minimaal 50.000 stuks van het product zal afnemen. Het is de handelaar niet toegestaan het product anders dan via zijn eigen Europese winkels aan te bieden. Het contract vermeldt tevens dat niet

¹⁴⁸⁶ Vgl. de opvatting in Duitsland dat contractuele afwijkingen van productveiligheidsrecht geen nietigheid ex § 134 BGB met zich brengen, *Klindt/ProdSG* (2015), § 4, Rn. 58.

¹⁴⁸⁷ *Klindt/ProdSG* (2015), § 4, Rn. 58 onder verwijzing naar BGH NJW 1981, 2640 over de voorloper van het *ProdSG* waarin dit overigens open werd gelaten. Vgl. recent ook Armbrüster 2018, p. 3481 e.v. over het Volkswagen-schandaal en het '*Verbotsgesetzcharakter*' van art. 21 Verordening (EG) nr. 443/2009 (Verordening Emissienormen personenauto's) dat volgens hem zou ontbreken, waarin hij ook ingaat op tal van uitspraken over technische veiligheidsvoorschriften in relatie tot nietigheid. Hij concludeert daarover: '*Die Judikatur lässt sich mithin dahingehend zusammenfassen, dass Verstöße gegen technische Sicherheitsvorschriften grundsätzlich jedenfalls dann nicht als Verbotsgesetz einzuordnen sind, wenn sich die Sicherheitsvorschrift nur an eine Vertragsseite richtet und der Verstoß dem Käufer nicht bekannt war. Die Literatur hat sich dieser Sichtweise angeschlossen.*⁶² Sie erscheint zutreffend,⁶³ da in solchen Fällen der Käufer schutzwürdig ist und zudem für den Verstoß regelmäßig anderweitige Sanktionen vorgesehen sind.' Vgl. mijn opmerkingen over art. 3:40 lid 1 BW, waarbij de aanwezigheid van andere (privaatrechtelijke) sancties en het ontbreken van bewustzijn van de schending pleiten tegen strijd met de openbare orde.

¹⁴⁸⁸ Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-90. '*Supply of dangerous goods in the course of a business*' in het algemeen (lees: het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV) is ex regs. 5 en 8 GPSR weliswaar strafbaar doch vormt geen grond voor '*an action for breach of a statutory duty*', zie Clerk & Lindsell (2014), 11-90.

kan worden gegarandeerd dat de producten zullen voldoen aan de Europese eisen. Daarnaast behoudt de producent zich, uit hoofde van zijn marketingstrategie, het recht voor exclusief de reclame te verzorgen op het Europese vasteland. Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat een producent buiten de EU toch een product in Europa *in de handel kan brengen* en daarmee onderworpen kan zijn aan het productveiligheidsrecht. *In de handel brengen* is een EU-autonoom begrip en niet civielrechtelijk gekleurd. Het secundaire EU-recht lijkt het verrichten van de rechtshandeling niet te verbieden, bijvoorbeeld de *verkoop* van inbreukmakende producten aan marktdeelnemers in de EU (slechts het aanbieden is verboden nr. 34 en 45).¹⁴⁸⁹ Wordt een inbreukmakend product feitelijk in de handel gebracht als gevolg van een contract tussen een producent buiten de EU en een EU-importeur zoals in het voorbeeld, dan is het *verrichten* van de rechtshandeling, namelijk het sluiten van die overeenkomst, op zichzelf niet verboden en derhalve niet nietig ex art. 3:40 lid 2 BW. Het contract zou onder omstandigheden wel een verboden *inhoud* of *strekking* kunnen hebben, indien het verplicht tot een bij wet verboden prestatie,¹⁴⁹⁰ en nietig kunnen zijn op grond van art. 3:40 lid 1 BW wegens strijd met de openbare orde. De Hoge Raad omschrijft 'strijd met de openbare orde' als 'strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard'.¹⁴⁹¹

