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

7 Buitencontractuele normstelling

7.1 INLEIDING

174 Algemeen

In dit hoofdstuk zal worden bekeken op welke manieren Europese productnormen betekenis krijgen voor buitencontractuele normstelling. Dit buitencontractuele hoofdstuk is op vergelijkbare wijze opgebouwd als het contractuele hoofdstuk, met één belangrijk verschil: dit hoofdstuk begint met productaansprakelijkheid als kwalitatieve aansprakelijkheid (§ 7.2). Deze buitencontractuele grondslag wordt eerst behandeld, mede omdat wordt aangenomen dat van deze regeling enige reflexwerking uitgaat op de aansprakelijkheid voor producten ex art. 6:162 lid 1 BW. Bij de bespreking van productaansprakelijkheid wordt geen onderscheid gemaakt in een buitenlands en Nederlands theoretisch kader aangezien dit een volledig geharmoniseerd Europees kader is, dat is vastgelegd in de Richtlijn Productaansprakelijkheid. De richtlijn moet autonoom worden uitgelegd en het nationale recht richtlijnconform. Omdat de nationale en buitenlandse rechtspraak over Europese producteisen en geharmoniseerde normen (en over andere wettelijke en normalisatienormen) in relatie tot productaansprakelijkheid zeer beperkt is, zullen de uitspraken van lagere rechters over productnormen, andere wettelijke normen en andere normalisatienormen, geïntegreerd worden behandeld. Vervolgens komt de reguliere onrechtmatige daad aan de orde (§ 7.3). Daarna wordt aandacht besteed aan verschillende bijzondere onrechtmatigheidscategorieën, namelijk het Duitse *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), de Nederlandse implementaties van de regelingen over misleidende en vergelijkende reclame en oneerlijke handelspraktijken, en de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordening Medische hulpmiddelen (§ 7.4). Ten slotte wordt de betekenis van productnormen voor het vereiste van causaal verband besproken (§ 7.5). Nu het buitencontractuele deel aanzienlijk groter is dan het contractuele deel zal worden gewerkt met tussenconclusies per paragraaf.

7.2 PRODUCTAANSPRAKELIJKHEID

7.2.1 Introductie en algemene uitgangspunten

175 Introductie

In deze paragraaf zullen eerst de algemene uitgangspunten van de Richtlijn Productaansprakelijkheid (voor het bestek van deze paragraaf hierna ook ‘de richtlijn’) worden toegelicht.[1505] Deze zijn relevant voor het toepassingsbereik van de richtlijn en daarmee voor de resterende ruimte voor de nationale rechter om het nationale verbintenissenrecht naar believen vorm te geven. Ook wordt de achterliggende ratio van de richtlijn behandeld die mede

[1505] Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid).

relevant is voor teleologische interpretatie van het gebrekkigheidsvereiste en de invulling ervan in relatie tot productnormen (§ 7.2.1).

De richtlijn kent de producent een aantal bijzondere bevrijdende verweren toe (art. 6:185 lid 1 aanhef en sub a t/m f, art. 7 a t/m f Richtlijn), waarvan alleen het verweer over dwingende overheidsvoorschriften en het ontwikkelingsrisicoverweer als voor de hoofdvraag relevante verweren zullen worden besproken (§ 7.2.2). De producent draagt van deze verweren de bewijslast. Deze verweren worden eerst behandeld, nu dat overeenstemt met de procesrechtelijke praktijk om de meest verstrekkende verweren eerst te beoordelen. Bovendien liggen aan de huidige invulling van deze verweren mede beginselen en uitgangspunten ten grondslag die van belang kunnen zijn voor de invulling van de gebrekkigheid. Vervolgens wordt het gebrekkigheidsvereiste behandeld (§ 7.2.3). Over het materiële vereiste van causaal verband wordt een korte opmerking gemaakt, doch voor de verdere betekenis van productnormen voor de toets aan dat vereiste wordt verwezen naar paragraaf 7.5.

176 Kernvereisten, harmonisatieniveau en toepassingsbereik

Gelijktijdig met de ontwikkeling van het eerste productveiligheidsrecht in de jaren 70 (nr. 2) werd op EU-niveau aan de Richtlijn Productaansprakelijkheid gewerkt. De aanname dat verschillen in aansprakelijkheidsregimes in verschillende lidstaten de mededinging kunnen vervalsen, het vrij verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt kunnen aantasten en tot verschillen kunnen leiden in het niveau van de bescherming van de consument, vormde de aanleiding om een deel van het productaansprakelijkheidsrecht ex art. 100 EEG-Verdrag, thans art. 115 VWEU, op Europees niveau te harmoniseren.[1506] Het eerste voorontwerp van de richtlijn dateert uit 1974 en het eerste voorstel uit 1976.[1507] De definitieve versie dateert uit 1985 en vormde een van de eerste Europese instrumenten van consumentenrecht. De Nederlandse implementatie van de richtlijn in het oud BW (art. 1407 a-j oud BW) is op 1 november 1990 in werking getreden en de regeling heeft in het nieuw BW plaats gekregen in art. 6:185 lid 1 e.v. BW.[1508]

Het hart van de richtlijn vormt artikel 1 (art. 6:185 lid 1 BW): 'de producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product.'[1509] De richtlijn harmoniseert het privaatrecht van de lidstaten en schept na implementatie – anders dan het meeste productveiligheidsrecht

[1506] Considerans onder 1. Zie voor een overzicht Dommering-Van Rongen 1991, p. 19 e.v. Zie in het bijzonder over Taschner's rol bij de totstandkoming, Howells 2014b, p. 691. Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 26/27 die de impact van de verschillen in productaansprakelijkheidsregimes op de interne markt en het vrije verkeer van goederen in twijfel trekken. Zie eerder ook Meltzer e.a. 2003, p. 27 t/m 30 op basis van onderzoek onder marktdeelnemers over de effecten van de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Zie voor kritiek vanuit rechtseconomisch perspectief Faure 2004, p. 4 e.v.

[1507] Dommering-van Rongen 1991, p. 19; Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken (Door de Commissie bij de Raad ingediend op 9 september 1976) (*PbEG* 1976, C-41/9).

[1508] *Stb.* 1990. 487; Dommering-van Rongen 1991, p. 69.

[1509] Art. 2 Richtlijn, art. 6:187 lid 1 BW.

(hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3)[1510] – een Europese privaatrechtelijke remedie voor de gelaedeerde.[1511] De richtlijn heeft een zeer beperkt materieel toepassings- en dus ook harmonisatiebereik, met name doordat slechts beperkte vormen van schade voor vergoeding in aanmerking komen. De richtlijn is namelijk beperkt tot a. schade door dood of lichamelijk letsel of b. schade door het product toegebracht aan een andere zaak die gewoonlijk voor gebruik of verbruik in de privésfeer is bestemd en door de benadeelde ook hoofdzakelijk in de privésfeer is gebruikt of verbruikt met een franchise van € 500,- (art. 9 Richtlijn, art. 6:190 lid 1 BW). [1512]

De vereisten voor aansprakelijkheid uit de richtlijn bepalen de grens tussen nationaal recht en EU-recht en dus de manoeuvreerruimte van de nationale wetgever en rechter (zie hierna over reflexwerking nr. 233). Het Hof van Justitie EU bevestigde in een aantal zaken dat de richtlijn 'voor wat betreft de onderwerpen die zij regelt' gebruikmaakt van volledige (lees: maximum-) harmonisatie, waardoor de richtlijn op die punten het plafond en de vloer van het beschermingsniveau geeft.[1513] Het aannemen van maximumharmonisatie is het Hof van Justitie op kritiek komen te staan aangezien het soms aan verdergaande slachtofferbescherming in de weg kan staan.[1514] Tegelijkertijd is volgens het Hof van Justitie EU de harmonisatie blijkens overweging 18 van de richtlijn niet uitputtend.[1515] De richtlijn laat andere grondslagen voor schadevergoeding onverlet (art. 6:193 BW, art. 13 Richtlijn), waardoor deze de

[1510] M.u.v. de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordening Medische hulpmiddelen (nr. 58).
[1511] Mak ziet hierin een duidelijk verschil met ander Europees consumentenrecht zoals de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken die – net als het productveiligheidsecht (nr. 72) – slechts een doel of resultaat stelt, doch de middelen, remedies of sancties aan de lidstaten laat, Mak 2012, p. 231.
[1512] De vaststelling van de inhoud van beide schadebegrippen is aan het nationale recht gelaten, doch voor beide categorieën dient ten minste een billijke en volledige vergoeding te worden gewaarborgd. Er is een franchise opgenomen van € 500,-. Deze is dwingend: HvJ EG (Vijfde Kamer) 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (*Commissie/Griekenland*), overweging 30. Over de betekenis van deze franchise (een drempel dan wel een 'deductable') bestaat discussie, Wuyts 2014, p. 23. Nederland en het VK beschouwen het als een drempel. Art. 9 bepaalt ten slotte dat het de nationale bepalingen inzake onstoffelijke schade onverlet laat, waardoor dit type schade door het nationale recht van de lidstaten wordt geregeld, HvJ EG (Vijfde kamer) 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veedfald/Arhus Amtskommune*), overweging 27, 28 en 32. Voor de hand ligt dat met onstoffelijke schade in ieder geval immateriële schade wordt bedoeld. Over de vraag of psychisch letsel zonder lichamelijk letsel (dat materiele schade kan betreffen) onder de richtlijn voor vergoeding in aanmerking komt bestaat onduidelijkheid. Van Doorn & Pape 2011, p. 381 menen van wel. Zie anders en mijns inziens ten onrechte, Hof 's-Hertogenbosch 1 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ7299, *VR* 2010, 80, *JA* 2010/7, met noot Van der Zalm.
[1513] Deze richtlijn bevat geen expliciete bepaling of overweging waaruit blijkt dat maximumharmonisatie was beoogd. Dit werd evenwel door het Hof aangenomen in HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*), HvJ EG (Vijfde Kamer) 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (*Commissie/Griekenland*), overweging 20, HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*), overweging 28-33, en later herhaald in HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*). Zie voor een uitgebreide bespreking van die arresten Keirse 2014, p. 40-50, en p. 58.
[1514] Zie o.a. Weatherill 2012, p. 197 en 198; Zie kritisch over ander maximumharmoniserend consumentenrecht o.a. Loos 2009 alsmede Mak 2012, p. 224 e.v. Maximumharmonisatie is in die zin een vorm van *federal preemption* zoals ook opgemerkt door Micklitz 2009, p. 32 en 49.
[1515] HvJ EG 4 juni 2009, C-285/08, ECLI:EU:C:2009:351 (*Moteurs Leroy Somer/Dalkia France en Ace Europe*), overweging 25; HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, *NJ* 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutrueux*), overweging 21 onder verwijzing naar voornoemd arrest.