Zoals ik eerder met Ten Oever heb betoogd, pleit ik bij art. 3:40 lid 1 BW voor een beoordeling in twee fasen, namelijk door eerst te bezien in hoeverre er sprake is van strijd met de wet en vervolgens in hoeverre er strijd is met de openbare orde.¹⁴⁹² Sinds *Esmilo/Mediq* is immers duidelijk dat niet iedere overeenkomst met een bij wet verboden inhoud of strekking direct in strijd is met de openbare orde (of goede zeden).¹⁴⁹³ Het contract heeft een verboden *inhoud* indien bijvoorbeeld de Chinese producent zich contractueel zou verplichten tot het in de handel brengen van inbreukmakende producten in de EU. Indien de definitie van *in de handel brengen* uit art. 6 van de nieuwe Markttoezichtverordening en andere richtsnoeren wordt gevolgd, zou hier sprake van kunnen zijn indien de producent contractueel daadwerkelijk verplicht is reclame te maken in de EU voor inbreukmakende producten (nr. 34).¹⁴⁹⁴ Is het in de handel brengen in de EU en het maken van inbreuk geen onderdeel van de verbintenis, maar wel het feitelijke gevolg van de

¹⁴⁸⁹ Vgl. art. R1 lid 1 jo. 2 Modelbesluit. Het productveiligheidsrecht is uitdrukkelijk anders dan bijvoorbeeld handelsverboden die worden vastgesteld met het oog op economische sancties en die in dat kader o.a. verkoop verbieden. Zie voor verdere voorbeelden Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 4, i.h.b. de rechtspraak genoemd in noot 64.

¹⁴⁹⁰ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4.

¹⁴⁹¹ HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. Hijma (*Boetebeding WAV, Wijnenbouw/Muller*), r.o. 3.5.1 en 3.5.9.

¹⁴⁹² Ten Oever & Veldt 2016b, p. 333 e.v. en Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 3.5. Wij hebben – in navolging van eerdere auteurs als Hijma – gepleit voor een tweefasentoets.

¹⁴⁹³ Sinds *Esmilo/Mediq* is duidelijk dat niet iedere overeenkomst met een verboden inhoud of strekking direct in strijd is met de openbare orde (of goede zeden), HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*).

¹⁴⁹⁴ Vb. art. 3 lid 1 jo. lid 2 Richtlijn 2001/95/EG (Algemene productveiligheid, RAPV nieuw).

overeenkomst, dan zou sprake kunnen zijn van een verboden *strekking*. Dat lijkt in voornoemd voorbeeld het geval indien ter uitvoering van de verbintenis inbreukmakende producten worden geleverd, want de distributeur mag het inbreukmakende product in dat geval niet in een ander land met lagere eisen verkopen en zal het product dus op de Europese markt brengen dan wel moeten vernietigen.

Van een verboden strekking kan overigens ook sprake zijn indien het doel en de strekking van een wettelijke regeling met een contractueel beding onaanvaardbaar worden doorkruist (zie *Wijnenbouw/Muller*, WAV-arrest).¹⁴⁹⁵ Hijma onderscheidt deze situatie van strijd met de strekking van de wet van de situatie waarin de *tekst van de wet* met het beding wordt geschonden.¹⁴⁹⁶ Het is naar verwachting met name dit gevaltype dat in de praktijk voor overeenkomsten in de handelsketen in relatie tot Europese productnormen van belang zal zijn.