toepassing van andere stelsels van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid niet uitsluit.[1516] De lidstaten hebben daarnaast binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn enige (procedurele) autonomie nu niet alle vereisten in de richtlijn zijn gedefinieerd.[1517] Door de tegenstrijdige boodschap van enerzijds maximumharmonisatie en anderzijds het onverlet laten van andere grondslagen is bij productaansprakelijkheid niet altijd even helder wat lidstaten nu wel en niet mogen in het licht van de doeltreffendheid. Binnen het harmonisatiebereik van de richtlijn hebben lidstaten de positieve verplichting het resultaat van de richtlijn (ex art. 288 lid 3 VWEU) en het nuttig effect ervan te waarborgen. Daar waar de richtlijn terugvalt op nationale (procedure)regels mogen deze niet afdoen aan het nuttig effect van de richtlijn (o.a. *Veedfald)*[1518] of de effectuering van de richtlijn niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Zie voor productaansprakelijkheid de zaak *Sanofi*, en eerder in het algemeen de zaak *Rewe/Comet*, nr. 79).[1519]

De definitie van producent bakent het personele toepassingsbereik van de richtlijn af.[1520] De definities van de diverse actoren wijken af van die in het productveiligheidsrecht (vgl. hoofdstuk 2). Producent is niet alleen de fabrikant van het eindproduct, doch ook die van een grondstof of onderdeel ervan, alsmede diegene die zich als producent presenteert (ook wel de quasi-producent genoemd).[1521] Degene die het product in de EER invoert[1522] om het te verkopen, te verhuren of anderszins te verstekken in het kader van een commerciële activiteit (lees: de importeur, vgl. nr. 60) wordt volgens de richtlijn met de producent gelijk gesteld.[1523] Indien de producent en/of importeur onbekend is, wordt de leverancier[1524] eveneens met de producent

[1516] HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*), overweging 31 en HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 39.
[1517] HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 25 en 26 over bewijswaardering hetgeen onder de richtlijn niet is geharmoniseerd, onder verwijzing naar het negatief geformuleerde doeltreffendheidsbeginsel uit *Rewe/Comet* (zie hoofdstuk 3).
[1518] HvJ EG (Vijfde kamer) 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veedfald/Arhus Amtskommune*), overweging 27, waarna het Hof aangeeft dat schade in de zin van de richtlijn in ieder geval een redelijke en billijke vergoeding impliceert, ook al definieert de richtlijn schade verder niet. Zoals herhaald in HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, *NJ* 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutrueux*), overweging 30.
[1519] HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 26/28.
[1520] Art. 3 Richtlijn; art. 6:187 lid 2 t/m 3 BW.
[1521] *'… door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het produkt aan te brengen'*, zoals vermeld in art. 3 lid 1 richtlijn en art. 6:187 lid 2 BW. Dommering-van Rongen 1991, p. 125.
[1522] 'Invoert' lijkt tekstueel op een douanerechtelijk begrip, maar onduidelijk is waar het vandaan komt. Het is in ieder geval anders dan 'in de handel brengen' in de zin van het productveiligheidsrecht, vgl. nr. 34. Gezien de strekking van de richtlijn – het beschermen van personen tegen letselschade en zaakschade in privé – is voorstelbaar dat 'invoeren' ruimer moet worden begrepen dan 'in het vrije verkeer brengen' in de zin van het douanewetboek art. 201 van Regulation (EU) No 952/2013 (Union Customs Code), waardoor degene die het product fysiek de EER binnenbrengt onder bijzondere omstandigheden ook 'importeur' in voornoemde zou kunnen zijn. Echter, het lijkt niet de bedoeling van de Europese wetgever vervoerders of douaneagenten onder het importeursbegrip te willen scharen, Hodges 1993, p. 60 en 61.
[1523] Art. 3 lid 2 richtlijn, art. 6:187 lid 3 BW.
[1524] Het begrip leverancier is in de richtlijn niet nader gedefinieerd. Volgens de niet-gepubliceerde *Statements to be entered in the Council Minutes* als aangehaald door Dommering-Van Rongen: '*Supplier within the*

gelijkgesteld, tenzij hij voldoet aan zijn *wegwijsplicht*, dat wil zeggen: binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent of zijn voorschakel doorgeeft.[1525] Het personele toepassingsbereik van de richtlijn is daarmee niet beperkt tot de daadwerkelijke producent en omvat ook andere partijen in de verhandelingsketen.[1526]

De reden om de importeur in de EER gelijk te stellen met de producent is ten eerste om slachtoffers niet met IPR-problemen op te zadelen. Binnen de EU geldt via het geharmoniseerde IPR een relatief goed werkend systeem van civiele bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen, terwijl met landen buiten de EU vaak executieverdragen ontbreken. Ten tweede zou dreigende aansprakelijkheid de importeur dwingen een extra controle uit te voeren op producten die hij de Europees Economische Ruimte binnenbrengt.[1527] Ten derde was de industrie hier een voorstander van om concurrentievervalsing met industrie uit derde landen tegen te gaan.[1528] Doordat het personele toepassingsbereik ook leveranciers omvat, staat het de lidstaten niet vrij om de richtlijnaansprakelijkheid uit te breiden tot leveranciers buiten de in de richtlijn genoemde gevallen (*Commissie/Frankrijk*).[1529] Een nationale regeling waaronder een leverancier die wel heeft voldaan aan zijn wegwijsplicht onder dezelfde voorwaarden als de producent voor schade in de zin van de richtlijn aansprakelijk is, is dus niet toegestaan (*Commissie/Frankrijk, 1e en 2e arrest*).[1530] Na het eerste arrest trachtte de Raad nog middels een resolutie zeker te stellen dat lidstaten via het nationale recht de vrijheid zouden behouden de richtlijnaansprakelijkheid uit te breiden tot leveranciers. Dit leidde uiteindelijk niet tot wijziging van de richtlijn[1531] of van de koers van het Hof van Justitie EU.[1532] Een parallelle nationale vordering jegens leveranciers op grond van onrechtmatige daad is volgens het Hof van Justitie EU niet in strijd met de richtlijn (arresten *Skov/Bilka en Commisie/Denemarken*).[1533] De aansprakelijkheid voor gebruik van een product in het kader van dienstverrichting valt geheel buiten het

---

meaning of Article 3 (3) means the person who operates in the chain of distribution.' Zie Dommering-van Rongen 2000, p. 92 onder verwijzing naar Taschner/Frietsch, Richtl. Art. 3 Rn. 27.

[1525] Art. 3 lid 3 richtlijn; art. 6:187 lid 4 BW.

[1526] Zie ook overweging 4 van de richtlijn.

[1527] Toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, Bulletin van de Europese Gemeenschappen, Supplement 11/76, 15, zoals ook aangehaald door Hodges 1993, p. 60 en Dommering-van Rongen 1991, p. 129.

[1528] Dommering-van Rongen 1991, p. 129 onder verwijzing naar Taschner 1986, p. art. 3 onder 20.

[1529] HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*), overweging 36-41.

[1530] HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk 2*), hetgeen een vervolg vormde op HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*).

[1531] Resolutie van de Raad van 19 december 2002 over de wijziging van de richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (2003/C 26/02).

[1532] HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 29 en 30; HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk 2*).

[1533] HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*); HvJ EG (eerste kamer) 5 juli 2007, C-327/05, ECLI:EU:C:2007:409 (*Commissie/Denemarken*). Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 34 en 35.

bereik van de richtlijn (*Centre Hospitalier/Dutrueux*).[1534] Het staat de lidstaten tot op zekere hoogte vrij een risicoaansprakelijkheid voor de dienstverrichter in te voeren, mits deze geen afbreuk doet aan de uit de richtlijn voortvloeiende aansprakelijkheid van de producent.[1535] Volgens het Hof van Justitie is een dergelijke aansprakelijkheid van de dienstverrichter – in casu betrof het een openbare gezondheidsinstelling – niet van dien aard dat deze de mededinging vervalst.[1536]

177 Doelen van de richtlijn, evaluatie en de verhouding tot het productveiligheidsrecht

Om te bepalen wat de betekenis is van Europese productnormen voor de invulling van de privaatrechtelijke norm onder de richtlijn moet worden gekeken naar de achterliggende doelen van de richtlijn productaansprakelijkheid. Deze verschillen op een belangrijk punt van die van productveiligheidsrecht: productaansprakelijkheid heeft immers geldelijke compensatie tot doel. Voor zover de doelen wel gelijk oplopen met die van het productveiligheidsrecht zijn zij qua uitwerking niet gelijk, omdat het onderwerp van harmonisatie verschilt. Mede in het licht van de gedeelde harmonisatiegrondslag beoogt de Richtlijn Productaansprakelijkheid een onvervalste mededinging tussen de marktdeelnemers te waarborgen en het vrij verkeer van goederen te vergemakkelijken (in het kader van de instelling en werking van de interne markt). [1537] Daarnaast heeft de richtlijn tot doel verschillen in het niveau van de consumentenbescherming te vermijden (*Centre hospitalier/Dutrueux* en *Commissie/Frankrijk 1*).[1538] De gebruikers- of consumentenbescherming in de vorm van compensatie is echter bewust begrensd. Eerder overwoog het Hof al dat begrenzing van de richtlijn 'het resultaat van een gecompliceerd afwegingsproces tussen verschillende belangen' is.[1539] De ruime aansprakelijkheid van de producent is, zoals het Hof van Justitie EU in eerdere rechtspraak aanhaalde, mede geïntroduceerd om vrijwaringsprocedures te vermijden.[1540] Deze kanalisatiegedachte is mede de

[1534] HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, *NJ* 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutrueux*).
[1535] Overweging 30 en 34 *Centre hospitalier/Dutrueux*.
[1536] Overweging 34 *Centre hospitalier/Dutrueux*.
[1537] Zie de eerder aangehaalde kritiek van Fairgrieve e.a. 2016, p. 26/27, die de impact van de verschillen in productaansprakelijkheidsregimes op de interne markt en het vrije verkeer van goederen in twijfel trekken. Zie ook Meltzer e.a. 2003, p. 27 t/m 30 op basis van onderzoek onder marktdeelnemers over de effecten van de Richtlijn Productaansprakelijkheid.
[1538] De eerste en negende overweging van de considerans van de richtlijn;
HvJ EU 21 december 2011, C-495/10, *NJ* 2012/125 (*Centre hospitalier/Dutrueux*), overweging 30; HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk 1*), overweging 17,
[1539] HvJ EG (Vijfde Kamer) 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (*Commissie/Griekenland*), overweging 29.
[1540] HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk 2*), r.o. 53: '*Verder heeft het Hof, zoals blijkt uit punt 40 van het arrest Commissie/Frankrijk van 25 april 2002, reeds overwogen dat de mogelijkheid die door de oude versie van artikel 1386-7 van de code civil aan de leverancier werd gelaten om de producent in vrijwaring op te roepen, een aanzienlijke toename van dit soort vorderingen tot gevolg had, wat de rechtstreekse vordering waarover de gelaedeerde onder de voorwaarden van artikel 3 van richtlijn 85/374 tegen de producent beschikt, juist beoogt te vermijden. Deze redenering geldt ook voor de mogelijkheid dat de*

reden dat de richtlijnaansprakelijkheid, behoudens de in artikel 3 genoemde uitzonderingen, niet tot andere partijen (zoals leveranciers, voornoemd) is uitgebreid. De reden dat de wetgever en vervolgens het Hof van Justitie EU de aansprakelijkheid onder de richtlijn niet heeft willen uitbreiden tot andere partijen in de keten is de aanname dat daarvoor

> 'een hoge prijs zou moeten worden betaald, omdat alle leveranciers zich tegen een dergelijke aansprakelijkheid zouden moeten verzekeren en hierdoor de producten aanzienlijk duurder zouden worden. Deze vereenvoudiging zou bovendien leiden tot een toename van het aantal beroepen, omdat de leverancier zich op zijn beurt tot zijn eigen leverancier zal wenden, tot aan de producent toe. (...)'[1541]

Desalniettemin plaatst het Hof van Justitie EU gebruikersbescherming in de recentste uitspraken (*Boston* en *Sanofi*) op de voorgrond.[1542] Bovendien verwijst het Hof van Justitie EU in die arresten naar de considerans onder 2 van de richtlijn, waaruit blijkt dat aansprakelijkheid buiten schuld volgens de EU-wetgever noodzakelijk is voor een rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico's.[1543] Hierin wordt door sommige auteurs een meer distributieve functie van productaansprakelijkheid als risicoaansprakelijkheid gelezen.[1544] In het licht van deze considerans rekt het Hof van Justitie belangrijke begrippen die het toepassingsbereik van de richtlijn begrenzen, zoals schade en gebrek, nader op (*Boston*) en staat het vergaande bewijsverlichting voor de gebruiker toe (*Sanofi*),[1545] wellicht in een

---

leverancier zijn eigen leverancier in vrijwaring oproept in de bij de nieuwe versie van artikel 1386-7 ingevoerde regeling.'