Zoals ik eerder heb betoogd in het licht van het WAV-arrest vindt in de eerste fase in het beoordelingsproces, daar waar in potentie EU-recht in het gedrang komt dat geen contractuele rechtsgevolgen dicteert, een onderzoek naar het doel en de strekking van de EU-rechtelijke verplichting plaats. In het productveiligheidsrecht vraagt dit onderzoek al snel een samenspel tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie, aangezien doel en strekking van de EU-norm – onder meer welke fundamentele EU-beginselen en algemene belangen met de norm worden beschermd – een vraag van EU-recht is, doch de sanctionering van die norm – die in de casus van het WAV-arrest een belangrijk gezichtspunt vormt in die fase – aan de lidstaten wordt gelaten (nr. 72).¹⁴⁹⁷ Voor productveiligheidsrecht is van belang dat het, naast marktordening en soms eerlijke mededinging, de veiligheid van personen en zaken tot doel heeft (§ 3.4). De verplichtingen strekken daardoor tot bescherming van belangen van meer fundamentele aard dan bepalingen over werkvergunningen.¹⁴⁹⁸ Hoe groter het risico, de kans op schade en de aard en ernst van de gevolgen ter voorkoming waarvan de plicht strekt, hoe fundamenteler deze mijns inziens zal zijn. Bij de uitleg van de strekking van EU-recht legt de doeltreffendheid extra gewicht in de schaal (hoofdstuk 3). Voor wat betreft de sancties dient te worden gewezen op onder meer de Nederlandse omzetafhankelijke boete (nr. 75), een teken dat het de nationale wetgever ernst is. Dat deze primair bestuursrechtelijk is en de strafrechtelijke sanctionering daarop achterblijft, wijst wellicht op een geringere normatieve

¹⁴⁹⁵ In mijn eerdere publicaties met Ten Oever over het arrest HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. Hijma (*Boetebeding WAV, Wijnenbouw/Muller*), m.n. Ten Oever & Veldt 2016b, p. hebben wij het WAV-arrest ten opzichte van *Esmilo/Mediq* getracht te positioneren en diverse opties de revue laten passeren. Een daarvan was dat in *WAV* de HR wellicht niet aan de stap van strijd met de wet naar strijd met de openbare orde toekwam, p. 336 onder verwijzing naar r.o. 3.4.

¹⁴⁹⁶ Zie Hijma's noot bij *WAV* onder nr. 7.

¹⁴⁹⁷ Vgl. Ten Oever & Veldt 2016b, p. 335 en 338-341.

¹⁴⁹⁸ Vgl. ook art. 6 Handvest (dat aansluit bij art. 5 EVRM) zijnde het recht op vrijheid en veiligheid en in art. 17 Handvest (dat aansluit bij art. 1 van het eerste protocol EVRM), zijnde het recht op eigendom.

lading, doch daaruit kan ook een grotere wens tot afschrikking worden afgeleid.¹⁴⁹⁹

De uitleg van het contractuele beding in de eerste fase en het oordeel over strijd met de openbare orde en het al dan niet toekennen van de remedie nietigheid in de tweede fase¹⁵⁰⁰ is in beginsel aan de lidstaat (nr. 93). Zeker nu nietigheid een zware remedie is, die tornt aan de privaatrechtelijke beginselen van partijautonomie en contractsvrijheid, is relevant dat het doel van preventie wellicht ook via andere routes kan worden bereikt, zoals via publiekrechtelijke handhaving, uitleg, het niet-honoreren van een beroep op een beding wegens onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW (nr. 171) en buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁵⁰¹ De grens van *Rewe/Comet* komt bij afwijzing van nietigheid daardoor niet snel in beeld (nr. 79). In voornoemde door mij uiteengezette weging herkent men de *Van Schijndel*-toets (zie ook nr. 93). Zo zal een beroep door een producent op een beding dat het product niet voldoet aan de Europese eisen al snel onaanvaardbaar zijn indien de producent daadwerkelijk reclame maakt in Europa voor een inbreukmakend product, waardoor hij het product hier in de handel brengt en de schending van het productveiligheidsrecht door hem reeds is gegeven.

Het WAV-arrest is voor het productveiligheidsrecht nog in het bijzonder van belang omdat sprake is van ketenverantwoordelijkheid gezien het verplichtingenkader als genoemd in hoofdstuk 2. Hierdoor zijn situaties denkbaar waarin meerdere marktdeelnemers voor het op de markt brengen of laten van een product kunnen worden beboet (vgl. de WAV). Vanwege de introductie van de omzetafhankelijke boete (nr. 75) zal het belang bij risicoallocatie in de keten via boetebedingen alleen maar groter zijn. Uiteindelijk komt het ook dan neer op een weging van de exacte bewoordingen van het contractuele beding en diens strekking in relatie tot het doel en de strekking van de concrete productveiligheidsverplichting en daarop gestelde sancties.¹⁵⁰² Het is aan de nationale wetgever of rechter die uiteindelijke weging te maken, waarbij hij mede acht dient te slaan op de eisen van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid. Hij heeft evenwel veel beoordelingsruimte.

De openbare orde omvat meer dan alleen het geschreven recht. Nietigheid zou – los van een bij wet verboden prestatie – nog kunnen volgen als de strekking van de rechtshandeling is dat de ene partij de andere partij moet vrijwaren voor de gevolgen van het opzettelijk of bewust roekeloos niet naleven van wettelijke plichten. Denk ook aan het geval waarin partijen met hun overeenkomst doelbewust het incasseren van boetes willen frustreren. In deze gevallen staat niet zozeer de schending van de publiekrechtelijke norm of

¹⁴⁹⁹ Vgl. r.o. 3.5.2 WAV en de samenvatting van de argumenten onder 8 van Hijma's noot daarbij.

¹⁵⁰⁰ Den Hollander onderscheidt in wat ik noem de tweede fase nog een stap (strijd met de openbare orde) en een sprong (nietigheid).

¹⁵⁰¹ Vgl. eerder Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 4 (slot). Zie ook Concl. A-G Wissink bij *Esmilo/Mediq* onder 3.18.

¹⁵⁰² Vgl. ook Hijma in zijn noot bij WAV onder 14.

onderminning van de publiekrechtelijke handhaving centraal, maar het gedrag van de actor dat in strijd is met meer omvattende ongeschreven normen van openbare orde of goede zeden.¹⁵⁰³

De betekenis van productnormen voor de openbare orde lijkt al met al telkens indirect te zijn in de zin dat de schending van productveiligheidsrecht kan bijdragen aan het oordeel of de openbare orde is geschonden, doch deze vult de openbare orde niet een-op-een in.

Ambtshalve toepassing van productnormen of daarmee samenhangende verplichtingen buiten de grenzen van de rechtsstrijd ex art. 25 Rv lijkt evenmin snel in beeld te komen. Het doeltreffendheidsbeginsel promoveert het productveiligheidsrecht mijns inziens niet tot recht van openbare orde. De rechter mag nationale beginselen, zoals de procedurele partijautonomie die aan art. 24 Rv en de lijdelijkheid ten grondslag ligt, alsmede de rechtszekerheid, wegen tegen Europese beginselen als effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid (vgl. de *Van Schijndel*-toets, hoofdstuk, 3 nrs. 79 en 93). Ambtshalve toepassing lijkt voor de rechtsbescherming binnen de hier centraal staande instrumenten voor consumenten c.q. productgebruikers en concurrenten veelal niet essentieel te zijn.¹⁵⁰⁴

6.6 CONCLUSIE

173 Samenvattend

Europese productnormen – bestaande uit enerzijds producteisen en anderzijds geharmoniseerde normen – kunnen op verschillende manieren betekenis krijgen voor contractuele normstelling. Europese productnormen zijn op een overeenkomst van toepassing indien partijen de toepasselijkheid ervan in het licht van de omstandigheden redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Toepasselijkheid kan volgen uit een expliciete verwijzing of de norm kan impliciet zijn overeengekomen op grond van de overige omstandigheden van het geval. In beide gevallen bestaat in beginsel directe contractuele binding van partijen aan deze normen (§§ 6.2.2 en 6.2.3). Europese productnormen kunnen worden gebruikt bij de invulling van ongeschreven gedragsnormen zoals de norm van ‘redelijk handelend en bekwaam beroepsbeoefenaar’ en goed vakmanschap (§ 6.2.2, nr. 142). De norm is dan behulpzaam ter beantwoording van de vraag waar partijen subjectief op hebben vertrouwd, dan wel waar partijen redelijkerwijs op hebben mogen vertrouwen. Toepasselijkheid van productnormen kan ook voortvloeien uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid of de gewoonte indien die kan