[1541] HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 29 en 30.

[1542] HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), overweging 47 zoals ook aangehaald in HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 32. Zoals ook opgemerkt door Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 883-884.

[1543] Considerans onder 2 van de richtlijn, zoals ook aangehaald in HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 32, onder verwijzing naar HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), overweging 42. Dit beginsel is als onvoldoende nauwkeurig bestempeld door Whittaker 2005, p. 438-439 en Howells & Grubb, The Law of Product Liability (2007), § 4.146, zoals ook aangehaald door Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 882.

[1544] Zie bijvoorbeeld Rajneri en Fairgrieve in Rajneri e.a. 2018. Vgl. in algemene zin over de functies van kwalitatieve aansprakelijkheid, waaronder distributieve rechtvaardigheid, Faure & Hartlief 2002, p. 19. Zie over rechtvaardigingen van het aansprakelijkheidsrecht en begrenzing daarvan in het licht van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid ook Loth 2016, p. 3 e.v. onder verwijzing naar diverse filosofische auteurs. Voor onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden bestaan overigens tot op zekere hoogte dezelfde rechtvaardigingen zoals slachtofferbescherming, de verzekerbaarheid, het profijt- en gevaarzettingsbeginsel, zie bijvoorbeeld Oldenhuis, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173 BW, aant. 1.4 onder verwijzing naar Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47) 2015/ 1-4; Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2015/ 31 en – ten aanzien van aansprakelijkheid voor personen - Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid personen (Mon. BW B46)* 2014/76 alsmede *GS Onrechtmatige daad, BW6 Afdeling 2*, aant. A.

[1545] Supra.

poging de rechtspositie van de gebruiker te versterken.[1546] Preventie wordt door de Commissie en A-G Bot mede als doel van productaansprakelijkheid genoemd.[1547] De Commissie noemt in haar evaluaties daarnaast de verzekerbaarheid van risico's als doel.[1548]

In 2016 startte de Commissie – in het kader van de *Digital Single Market Strategy* die ziet op nieuwe technologieën – de vijfde evaluatie van de Richtlijn, de meest grootschalige tot nu toe.[1549] In 2016 en 2017 hield zij een openbare consultatie. Bovendien gaf de Commissie Technopolis en Ernst & Young opdracht onderzoek te doen naar de impact van de richtlijn, waarvan de bevindingen op een conferentie in oktober 2017 werden gepresenteerd.[1550] De eindresultaten van de evaluatie werden in 2018 gepubliceerd.[1551] Voor dit onderzoek is van belang dat uit zowel de consultatie als het onderzoek en de conferentie volgde dat consumenten(organisaties) bij herhaling blijven wijzen op de bestaande drempels voor verhaal van schade, zoals de hoge drempels voor bewijs van gebrek en causaliteit,[1552] de hoge kosten voor deskundigenberichten en het ontbreken van een recht op informatie dat kan helpen bij het bewijs van gebrekkigheid.[1553] Deze drempels voor het bieden

---

[1546] Zie voor een gedeeltelijke relativering van deze verbeterde gebruikersbescherming in het *Boston*-arrest Veldt & van Boom 2015.

[1547] COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 10 waar de Commissie opmerkt dat productaansprakelijkheid producenten stimuleert om veilige producten op de markt te brengen en daarmee een aanvulling vormt op de richtlijn algemene productveiligheid. Zie ook Concl. A-G Bot, onder 38 bij HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), onder verwijzing naar Borghetti 2004, p. 613, nr. 645.

[1548] Zie COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, i.h.b. p. 23. Zie in vergelijkbare zin overweging 20 van de Rome II-verordening (EG) nr. 864/2007 over de doelen van productaansprakelijkheid in relatie tot het toepasselijke recht.

[1549] Evaluation of the directive 85/374/EEC on the liability for defective products consultation strategy. Ares(2016) 5572770. 27 september 2016.

[1550] Minutes Product Liability Conference Brussels, Friday 20 October 2017 CCAB, ROOM AB-2A, grow.ddg1.b.1/VS/sv(2017) 6611689 30 November 2017.

[1551] COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018. SWD(2018) 157 final - Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report. Een aardige samenvatting is te vinden op de website https://iclg.com/practice-areas/product-liability-laws-and-regulations/1-recent-developments-in-european-product-liability.

[1552] SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report, p. 3.

[1553] O.a. Minutes Product Liability Conference Brussels, Friday 20 October 2017 CCAB, ROOM AB-2A, grow.ddg1.b.1/VS/sv(2017) 6611689 30 November 2017, p. 5 en COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 8.
SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report, p. 3; SWD(2018) 157 final - Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the

van compensatie via het aansprakelijkheidsrecht, bekend uit de rechtseconomische literatuur, kunnen zowel aan het bieden van een prikkel tot het voorkomen van schade als aan gebruikersbescherming nadat schade is ingetreden in de weg staan.[1554]

De Europese Commissie ziet de Richtlijn Productaansprakelijkheid als complementair onderdeel van het productveiligheidsbeleid. De Commissie merkt in het tweede evaluatieverslag van de Richtlijn Productaansprakelijkheid op dat productaansprakelijkheid op meerdere manieren bijdraagt aan een betere bescherming tegen onveilige producten:

> 'ten eerste worden producenten gestimuleerd veilige producten te produceren doordat de richtlijn een aanvulling vormt op de regels voor een bepaalde productgroep of op de regels krachtens Richtlijn 92/59 inzake algemene productveiligheid [toevoeging auteur: de preventieve functie] en ten tweede stelt zij gelaedeerden in staat, als deze preventieve maatregelen niet toereikend zijn gebleken en zich ongelukken hebben voorgedaan, van de producenten een schadevergoeding te eisen [toevoeging auteur: de compensatie- en vangnetfunctie].'[1555]

Het complementair zijn van productaansprakelijkheid aan productveiligheidsrecht is volgens de Commissie tevens het primaire argument waarom de toepasselijke regels op het gebied van productaansprakelijkheid

---

laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

[1554] Minutes Product Liability Conference Brussels, Friday 20 October 2017 CCAB, ROOM AB-2A, grow.ddg1.b.1/VS/sv(2017) 6611689 30 November 2017, p. 1 en 2. Vgl. de opmerking van Van Boom en Van Doorne dat aansprakelijkheid van producenten een factor is die in productveiligheidsbeleid van ondernemingen als het ware de schaduw vooruitwerpt, Van Boom & Van Doorn 2006, p. 262. Overigens is wel opvallend dat in zaken die de rechter wel halen (volgens Technopolis 798 claims in de EU in de periode 2000-2016) het slachtoffer in 60% van de gevallen in het gelijk zou zijn gesteld, hetgeen volgens Technopolis geen afwijkend percentage zou zijn.

De mate waarin productaansprakelijkheid in Europa prikkels zou bieden, is vanuit rechtseconomische hoek al eerder bekritiseerd. Zo is door Cavaliere o.a. betoogd dat, naast de hoge kosten voor toegang tot de rechter, de impact van de richtlijn laag zou zijn vanwege de goede sociale zekerheid in Europa, Cavaliere 2004, p. 300, ook aangehaald door Navarro-Michel 2013, p. 180 en Van Boom & Van Doorn 2006, p. 262. Voor Nederland in het bijzonder zou mijns inziens de afwikkeling van letselschadegevallen via de benoeming van letselschade-experts nog een verklaring voor de afwikkeling buiten rechte kunnen zijn.

[1555] COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 10, hetgeen is herhaald in het laatste verslag, COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018 8, p. 1. De complementaire rol en de vangenetfunctie blijkt ook de conclusie van A-G Sharpston onder *Boston*, noot 32: '*Richtlijn 85/374 stelt namelijk voorop dat hoe goed het toezicht en de controle van het productieproces ook is, er nu en dan gebrekkige producten zullen worden vervaardigd en hun weg naar de markt vinden ten koste van gebruikers. Zie in dat verband overweging 7, waarin wordt vermeld dat een rechtvaardige verdeling van de risico's tussen de gelaedeerde en de producent impliceert dat laatstgenoemde zich moet kunnen bevrijden van de aansprakelijkheid als hij het bestaan van hem „ontlastende feiten" bewijst.'* Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p882-885 noemen op basis van Boston eveneens *a fair apportionment of risks*, *consumer protection* en *the preventive function* als belangrijkste kenmerken c.q doelen van producaansprakelijkheid.

niet aan die van productveiligheidsrecht gelijk zijn.[1556] In het laatste evaluatieverslag van de Richtlijn Productaansprakelijkheid blijft de Europese Commissie erop hameren dat de Richtlijn Productaansprakelijkheid een coherent systeem vormt met het bestaande productveiligheidsrecht, mede gezien het verschil in functie.[1557]

Van het EU-productveiligheidsrecht wordt aangenomen dat het niet een-op-een het geharmoniseerde productaansprakelijkheidsrecht invult,[1558] hetgeen eveneens impliceert dat nu in het secundaire EU-productveiligheidsrecht wordt verwezen naar geharmoniseerde normen als in het publicatieblad gepubliceerd, deze geharmoniseerde normen en het daaraan gekoppelde bewijsvermoeden evenmin een-op-een van betekenis kunnen zijn (vgl. de eerdergenoemde vertaalslag zoals beschreven in hoofdstuk 5).[1559]

7.2.2 Betekenis voor de verweren

178 Dwingende overheidsvoorschriften (*regulatory compliance defence*)
Het verweer dat ziet op dwingende overheidsvoorschriften komt uit art. 7 aanhef en onder d Richtlijn en is geïmplementeerd in art. 185 lid 1 aanhef en onder d BW. Dit verweer, dat ook wel het *'regulatory compliance defence*' of '*mandatory regulation defence'* wordt genoemd, is nog niet uitgelegd door het Hof van Justitie EU.[1560] De doctrine is evenwel eenduidig in de interpretatie ervan en gaat uit van een zeer beperkt verweer: slechts indien een dwingend overheidsvoorschrift het gebrek heeft veroorzaakt en het voorschrift dus zelf

[1556] COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 23 en 26, zoals ook aangehaald door Fairgrieve e.a. 2016, p. 102.
[1557] SWD(2018) 157 final - Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, p. 68 en COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 7.
[1558] Indirecte relevantie is te zien in de conclusie van A-G Bot, overweging 37 bij HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), zoals eerder door mij en Van Boom opgemerkt in Veldt & van Boom 2015, p. 390. Zie ook Verbruggen & Van Leeuwen 2015, paragraaf 4.3.
[1559] Cafaggi 2009a, p. 207-242, 217-220, zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 170.
[1560] Volgens Taschner is de bepaling ontstaan in het licht van een discussie over de vraag of de producent aan aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen indien hij produceert volgens de in de branche ontwikkelde normen, Taschner 1986, p. 213, zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 1991, p. 214, die zelf in navolging van Van Wassenaer en Punt meent dat de regel is ontleend aan een SER-advies en is geïnspireerd op het Amerikaanse '*Government Contract Defense*'. Dit laatste verweer kreeg bekendheid naar aanleiding van de Agent Orange zaak, waarin de producent van het schadelijke ontbladeringsmiddel dat gebruikt werd in de Vietnamoorlog aan aansprakelijkheid trachtte te ontkomen door te stellen dat het middel volgens de specificatie van de regering in de VS werd geproduceerd. Uiteindelijk is het verweer niet gehonoreerd nu later in de procedure kwam vast te staan het bedrijfsleven meer wetenschap had over de risico's van het product en het procedé toch niet zou hebben aangepast.

gebrekkig c.q. schadeveroorzakend is, zal het verweer slagen.[1561] Hoewel in het verleden sterk is gelobbyd voor een uitgebreid *regulatory compliance*-verweer, met name voor producenten van producten die intensief zijn gereguleerd zoals geneesmiddelen,[1562] is dit nimmer als zodanig in de richtlijn opgenomen.[1563] Rechtspraak waarin het verweer als zodanig ooit is gehonoreerd, is onbekend. Argumenten voor een grotere bevrijdende werking van het volgen van productnormen komen uit de hoek van de industrielobby en uit de rechtseconomische hoek: de wet- en regelgever zouden beter in staat zijn tot een juiste, dat wil zeggen efficiënte, risicobeoordeling dan een rechter in het individuele geval, mede nu de eerste toegang heeft tot meer middelen en informatie en de laatste op grond van het procesrecht aan het partijdebat is gebonden.[1564] Toch wegen de argumenten om geen ruimer *regulatory compliance*-verweer toe te staan zwaarder. Het regelgevingsproces verloopt vaak traag en kan dus achterlopen, normen kunnen leemten bevatten en het EU-productveiligheidsrecht is niet vrij van lobby (*capture).* Kortom: vanwege het eerdergenoemde risico's op *regulatory failure* bestaat behoefte aan een afzonderlijke (her)beoordeling in het aansprakelijkheidsrecht (de *vangnetfunctie*, nr. 129).[1565] Mede uit de uitleg van het hierna te bespreken verweer sub e door het Hof van Justitie vloeit voort dat de enkele naleving van wetgeving op zichzelf geen verweer kan vormen tegen aansprakelijkheid, omdat van een producent qua kennis van zijn product meer mag worden verwacht. Hij moet de stand van de wetenschap en techniek in ogenschouw nemen. Op basis hiervan wordt wel gezegd dat productveiligheidsrecht bij productaansprakelijkheid een minimumniveau vertegenwoordigt (vgl. nr. 7).[1566]

[1561] Snijders 1987, p. 101 en 218; Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:185 BW, aant. 2.4.1 (actueel t/m 04-05-2019). Vgl. voor Nederland nog onder het oude recht, HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*). Zie voor dergelijke zaken in België, Frankrijk en Spanje ook Wuyts 2014, p. 19. Volgens de Duitse doctrine moeten productveiligheidsvoorschriften die minimumvoorschriften geven niet als dwingend in deze zin worden gezien, Lenz 2014, p. 231 en 232. COM(2006) 496 final - Third report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC of 25 July 1985, amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999), p. 11. Dommering-van Rongen 2000, p. 69-70 pleit terecht voor een verdere nuancering: er kunnen omstandigheden zijn waaronder het niet redelijk is dat de producent zich achter de overheid verschuilt, zoals bij kennis van de gebrekkigheid van het voorschrift.

[1562] Het stond ook in het oorspronkelijke voorstel, Meltzer e.a. 2003, p. 51.

[1563] COM(2006) 496 final - Third report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC of 25 July 1985, amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999), p. 11.

[1564] Voor het perspectief vanuit de VS waar productaansprakelijkheid een wezenlijk andere rol vervult dan in Europa: Kip Viscusi 1991, p. 118-126 en 212, Schwartz 1997, p. 439 en 440 alsmede 442 en Schwartz 2000, p. 9 e.v. voor het federale, rechtseconomische en institutionele perspectief. Vanuit institutioneel perspectief is het de wet- en regelgever die de regels maken en de rechter die ze toepast, zij het dat de wetgever via privaatrechtelijke open normen de rechter in staat heeft gesteld het ongeschreven recht te 'vinden' dat in concreto verder kan strekken dan de geschreven norm, waardoor dat perspectief geen antwoord biedt op deze vraag.

[1565] Lierman 2004, p. 397; Cafaggi 2009a, p. 216-219.

[1566] Van Doorn & Pape 2011, p. 345 onder verwijzing naar Van Boom 2007, p. 436.

Wat nu indien een geharmoniseerde norm waarnaar in secundair EU-recht wordt verwezen een fout bevat en het volgen ervan resulteert in een onveiligheid die men niet mag verwachten?[1567] In de Duitse literatuur wordt wel aangenomen dat zolang een geharmoniseerde norm niet dwingend is voorgeschreven, dit verweer geen werking heeft, hetgeen is overgenomen in de Nederlandse literatuur.[1568] Het volgen van een geharmoniseerde norm vestigt bovendien slechts een vermoeden van overeenstemming met de essentiële eisen, maar het ontslaat de producent niet van verder onderzoek naar de stand van de wetenschap en de techniek.[1569] Het verweer lijkt dus irrelevant bij naleving van zowel geharmoniseerde normen als andere normalisatienormen.

179 Het ontwikkelingsrisico (*development risk defence*)

Art. 6:185 lid 1 aanhef en onder e BW implementeert art. 7 aanhef en onder e van de richtlijn: het ontwikkelingsrisicoverweer (*development risk defence*). Een producent is niet aansprakelijk indien het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken. Het verweer is controversieel en werd in de eindversie van de richtlijn voor lidstaten facultatief voorgeschreven.[1570] Het bakent een duidelijke ondergrens van productaansprakelijkheid af, en zegt iets over de kennis die van een producent mag worden verwacht.[1571] Het verweer kent primair een rechtseconomische rechtvaardiging; het zou noodzakelijk zijn voor het stimuleren van innovatie en de verzekerbaarheid van risico's.[1572]

Sinds de uitspraak van het Hof van Justitie EU in de zaak *VK/Commissie* is duidelijk dat artikel 7 aanhef en onder e objectief en restrictief moet worden uitgelegd:[1573] de producent van een gebrekkig product moet aantonen, dat het op grond van de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis, daaronder begrepen kennis op het meest geavanceerde niveau, op het

[1567] Zie voor deze vraag ook Van Gestel & Micklitz 2013, p. 165 onder verwijzing naar Brüggemeier 2006, p. 409 et seq en Spindler 1998, p. 316–336, Schepel 2005, p. 361-363.

[1568] § 1 abs. 2 Nr. 4 ProdHafG zijnde de Duitse implementatie van het verweer: Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 828; Vieweg 2011, p. 377: Stuurman 1995, p. 261: Dommering-van Rongen 2000, p. 70 beiden onder verwijzing naar Duitse literatuur. Zie ook Schepel 2005, p. 361, alsmede Lierman 2004, p. 388 en 389.

[1569] Zie ook Schepel 2005, p. 361.

[1570] Zie voor een heldere uiteenzetting van de totstandkomingsgeschiedenis, Dommering-van Rongen 1991, p. 221-225. Op grond van art. 15 lid 1 sub b van de Richtlijn mochten lidstaten besluiten ervan af te wijken.

[1571] Het is een bevrijdend verweer dat naar de gebrekkigheid verwijst, maar duidelijk ervan dient te worden onderscheiden, Stolker 1990. Het verweer is in 2002 geëvalueerd voor de Europese Commissie, Alaimo e.a., *Rosselli Report. Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products. Study for the European Commission. Contract No. ETD/2002/B5,* Torino: Fondazione Rosselli 2002.

[1572] Bij onbeperkte aansprakelijkheid voor ontwikkelingsrisico's zouden deze niet meer kunnen worden ingeschat en daardoor niet meer kunnen worden verzekerd. Grote risico's hebben premieverhoging tot gevolg, hetgeen kostprijsverhogend kan werken. Onbeperkte aansprakelijkheid van producenten kan voorts leiden tot het zogeheten *chilling effect;* zie in algemene zin Visscher 2005, p. 292-293. Zie voor een recent overzicht ook Faure e.a. 2016, p. 212.