¹⁵⁰³ Zie ook HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. Hijma (*Boetebeding WAV, Wijnenbouw/Muller*), r.o. 3.7 en mijn eerdere opmerkingen over het bewustzijns criterium in relatie tot de goede zeden en de openbare orde in Ten Oever & Veldt 2016b, p. 331 en 336. Vgl. later ook Hijma in zijn noot bij WAV onder 13, met onder ‘a) benadelingsbedoeling’ verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/344 en Van Den Brink 2002, p. 98-102.

¹⁵⁰⁴ Vgl. Ancery 2018 over financieel toezichtrecht in het algemeen en ook Den Hollander 2018 over HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *JAR* 2018/66 m.nt. A.M. Helstone, *JOR* 2018/215 m.nt. E.L.H. van der Vos (*Rabobank/X*) over art. 1:125 lid 2 Wft dat overigens een niet-EU-bepaling betreft. Zie in algemene zin ook Concl. A-G Wissink in zijn conclusie voor het arrest *Esmilo/Mediq*, onder 3.18.

worden vastgesteld. Wettelijke aanvulling is mogelijk, doch ligt gezien de strekking van productnormen en de daarmee samenhangende verplichtingen niet standaard in de rede. Geharmoniseerde normen kunnen ook gelaagd worden toegepast indien een partij bij de overeenkomst erop mocht vertrouwen dat voor haar wederpartij de verplichtingen onder het productveiligheidsrecht golden. Europese productnormen kunnen (net als andere wettelijke normen en normalisatienormen) voorts betekenis krijgen door wat ik indirecte toepassing noem. Zo kan men bij gebreke van directe toepasselijkheid van de norm via uitleg de norm toch gebruiken als ijkpunt of referentiekader, omdat deze bijvoorbeeld iets zegt over een objectief vast te stellen veiligheidsniveau. De CE-markering en – indien deze wordt ingevoerd – de verplichte publicatie van de *DoC* kunnen mijns inziens de contractuele betekenis van productnormen, ook in overeenkomsten tussen opvolgende schakels, versterken.

De feitenrechtspraak laat zien dat normalisatienormen door de rechter, door partijen of soms zelfs door een deskundige uit eigen beweging worden gebruikt en zeer feitelijk worden benaderd. In een incidenteel geval valt de rechter over het gebrek aan binding (nr. 148), doch in het merendeel van de gevallen zijn zij ondanks het gebrek daaraan van grote invloed. Het partijdebat vormt een belangrijke factor. De productnorm dient inhoudelijk te worden beoordeeld en gewaardeerd door de rechter alvorens de exacte betekenis voor bijvoorbeeld de inhoud van de overeenkomst of de tekortkoming kan worden achterhaald. Met name indien het een normalisatienorm betreft, zal voor die beoordeling kennis nodig zijn die de rechter niet zelf in huis zal hebben, waardoor hij veelvuldig moet vertrouwen op een deskundige.