[1573] HvJ EG 29 mei 1997, C-300/95, ECLI:EU:C:1997:255 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

tijdstip waarop hij het betrokken product in het verkeer bracht, onmogelijk was het gebrek te ontdekken.[1574] Het Hof overweegt daarbij expliciet dat dit kennisniveau hoger ligt dan de gebruikelijke veiligheidsvoorschriften in de industriesector.[1575] Daarbij plaatst het Hof wel de kanttekening dat om de relevante wetenschappelijke en technische kennis met succes aan de producent te kunnen tegenwerpen, deze kennis toegankelijk moet zijn geweest op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht.[1576] Wat onder 'toegankelijk' moet worden verstaan wordt niet nader toegelicht, maar aannemelijk is dat naar de huidige maatstaven met het bestaan van het internet weinig meer niet-toegankelijk zal worden geacht.[1577] Hoeveel kennis nodig is, is evenmin duidelijk. A-G Tesauro meent dat het feit dat slechts enkele wetenschappers op het risico wijzen al aan een beroep op het verweer in de weg kan staan. De stand van de wetenschappelijke kennis is volgens de A-G niet hetzelfde als het oordeel van de meerderheid van de deskundigen, maar veeleer het meest geavanceerde niveau.[1578] Een dergelijke uitleg zou volgens de A-G het nauwst aansluiten bij de ratio van de regeling. Producenten moeten instaan voor voorzienbare risico's waartegen zij zich ofwel kunnen beschermen door meer onderzoek te doen ofwel kunnen verzekeren:

> 'Zodra er op het bewuste tijdstip in de wetenschappelijke kringen één persoon is (wiens oordeel, zoals de geschiedenis van de wetenschap leert, op den duur de heersende mening kan worden) die op het gebrek en/of het potentiële gevaar van het product wijst, staat de fabrikant niet meer voor een onvoorzienbaar risico, dat als zodanig buiten de werkingssfeer van de bij de richtlijn ingevoerde regeling valt.'[1579]

Deze interpretatie is niet zonder kritiek gebleven. Sommige auteurs hebben erop gewezen dat wetenschappelijke onzekerheid juist wordt gekenmerkt door tegenstrijdige resultaten.[1580] Ik sluit mij desalniettemin aan bij de opvatting van Tesauro, mits het gaat om een betrouwbare en gezaghebbende publicatie. In een groot aantal sectoren zijn producenten de stuwende kracht achter het genereren van wetenschappelijke kennis. Er wordt grote inspanning geleverd om resultaten te genereren waaruit juist de afwezigheid van bepaalde risico's moet blijken. Producenten moeten niet aan aansprakelijkheid

[1574] R.o. 29.
[1575] R.o. 26.
[1576] R.o. 28, zoals ook aangehaald door Joerges e.a. 1999, p. 59, en r.o. 29 slot.
[1577] Vgl. Van Dam 2013, p. 435. A-G Tesauro gaf het fameuze voorbeeld van een geleerde uit Mantsjoerije die in het Chinees in een lokaal wetenschappelijk tijdschrift publiceert dat niet buiten de grenzen van de regio komt. Zo'n publicatie kan in diens ogen niet tot directe kenbaarheid bij een Europese producent leiden, Concl. A-G onder 23 en 24. Met de huidige technieken kunnen dit soort bronnen evenwel sneller dan voorheen worden ontgonnen.
[1578] Concl. A-G onder 21.
[1579] Concl. A-G onder 22.
[1580] Howells 2009, p. 388 onder verwijzing naar Stapleton 1999.

kunnen ontkomen door zelf een wetenschappelijk rookgordijn op te trekken met eigen onderzoek of door hen zelf gefinancierd onderzoek van derden.

Voor de beoordeling door de rechter van de kwaliteit van wetenschappelijke kennis en deskundigen is door meerdere auteurs al eens gewezen op de criteria uit de bekende *Daubert*-jurisprudentie in de VS, die bij die beoordeling behulpzaam kunnen zijn. De criteria zijn overigens niet onomstreden.[1581] Voor de zaak *Daubert* gold de meer terughoudende *Frye*-test. Wetenschappelijk bewijs was toegelaten, indien de gebruikte principes, methoden, en technieken algemeen aanvaard waren in het vakgebied van de deskundige.[1582] In de hieropvolgende zaak *Daubert* oordeelde het Supreme Court echter dat voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs de rechter dient te onderzoeken of de motivering of methodologie die aan het bewijs ten grondslag ligt wetenschappelijk deugdelijk is en of het kan worden toegepast op het onderhavige geval. Het Supreme Court benoemde verschillende factoren die in dat verband kunnen worden onderzocht. Zo kan de rechter nagaan:

- of de theorie van de expert falsifieerbaar is en of ze al getest is;
- of de theorie is onderworpen geweest aan *peer review* en al gepubliceerd is;
- wat de vaststaande of potentiële foutmarge van de theorie is;
- of de theorie algemeen of vergaand is geaccepteerd door het wetenschappelijk forum;
- of het onderzoek onafhankelijk van de rechtszaak heeft plaatsgevonden.[1583]

Uit het latere *General Electric v Joiner* volgt dat de rechter het bewijs mag uitsluiten indien de conclusies van het onderzoek niet volgen uit de gebruikte data.[1584] Mijns inziens dient de rechter zich wel actief op te stellen, maar hij mag nooit op de stoel van de wetenschapper gaan zitten.[1585]

[1581] Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993), aangehaald door o.m. Dommering-van Rongen 2000, p. 24-25; later ook – in het kader van voorzorg in het aansprakelijkheidsrecht – Franken 2010, onder 'aard van de aansprakelijkheid' en De Jong 2014, p. 123 e.v. mede onder verwijzing naar de daarop volgende uitspraken General Electric Co. v Joiner, 522 U.S. 136 (1996), Kumho Tire Company LTD v. Carmichael, 526 U.S. 1473 (1999) en Milward v. Acuity Specialty Products, 639 F.3d 11 (1st Cir. 2011), p. 24. Zie ook *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014//171 en 172.

[1582] Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923):'*Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while the courts will go a long way in admitting experimental testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.'*

[1583] De eerste vier sluiten aan bij de vertaling zoals Vranken die heeft gegeven; *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014//172.

[1584] General Electric Co. v Joiner, 522 U.S. 136 (1996).

[1585] Vgl. de eerdere kritiek in Veldt & Wissink 2017, p. 259 en 260 op HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*) waarin het Hof van Justitie te concrete inhoudelijke gezichtspunten geeft ten aanzien van de bewijswaardering. Deze gezichtspunten geven mijns inziens blijk van een onvoldoende terughoudende houding waar het gaat om de waardering van wetenschappelijk bewijs. Zie in deze zin later ook instemmend Lindenbergh in zijn noot (*NJ* 2018/125).

Om de betekenis van productnormen voor het ontwikkelingsrisicoverweer te kunnen bepalen, zal de rechter dus per geval dienen na te gaan in hoeverre de productnorm is gebaseerd op het meest geavanceerde niveau van wetenschappelijke kennis.[1586] Het meest geavanceerde niveau van wetenschappelijke kennis ligt om drie redenen veelal niet vast in producteisen en geharmoniseerde normen. Productnormen komen pas tot stand nadat de wetenschappelijke kennis is doorgedrongen tot de wetgever respectievelijk de branche (de risicoanalyse), waarna deze kennis in een norm moet worden vertaald (het risicomanagement, zie nr. 39 en hoofdstuk 4); een proces dat uit kan blijven en waar als het wel plaatsvindt per definitie tijd overheen gaat. Daarnaast blijft de wetenschap zich ontwikkelen, waardoor het meest geavanceerde kennisniveau steeds hoger komt te liggen. Bovendien is de uiteindelijke norm het resultaat van onderhandeling tussen verschillende belanghebbenden waardoor de mate van reflectie van de kennis en informatie in de uiteindelijke norm onduidelijk is of vertroebeld raakt. Het daarmee corresponderende veiligheidsniveau kan worden verlaagd onder invloed van andere belangen. De categorie productnormen die de stand van de wetenschap en de techniek in de praktijk het dichtst zullen benaderen, of daar zelfs op vooruit kunnen lopen, zijn producteisen indien die uit hoofde van voorzorg zijn vastgesteld. Onder invloed van het voorzorgsbeginsel kan de Europese wetgever steeds sneller tot vaststelling van gesloten producteisen overgaan, ook daar waar nog wetenschappelijke onzekerheid bestaat over de aard, ernst of omvang van risico's (nr. 38 en 39). Mijns inziens kan de enkele aanwezigheid en schending van zo een gesloten producteis discussies met de producent over de vraag of hem een beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer toekomt in een klap neutraliseren. Is zo een producteis geschonden dan doet het er meen ik namelijk niet meer toe of het gezien de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau, op het tijdstip waarop hij het betrokken product in het verkeer bracht, onmogelijk was het veiligheidsgebrek te ontdekken: het product was simpelweg al niet meer toegestaan. Dat in zulke omstandigheden geen geslaagd beroep meer op art. 7 onder e van de richtlijn kan worden gedaan, lijkt mij vanuit een oogpunt van slachtofferbescherming redelijk aangezien van de producent ten minste de naleving van producteisen mag worden verwacht. Het Hof van Justitie heeft zich echter nog nooit over een dergelijke vraag uitgelaten.

Daarbij geldt mijns inziens wel een kanttekening: in de praktijk wil het nog wel eens voorkomen dat een gesloten producteis op basis van de stand van de wetenschap, op de stand der techniek vooruitloopt in de zin dat testmethoden soms nog niet voldoende zijn ontwikkeld om bepaalde stoffen te

[1586] Joerges e.a. 1999, p. 59: '*The product liability directive gives national courts even more leeway to consider for themselves wheter those products meet 'legitimate consumer expectations' or whether the standards concerned correspond to the 'state of scientific and technical knowledge' so that producers can be granted the 'development risk' exemption.'* Schepel 2005, p. 374-375.

detecteren.[1587] Naarmate de techniek zich ontwikkelt, kan plots duidelijk worden dat producten zijn verhandeld met een stof die er niet in had mogen zitten (NB: het kan zelfs systeemschade betreffen).[1588] Het *VK/Commissie*-arrest zegt niets over de vraag hoe om moet worden gegaan met een gebrek dat op grond van de wetenschap wel bestaat of wordt vermoed, doch op grond van de stand van de techniek niet detecteerbaar is, omdat bijvoorbeeld een testmethode ontbreekt. Mijns inziens zou het verweer in zulke gevallen toch op kunnen gaan, omdat het niet alleen ziet de stand van de *wetenschap*, maar ook ziet op de stand van de *techniek*. Een risico kan wetenschappelijk onderkend doch technisch niet detecteerbaar zijn. Gaat het om praktische onmogelijkheid, omdat een test bijvoorbeeld buitensporig gecompliceerd of kostbaar is, dan gaat het verweer mijns inziens echter niet op.[1589] Dit gegeven kan eventueel wel bij de gebrekkigheidstoets worden verdisconteerd, indien *cost/benefit*-overwegingen daaronder relevant worden geacht (§ 7.2.3).[1590]

In het kader van het ontwikkelingsrisico zijn de onderzoeken die de basis vormen voor eventuele toekomstige normstelling door de Europese Commissie van groot belang, zoals de opinies van het SCCS en SCHEER, waarin mede reeds bestaand onderzoek geëvalueerd en gebundeld wordt (nr. 39). Dergelijke rapportages zijn doorwrocht en grotendeels onafhankelijk. Daarnaast zijn ze op basis van hoor en wederhoor tot stand gekomen en publiekelijk toegankelijk, waardoor er groot gewicht aan toekomt (in tegenstelling tot geharmoniseerde normen, hoofdstuk 4).[1591] Daarbuiten is het waarderen van wetenschappelijke kennis een risicovolle exercitie, waarbij de civiele rechter zich moet realiseren dat de processuele waarheid beperkt is, omdat deze wordt gevormd door het partijdebat. Hij moet wetenschappelijke informatie duiden, doch mag nooit op de stoel van de wetenschapper gaan zitten.[1592]

[1587] Vgl. voor deze problematiek Rb. Amsterdam 3 februari 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AB8317 (*S./Stichting Sanquin Bloedvoorziening*), r.o. 11. In de literatuur wordt betwijfeld of praktische ondetecteerbaarheid – zoals als in deze zaak speelde – voldoende is om het verweer op te doen gaan (zie hierna). Zie anders de Engelse zaak, A v The National Blood Authority [2001] 3 All ER 289, r.o. 74 en Van Dam 2013, p. 435. In Duitsland wordt het verweer niet geaccepteerd bij fabricagefouten c.q. productiegebreken, BGH 09.05.1995, *NJW* 1995, 2162, *BGHZ* 129, 353, 359, *JZ* 1995, 1060 (*Mineralwässerflasche II*).

[1588] Men spreekt van systeemschade als het gaat om gebreken die niet te vermijden zijn, Schut 1974, p. 20, zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 1991, p. 144.

[1589] Praktische onmogelijkheid doordat een geschikte testmethode ontbrak, was de reden voor de Amsterdamse rechtbank om aansprakelijkheid voor besmet bloed op grond van het ontwikkelingsrisicoverweer af te wijzen, Rb. Amsterdam 3 februari 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AB8317 (*S./Stichting Sanquin Bloedvoorziening*), r.o. 11. In de literatuur wordt betwijfeld of deze uitspraak verenigbaar is met het criterium zoals uiteengezet in *VK/Commissie*.

[1590] Vgl. Whittaker 2005, p. 500-501. Vgl. ook Howells 2009, p. 389.

[1591] Vgl. ook het grote gewicht dat de rechtbank Den Haag heeft toegekend aan de rapportages van the Intergovernmental Panal on Climate Change (IPCC) in de Urgenda zaak, Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda, eerste aanleg*), r.o. 4.12 en 4.18, zoals ook aangehaald door Lee 2018, p. 40, zij het dat de rechtbank daarbij werd gefaciliteerd door het partijdebat (zoals eerder opgemerkt door Castermans 2016).

[1592] Zie voor handreikingen en gezichtspunten voor de waardering van wetenschappelijke kennis, De Jong 2016, p. 130-144 die daarbij echter weinig oog heeft voor de beperkte informatiepositie waarin de rechter zich bevindt, onder invloed van het partijdebat. Later nuanceert hij dit, De Jong 2018, p. 16 e.v.

Enkele auteurs menen dat het verweer evenmin op zou moeten gaan als een risico in de wetenschap nog niet is ontdekt, maar de producent met eigen wetenschappelijk onderzoek het gebrek gemakkelijk had kunnen ontdekken.[1593] Hier valt op het eerste gezicht wat voor te zeggen. Een vordering tot schadevergoeding op grond van productaansprakelijkheid zal pas worden ingesteld indien enige schade zich heeft geopenbaard, waarschijnlijk wanneer enige tijd is verstreken. Door dit tijdsverloop kan op het moment dat een risico wel volledige bekendheid geniet de ontwikkeling van de wetenschap wellicht worden gereconstrueerd. Aan de hand van die reconstructie kan worden bezien of een ontdekking dichtbij was en of een nader onderzoek naar het risico naar verwachting iets zou hebben opgeleverd. Tegelijk ligt *hindsight bias* in dit soort gevallen natuurlijk op de loer. Of plaats is voor afwijzing van het verweer in zulke gevallen vraagt een nadere doordenking waarvoor geen plaats is in dit proefschrift.[1594] Een nadere concretisering van de documentatieplicht uit hoofdstuk 3 (nr. 46) zou een eventuele reconstructie voor de fabrikant wel beduidend makkelijker maken. De vraag of het ontwikkelingsrisicoverweer überhaupt moet blijven voortbestaan, mede gezien de steeds sterker wordende geluiden over voorzorgaansprakelijkheid in het academische debat, valt buiten de onderzoeksvraag en zal hier niet worden behandeld.[1595]

7.2.3 Betekenis voor gebrekkigheid

180 De Europese *consumer expectation test*

Het hart van de richtlijn vormt het vereiste van gebrekkigheid van het product (art. 6:186 BW, art. 6 richtlijn). Het gebrekkigheidsvereiste ziet, anders dan bijvoorbeeld de onrechtmatigheid onder het nationale privaatrecht, niet op het *gedrag* van de laedens, in dit geval de producent, maar op het *product*. Of de laedens een grote dan wel kleine producent betreft, lijkt voor de invulling ervan derhalve van ondergeschikt belang.[1596] Een product is gebrekkig indien

[1593] Zie bijvoorbeeld Stolker 1989, p, 647 en Stolker 1990, p. 787; in vergelijkbare zin ook Howells 2009, p. 389 onder verwijzing naar Stapleton 1999 en Pugh & Pilgerstorfer 2004 met verdere nuanceringen. Vgl. ook Van Boom 2001, paragraaf 4.2.3. Vgl. Schepel 2005, p. 376.

[1594] Zo kan ik me voorstellen dat voor geneesmiddelenfabrikanten die de primaire bron zijn van wetenschappelijk onderzoek hier wat voor valt te zeggen. Binnen andere sectoren, waarin producenten de wetenschap minder domineren, moet hier behoudender mee worden omgegaan.

[1595] In Duitsland is ervoor gekozen om wettelijk voor geneesmiddelen en genetisch gemodificeerde organismen geen ontwikkelingsrisicoverweer toe te staan, doch de impact op het gedrag is omstreden, Rosselli Report. Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products. Study for the European Commission. Contract No. ETD/2002/B5, par. 36 zoals ook aangehaald door Weiß 2008, p. 580. Faure e.a. 2016, p. 212 wijzen erop dat vanuit rechtseconomische hoek onduidelijk is of aansprakelijkheid voor volstrekt onbekende risico's een zinvolle bijdrage levert aan de preventie van schade. Zij wijzen er ook op dat juist daar waar de sociale baten van nieuwe technologie groot zijn, behoedzaam met aansprakelijkheid voor onbekende risico's moet worden omgegaan om innovatie niet te belemmeren.

[1596] Het is evenwel niet geheel irrelevant, omdat deze omstandigheid de geobjectiveerde verwachting van het grote publiek en de groep potentiële gebruikers in het bijzonder (*Boston*) over de veiligheid van een product wellicht mede kan beïnvloeden. Van een A-merk product van een multinational, waar over het algemeen ook

het niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen (beter bekend als de *consumer expectation test*).[1597] Het artikel bevat een niet-limitatieve lijst van drie bijzondere gezichtspunten die met name in aanmerking dienen te worden genomen, namelijk (sub a) de presentatie van het product, (sub b) het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product en (sub c) het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht.[1598] Het gezichtspunt sub c hangt samen met het *state of the art*-verweer (art. 6:186 lid 2 BW, art. 6 lid 2 richtlijn); een product mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht.[1599]

Gebrekkigheid omvat twee elementen, namelijk de veiligheid van het product en de verwachting daaromtrent. Dat een product onveilig is, in de zin dat het een risico vormt voor schade, moet mijns inziens *met de kennis van nu* kunnen worden vastgesteld (de eis van generieke causaliteit, zie ook nr. 222).[1600] Wat voor veiligheid men echter redelijkerwijs mag verwachten dient ex tunc (gezichtspunt sub c) in het licht van de destijds beschikbare kennis, wetenschappelijke en technische mogelijkheden en maatstaven te worden beoordeeld.

Het vaststellen van voornoemde verwachting laat zonder nadere inkadering ruimte voor diverse interpretaties, opvattingen en zelfs rechtspolitieke keuzes. Het gebrekkigheidscriterium suggereert een subjectief criterium voor wat betreft deze verwachting, doch in de literatuur wordt wel aangenomen dat met het criterium een objectief-normatief criterium is beoogd.[1601] Het criterium is objectief, omdat volgens de zesde overweging van de richtlijn onder 'men' het grote publiek moet worden verstaan en dus niet de schade lijdende gebruiker *in concreto*.[1602] Het normatieve element is gelegen in het 'mogen verwachten', aangezien het niet gaat om de concrete verwachting van een bepaalde gebruiker maar de rechterlijke vaststelling van een norm

---

meer voor moet worden betaald, mag wellicht een hoger veiligheidsniveau worden verwacht dan van een merkloos product.

[1597] De Nederlandse implementatie in art. 6:186 lid 1 BW vermeldt 'de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten'. Art. 6 is daadwerkelijk geïnspireerd op de Amerikaanse *consumer expectation test*: Dommering-van Rongen 2000, p. 43 en 50; Borghetti 2004, p. 434, nr. 437.

[1598] Het gezichtspunt sub a) – de presentatie van het product – wordt veelal als bron van privaatrechtelijke waarschuwings- en informatieplichten ten aanzien van het product gezien, zie o.a. Dommering-van Rongen 2000, p. 54-55.

[1599] Dommering-van Rongen 1991, p. 181.

[1600] Overigens lijken sommige auteurs sinds het *Sanofi*-arrest deze eis niet zo strikt meer te willen hanteren; zie bijvoorbeeld Rajneri in Rajneri e.a. 2018, p. 68. Mijns inziens vormt dit echter een ondergrens van aansprakelijkheid, ook onder de richtlijn.

[1601] Zoals eerder besproken in Veldt & van Boom 2015, p. 378. Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 51 onder verwijzing naar o.a. Wuyts 2014, p. 8. Zie eerder ook Hodges e.a. 1996, p. 243 en Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 48, Rn. 11. Het gaat niet om de daadwerkelijke verwachting van de doelgroep, maar om de rechterlijke vaststelling van wat men, lees: het grote publiek, redelijkerwijs mag verwachten.

[1602] Overweging 6 van de richtlijn en HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), overweging 37.

namelijk wat het grote publiek (redelijkerwijs) mag verwachten.[1603] Het veiligheidsniveau dat mag worden verwacht is daardoor niet absoluut.[1604] De onveiligheid van sommige producten wordt bij het grote publiek bekend verondersteld (zoals tabak en alcohol), hetgeen deze producten daarom niet gebrekkig zou maken.[1605]

Het gebrekkigheidscriterium is door het Hof in de *Boston*-zaak nader uitgelegd. De zaak betrof defibrillatoren en pacemakers uit een serie die een verhoogd risico op uitval vertoonden, waarbij de individuele producten niet meer kon worden beoordeeld. Het Hof noemt daarin als extra gezichtspunten ter beoordeling van de gebrekkigheid: de bestemming, de kenmerken en de objectieve eigenschappen van het product, alsook het specifieke karakter van de groep gebruikers voor wie dit product bestemd is. Voor de defibrillatoren en pacemakers in kwestie betekende dit volgens het Hof 'dat gelet op de functie ervan en de bijzonder kwetsbare situatie van de patiënten die deze hulpmiddelen gebruiken, de veiligheidseisen voor deze hulpmiddelen, die de patiënten gerechtigd zijn te verwachten, bijzonder hoog zijn'. Het Hof geeft – buiten de eerdergenoemde gezichtspunten – geen handvatten *hoe* hoog de gerechtvaardigde verwachting mag zijn en *op welke wijze* deze hoogte door de nationale rechter moet worden vastgesteld.[1606] Het potentiële gebrek aan veiligheid is volgens het Hof gelegen in het ongebruikelijke potentieel van de producten tot het veroorzaken van schade aan de persoon.[1607] In die omstandigheden kunnen – aldus het Hof – op basis van de vaststelling dat producten binnen dezelfde productgroep of serie gebreken vertonen, alle producten van dezelfde groep of serie als gebrekkig worden aangemerkt. Later in het arrest, bij de uitleg welke kosten als schade in de zin van de richtlijn kunnen worden gekwalificeerd, heeft het Hof het echter over 'het gebrek, bestaande in het abnormale risico van schade dat de betrokken patiënten daardoor lopen'.[1608] Handvatten om te bepalen welke risico's normaal of abnormaal zijn ontbreken.