De eerdergenoemde privaatrechtelijke doorwerkingsmechanismen zijn uiteraard ook van toepassing bij koop, doch ‘normaal gebruik’ is een belangrijk geobjectiveerd gezichtspunt waarvoor productnormen van betekenis zijn. Via ‘normaal gebruik’ kunnen productnormen zelfs betekenis krijgen in rechtsverhoudingen waar de primaire normadressaat van productnormen – de fabrikant – geen deel van uitmaakt. Met name in het internationale handelsrecht (CISG) mag er niet zomaar op worden vertrouwd dat producten voldoen aan de eisen die gelden in het land van de koper. Normaal gebruik – dat in die context veelal zal zien op de verhandelbaarheid van het product – is dan lastiger vast te stellen. Uit de gezaghebbende buitenlandse rechtspraak onder de CISG volgt dat de eisen van het land van de verkoper in beginsel leidend zijn. De ratio hierachter is dat de verkoper niet zomaar bekend mag worden geacht met de eisen in het land van de koper. Het is aan de koper om bij gebreke van duidelijke contractuele aanwijzingen, de verkoper over deze eisen voor te lichten. Bijzondere omstandigheden maken echter al snel dat de koper toch op toepasselijkheid van zijn eigen (of andere) voorschriften mag vertrouwen, zoals het van toepassing zijn van de voorschriften in het land van de verkoper, het hebben van vestigingen in het land van bestemming, een bestendige handelsrelatie, eerdere exportervaringen naar het desbetreffende land of het adverteren aldaar voor zijn producten. Deze omstandigheden

kunnen mijns inziens ook bruikbaar zijn bij zuivere internationale koop – een koop tussen twee commerciële partijen uit verschillende landen, waarvan er één niet is gevestigd in de EU – van roerende zaken waarop het Nederlandse recht van toepassing is indien de CISG niet van toepassing is of door partijen uitdrukkelijk is uitgesloten (derhalve onder het Haviltex-criterium). Of een product door de verkoper in de EU ‘in de handel is gebracht’ (nr. 34) vormt mijns inziens ook in die gevallen een belangrijk gezichtspunt voor de contractuele toepasselijkheid van productveiligheidsrecht.

In de feitenrechtspraak over non-conformiteit bij koop van onroerende zaken valt op dat de rol van NEN-normen groot is. NEN-normen krijgen ook betekenis in rechtsverhoudingen waarbij geen bouwprofessionals – de primaire normadressaten van NEN-normen onder het Bouwbesluit – zijn betrokken. De normen worden mede gebruikt ten aanzien van aspecten van woningen die niet de veiligheid ervan betreffen (§ 6.3.3 onder nr. 162). Duidelijk is dat de rechter in grote mate leunt op het oordeel van de deskundige, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid, het doel en strekking van de norm als de toets eraan (§§ 6.2.3, 6.3.3 en 6.4 onder nr. 165).

De diverse wijzen waarop productnormen betekenis kunnen krijgen voor contractuele normstelling kunnen schematisch als volgt worden weergegeven (Annex 2).

Voor wat betreft de gevolgen van contractuele betekenis moet bij uitleg van productnormen in contractuele verhoudingen onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds hetgeen partijen met de verwijzing naar een productnorm hebben beoogd (§ 6.2.2 onder nr. 136) en anderzijds de inhoud, het doel en de strekking van de productnorm zelf (nr. 164). De betekenis van productnormen bij de tekortkoming werkt tot op zekere hoogte door in de toets aan het vereiste van toerekenbaarheid, aangezien bij een tekortkoming toerekenbaarheid ervan veelal is gegeven. Zoals in paragraaf 7.5 aan de orde komt, kan de schending van een productnorm ook doorwerken in de toets aan het causale verband, waardoor de privaatrechtelijke remedie van schadevergoeding open kan staan. Bij consumentenkoop maakt de kanalisatie- en regresregeling dat daar waar productnormen bij consumentenkoop betekenis krijgen, deze betekenis in theorie ook doorwerkt in de rechtsverhoudingen hoger op in de keten. Deze regelingen werken echter wel pas nadat de consument zijn recht heeft ingeroepen en de praktische impact van de regelingen is ongewis.

Contractuele afwijkingen van productnormen en het productveiligheidsrecht zijn echter niet altijd gesanctioneerd met onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW of nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW aangezien de partijautonomie in hoge mate wordt beschermd en Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen voor marktdeelnemers niet de strekking lijken te hebben overeenkomsten aan te tasten (§ 6.5).