In het *Sanofi*-arrest, waarin prejudiciële vragen over de mate waarin bewijsverlichting onder de richtlijn is toegestaan werden beantwoord en niet zozeer werd ingegaan op de materiële invulling van het gebrekkigheidsbegrip,

[1603] Veldt & van Boom 2015, p. 387. Zie voor een Engelse perspectief ook Burton J in A v The National Blood Authority [2001] 3 All ER 289, die de rechter ziet als '*an informed representative of the public at large*'. Zie ook Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017

[1604] O.a. Lenz 2014, p. 200.

[1605] Hoewel men over de wenselijkheid van deze benadering van mening kan verschillen, is dit thans de heersende leer op basis van zowel Nederlandse lagere jurisprudentie, Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225 (*Rokersclaim*), als Engelse en Duitse. In de VS geldt een vergelijkbaar uitgangspunt. Zie Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 1.5 (actueel t/m 04-05-2019) voor een overzicht.

[1606] Vgl. voor kritiek op deze overwegingen mijn eerder verschenen noot met Van Boom;Veldt & van Boom 2015, p. 188, mede onder verwijzing naar Concl. A-G Bot, nr. 30, die de gebrekkigheid uitlegt als '*het abnormale risico van schade dat de patiënten daardoor* [lees: door een vergroot risico op uitval] *lopen*'.

[1607] Overweging 40 (*Boston*) en Conc. A-G Bot, nr. 43-46.

[1608] Overweging 54 (*Boston*).

sloot het Hof wederom aan bij het *Boston*-criterium.[1609] Zoals ik met Wissink eerder heb opgemerkt, wreekt onduidelijkheid over het materiële criterium zich bij de beoordeling door de nationale rechter welk bewijs hij kan en mag verlangen van de gebrekkigheid.[1610] Door deze onduidelijkheid is het tevens lastig om productnormen aan dit criterium te relateren, waardoor onduidelijk is wat de exacte invloed is van producteisen en geharmoniseerde normen op het gebrekkigheidsoordeel. Dit wordt met name duidelijk bij het beoordelen van het gewicht dat aan *het volgen van* productnormen moet toekomen (nr. 184).

181 Onduidelijkheid over *cost/benefit*-benaderingen en de eis van generieke causaliteit

De Europese *consumer expectation test* is als normatief criterium weinig richtinggevend en daarom in de literatuur sterk bekritiseerd.[1611] Ook uit de laatste evaluatie van de richtlijn door de Europese Commissie blijkt dat onduidelijkheid over dit criterium aan een effectieve toepassing van de richtlijn in de weg staat.[1612] Op lidstaatniveau bestaan uiteenlopende invullingen van dit criterium.[1613] Bij de invulling van gebrekkigheid wordt echter in het merendeel van de lidstaten in de praktijk aangesloten bij de Amerikaanse indeling in productie-, ontwerp- en instructiegebreken, die ook wordt gebruikt bij de invulling van nationale delictuele productaansprakelijkheid (§ 7.3.2).[1614] Deze indeling kan behulpzaam zijn, omdat voor de beoordeling van de gebrekkigheid in het licht van ieder type gebrek, andere omstandigheden en gezichtspunten relevant kunnen zijn.

In de VS zijn aan deze indeling andere beoordelingscriteria gekoppeld.[1615] Zo vertoont in de VS de aansprakelijkheid voor productiegebreken meer

---

[1609] HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 41: '*(…) dat dit vaccin dus niet de in artikel 6 van die richtlijn bedoelde veiligheid biedt die – gelet op alle omstandigheden – mag worden verwacht, aangezien het abnormale en bijzonder ernstige schade berokkent aan de patiënt, die van een dergelijk product – gelet op de functie ervan – inderdaad een hoog veiligheidsniveau mag verwachten (zie in die zin arrest van 5 maart 2015, Boston Scientific Medizintechnik, C-503/13 en C-504/13, EU:C:2015:148, punt 39).'*

[1610] Veldt & Wissink 2017, paragraaf 4.4.

[1611] O.m. in Nederland door Duintjer Tebbens 1979, p. 148 en in Engeland door Miller & Goldberg 2004, nr. 10.18, onder verwijzing naar Stapleton 1994, p. 234. Zie ook Fairgrieve e.a. 2013, p. 5-9,. Zie voorDuitsland Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 48, Rn. 10 en aldaar genoemde literatuur.

[1612] COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 7 en 8. Zie ook het derde evaluatieverslag uit 2006 op p. 10.

[1613] In het Lovells-rapport uit 2003 wordt ook opgemerkt dat in de lidstaten nog diverse controverses bestaan m.b.t. het criterium nl. de vraag of een risk/benefit analysis is toegestaan, of het gedrag van de producent een rol mag spelen, in welke gevallen meer mag worden verwacht van een producent terwijl alle regelgeving is nageleefd en of de consument kan volstaan met het aantonen van onveiligheid of dat de consument ook aannemelijk moet maken waarin de onveiligheid is gelegen, Meltzer e.a. 2003, p. 6. Zie ook Dommering-Van Rongen 2000, p. 50; Borghetti 2004, p. 1 e.v voor een vergelijking tussen Duitsland en Frankrijk; Wuyts 2014, p. 10; Fairgrieve e.a. 2016, p. 53, mede voor een recent Europees rechtsvergelijkend overzicht, p. 111 e.v.

[1614] In Nederland is deze indeling geïntroduceerd door Schut 1974, p. 19, nr. 12; Lierman 2004, p. 378; Wuyts 2014, p. 10. Fairgrieve e.a. 2016, p. 53, mede voor een recent Europees rechtsvergelijkend overzicht p. 111 e.v.

[1615] § 2 a) t/m c) Restatement 3rd Products Liability (the American Law Institute 1998).

kenmerken van een zuivere risicoaansprakelijkheid[1616] en vertoont aansprakelijkheid voor ontwerp- en instructiegebreken meer kenmerken van schuldaansprakelijkheid.[1617] Bij ontwerp- en instructiegebreken in de VS spelen de *reasonable test* en de *risk/utility test* een rol. Eerst moet worden onderzocht of het risico voorzienbaar (*foreseeable*) en vermijdbaar (*avoidable*) was. Vervolgens moet worden gekeken of een alternatief ontwerp redelijkerwijs kon en mocht worden verwacht (*reasonable alternative design*).[1618] Voorts kan – met name wanneer risico's niet *avoidable* zijn of een alternatief ontwerp niet voorhanden is – *risk/utility* nog een andere rol spelen in de zin dat wordt gekeken naar de risico's van het product in relatie tot de baten voor de maatschappij als geheel.[1619]

Op lidstaatniveau is sprake van een productiegebrek indien een individueel product vergeleken met de rest van de in een serie geproduceerde producten qua veiligheidsniveau afwijkt.[1620] Bij de beoordeling van ontwerp- en instructiegebreken ontbreekt deze mogelijkheid, en wordt daarom vaak gekeken of producten een *abnormaal risico* vormen in vergelijking met producten van hetzelfde type of soort. In dat geval dient te worden beoordeeld of een risico op schade bij het ene product van de soort (vele malen) groter is dan bij het andere product van die soort. De grens tussen wat 'normaal' is en welk type afwijking 'abnormaal' is, is bij dat soort gebreken lastig vast te stellen.[1621]

[1616] § 2 aanhef '*A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:*
(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;'

[1617] § 2 '(…) *(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;'.*
(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.'

[1618] Veldt & van Boom 2015, p. 388 en onder noot 15 genoemde bronnen, waaronder Lierman 2004, p. 371 en 376, en Wuyts 2014, p. 10. Zie ook Fairgrieve e.a. 2016, p. 53 onder verwijzing naar Whittaker 1985 en Van Dam 2013, p. 377.

[1619] De Amerikaanse *risk/utility*-analyse werd voor productaansprakelijkheid voor het eerst aangenomen in Barker v. Lull Engineering Co., 573 P.2d 443, 20 Cal. 3d 413, 143 Cal. Rptr. 225, 1978 Cal. LEXIS 176, 96 A.L.R.3d 1 (Cal. 1978), zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 2000, p. 53. Vgl. Kip Viscusi 1991, p. 71, waarbij veelal wel vereist is dat voor het risico is gewaarschuwd, vanuit de gedachte dat de gebruiker dan ook kan afzien van het gebruik van het product. Zie ook Rajneri e.a. 2018

[1620] Dommering-van Rongen 1991, p. 144; Lierman 2004, p. 394. Zie ook Borghetti 2004, p. 610, die dat ook een '*risque anormal*' noemt waarbij de toets bestaat uit de zogeheten '*production line norm*'.

[1621] Veldt & van Boom 2015, p. 388 en de literatuur genoemd in noot 18 alsmede de literatuur in noot 19. Zie ook Borghetti 2004, p. 606 voor Duitsland en Frankrijk. Vgl. voor Engels recht, Clerk & Lindsell (2014), 11-56, waar in navolging van J Burton in *National Blood Authority* onderscheid werd gemaakt in inherent gevaarlijke producten (messen etc.) en niet-inherent gevaarlijke producten. De laatste categorie werd opgedeeld in *standard products,* namelijk een product wat overeenstemt met hoe de producent het had bedoeld en *non-standard* products die anders zijn en afwijken van *standard products* omdat ze een lager veiligheidsniveau hebben. J Burton kwalificeerde gecontamineerd bloed als een *non-standard* product. Doordat een

Op lidstaatniveau komen bij ontwerp- en instructiegebreken daarom mede vormen van *risk/benefit*-analyses terug. In de nationale doctrines en rechtspraak worden verschillende soorten *risk/benefit*-analyses onderscheiden, ex ante of ex post,[1622] rekening houdend met de kosten en baten voor de maatschappij als geheel (op macroniveau) of kosten en baten voor private partijen in het bijzonder (op microniveau). Bij een c*ost-benefit*-analyse op microniveau (vgl. de *reasonable test* in de VS) worden de kosten van aanpassing van het ontwerp en/of de bezwaarlijkheid van andere voorzorgsmaatregelen afgewogen tegen kans op schade en de ernst van het risico (vgl. onze *Kelderluik*-benadering en de *Learned Hand*-formule, nr. 221).[1623] Daarbij mag de prijs van het product eveneens een rol spelen. Een goedkoper type auto zonder de nieuwste veiligheidssnufjes is niet per definitie gebrekkig: het nemen van extra risico kan bijvoorbeeld resulteren in een lagere kostprijs.[1624] Tegelijkertijd zal altijd sprake moeten zijn van een vorm van basisveiligheid.[1625] Bij een *risk-benefit*-test in het kader van medicijnen waarvan bijwerkingen niet vermijdbaar zijn, worden de nadelen van een product of de bijwerkingen afgewogen tegen de baten voor de individuele patiënt[1626] en/of voor de maatschappij als geheel (vgl. *risk/utility* in de VS).[1627]

In de lidstaten worden deze factoren in de praktijk, afhankelijk van het soort veiligheidsgebrek, gecombineerd. Wordt betekenis toegekend aan *risk/benefit*-benaderingen dan impliceert dat een minder absolute risicoaansprakelijkheid, waarbij indirect, of beter gezegd geobjectiveerd, gedragsnormerende factoren een rol kunnen spelen.[1628] (Vergelijk de ontwikkeling bij onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden. De geobjectiveerde *Kelderluik*-factoren kunnen thans een rol spelen bij de invulling van gebrekkigheid onder opstalaansprakelijkheid, nr. 221).

---

waarschuwing voor het risico ontbrak, zou sprake zijn van een gebrek. Vermijdbaarheid van het gebrek is volgens Burton niet doorslaggevend. Een belangrijk argument vóór zo'n strikte uitleg van gebrekkigheid, was echter gelegen in de aanwezigheid van het ontwikkelingsrisicoverweer. Zie recent echter, Wilkes v Depuy International Limited [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503

[1622] Vgl. het verschil in de test van John W. Wade (kijkend naar het moment van op de markt brengen) v. Keeton (moment waarop de test wordt toegepast) in de VS, zoals ook besproken door Dommering-van Rongen 1991, p. 150.

[1623] Zoals gehanteerd in het arrest *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947), en besproken door Van Dam 2013, p. 236.

[1624] Veldt & van Boom 2015, p. 388. Zie voor het VK, Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-58, waarin, in navolging van Burton in *Blood Authority*, wordt aangegeven dat ook onder de *consumer expectation test* dit een relevante omstandigheid blijft. Voor Duitsland in gelijke zin, Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., §48, nr. 28 e.v. over de *Kosten/Nutzen- Verhaltnis* en *Preis-Leistungsrelation*. Het belangrijkste Duitse arrest in dat verband is nog steeds BGH 16.6.2009 - VI ZR 107/08 (OLG Jena), *NJW* 2009, 2952 (*Airbag*).

[1625] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 48, nr. 29. Vgl. ook Concl. A-G Bobek bij *Boston*, onder 87.

[1626] Vgl. HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), r.o. 4.4.2 dat inzoomt op patiëntniveau. In Duitsland geldt een bijzondere aansprakelijkheid ex § 84 AMG dat aansluit bij de publiekrechtelijke *risk/benefit*-beoordeling bij toelating van het medicijn § 4 no. 28 AMB dat de implementatie is van art. 28 lid 1 Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek), waarbij de patiënt de bewijslast draagt dat de kosten de baten overstijgen.

[1627] Zie in deze zin in het VK; Wilkes v Depuy International Limited [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, onder 14.

[1628] Zie ook Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 91.

Vooralsnog bestaat discussie in hoeverre de indeling in soorten gebreken relevant is of blijft onder de richtlijn, alsmede of de daarbij behorende beoordelingscriteria binnen de toets aan de gebrekkigheid zijn toegestaan.[1629] De Europese *consumer expectation test* vereist in beginsel niet dat de gebruiker onder de richtlijn hoeft te stellen en te bewijzen *waardoor* de veiligheid van het product achterblijft en dus of dat door een productiefout of ontwerpfout komt.[1630] Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU blijkt niet dat het Hof *cost/benefit*-overwegingen relevant acht. Het Hof van Justitie lijkt in Sanofi impliciet A-G Bobek te volgen die ingaat op het verweer van *Sanofi* dat onder de gebrekkigheid mede *cost/benefit*-afwegingen moeten worden meegenomen.[1631] Volgens de A-G lijkt het criterium te verwijzen naar basisverwachtingen die bij normaal gebruik aan het product worden gesteld.[1632] Het afwegen van kosten/baten als vereiste voor het aantonen van een gebrek zou er volgens hem op neerkomen nieuwe aansprakelijkheidsvoorwaarden te introduceren.[1633] Nu het Hof in *Boston* en *Sanofi* hierover zwijgt, doch in *Sanofi* wel – zij het op hoofdlijnen – de A-G lijkt te volgen, leidt Fairgrieve hieruit af dat de visie van het Hof lijkt te zijn dat *risk*- of *cost/benefit*-benaderingen geen onderdeel uitmaken van de gebrekkigheidstoets.[1634] Ik wil nog niet zover gaan.[1635] Het Hof zegt er simpelweg niets over. Tegelijkertijd snap ik de vrees van de A-G dat nadere concretisering van het gebrekkigheidscriterium op dit punt de bewijspositie van gelaedeerde nog verder zou kunnen verzwaren, indien daaraan de consequentie zou worden verbonden dat gelaedeerde feiten en omstandigheden zou dienen te stellen, en zo nodig te bewijzen, die zien op de aard en de achterliggende oorzaak van het gebrek. Deze vrees kan in mijn ogen

[1629] Zie eerder Van Boom 2001, p. 12, die ervan uitging dat *risk/benefit*-test in de gebrekkigheid is geïncorporeerd. Zie ook de kritiek in Veldt & Wissink 2017, p. 258 en 259.

[1630] Zie voor de discussie over de mate waarin de consument het gebrek dient te specificeren in de EU, Meltzer e.a. 2003, p. 6 en in het VK, Wilkes v Depuy International Limited [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, onder 73 en aldaar genoemde rechtspraak en literatuur. Vgl. onder de reguliere onrechtmatigde daad ook het arrest HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, *NJ* 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), r.o. 3.3.2 waaruit volgt dat voor aansprakelijkheid van de producent niet vereist is dat het product in het algemeen of dat de hele soort waarvan dit product deeluitmaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd is schade veroorzaakt.

[1631] Concl. A-G M. Bobek van 7 maart 2017, C-621/15 (*Sanofi Pasteur/Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*), onder 85.

[1632] Concl. A-G Bobek, onder 87: '*De richtlijn bepaalt niet uitdrukkelijk dat het begrip „gebrek" inhoudt dat het product, afgezien van de onderhavige specifieke zaak, meer algemeen schadelijk of potentieel schadelijk is, noch dat een bredere analyse moet worden gemaakt van de kosten en baten van het product voor de samenleving. Weliswaar zijn de definitie van „gebrek" in artikel 6 en de daaraan gerelateerde overweging in niet-specifieke termen geformuleerd (de veiligheid die „men" of „het grote publiek" gerechtigd is te verwachten), maar mijns inziens zijn die bewoordingen hooguit ambigu. Volgens mij verwijzen zij in wezen naar basisverwachtingen die bij normaal gebruik aan het product worden gesteld. Er kan niet uit worden opgemaakt dat wanneer het product bij normaal gebruik ernstige schade veroorzaakt in een individueel geval, een afweging van de kosten en baten van het product vereist is om conclusies te kunnen trekken met betrekking tot het bestaan van een eventueel gebrek.*'

[1633] Concl. A-G Bobek, onder 88.

[1634] Fairgrieve in Rajneri e.a. 2018, p. 94 en eerder ook Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 900.

[1635] Eerder ook Veldt & Wissink 2017, p. 258 en 259.

echter geen reden zijn om mogelijke indelingen in soorten gebreken en *risk/benefit*-benaderingen bij ontwerpgebreken dan maar geheel irrelevant te achten. Mijns inziens komt aan *risk/benefit*-overwegingen gewicht toe indien de aangevoerde feiten een ontwerpgebrek impliceren, hetgeen tot uitdrukking moet worden gebracht bij de beoordeling van de betwisting van de producent van de gebrekkigheid. Het irrelevant achten van *risk/benefit*-overwegingen en een te groter focus op 'de rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico's' als vaag gezichtspunt, geeft rechters te veel vrijheid en veroorzaakt te veel rechtsonzekerheid.

Voorstanders van het uitsluiten van *risk/benefit*-benaderingen in zaken als *Sanofi*, zien een rechtvaardiging voor vergaande aansprakelijkheid van producenten van vaccins in andere omstandigheden en rechtspolitieke argumenten, zoals de dominantie van de markt door vier farmaceuten en de aanwezigheid van patenten die het mogelijk maken om de prijzen voor vaccins kunstmatig hoog te houden, waardoor de kosten voor het compenseren van een kleine groep patiënten kunnen worden doorbelast. In die omstandigheden zou het niet redelijk zijn de maatschappelijke kosten voor rekening van de staat te brengen, reden waarom deze dan maar via het aansprakelijkheidsrecht voor rekening van de industrie moeten worden gebracht. Dat veronderstelt echter dat de rechter a) feitelijk is voorgelicht over dit soort omstandigheden en b) als een soort wetgever in staat is allerlei macro-effecten in zijn beoordeling te betrekken en die op waarde te schatten.[1636] Dat getuigt van weinig oog voor de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht en van het debat ten overstaan van een rechter.[1637]

Mijns inziens is voor het aannemen van een ontwerpgebrek bovendien nodig dat ex nunc naar de huidige stand van de wetenschap en techniek vaststaat dat een bepaald ontwerp een risico met zich brengt,[1638] beter bekend als de eis van generieke causaliteit.[1639] Pas als er daadwerkelijk enig risico is, kan worden beoordeeld in hoeverre dit risico acceptabel is. Laat men deze materiële eis los, dan wordt productaansprakelijkheid minder goed voorspelbaar. Het geeft de rechter te veel vrijheid en voedt de rechtsonzekerheid. De omvang van de mogelijke aansprakelijkheid valt dan niet meer goed voorshands in de schatten, waardoor de verzekerbaarheid onder druk zou kunnen komen te staan (zie verder nader nr. 190). Combineert men een lichtere gebrekkigheidstoets met vermoedens onder het causaliteitsvereiste, dan loopt men bovendien het risico dat de producent schade moet vergoeden die hij wellicht in het geheel niet heeft veroorzaakt.

[1636] Fairgrieve in Rajneri e.a. 2018, p. 94. Fairgrieve & Pilgerstorfer 2017, p. 900. Zie in het algemeen over macro-effecten, Van der Linden & De Jong 2017.

[1637] Eerder wees Hartlief al op deze beperkingen en het gegeven dat aansprakelijkheid geen sociale zekerheid is, Hartlief 2004. Met Van der Linden en De Jong ben ik van mening dat, mocht een hoogste rechter dit soort macro-effecten meewegen in zijn oordeel, hij hierover ten minste expliciet dient te zijn, Van der Linden & De Jong 2017.

[1638] Of dat risico dat aan het gebrek ten grondslag ligt, ook ten tijde van het in het verkeer brengen kenbaar was, moet worden beoordeeld in het licht van het ontwikkelingsrisicoverweer.

[1639] Vgl. Dommering-van Rongen 1991, p. 154-155.

Hoewel het aannemelijk is dat die eis van generieke causaliteit als uiting van het compensatiebeginsel ook in het Europese gebrekkigheidsvereiste ligt besloten, zou men door het *Sanofi*-arrest – dat ging over het *bewijs* van gebrekkigheid – op het verkeerde been kunnen worden gezet. Het Hof heeft in *Sanofi* geoordeeld dat

> 'een bewijsregeling waarbij elke toepassing van een op aanwijzingen gebaseerde methode wordt uitgesloten en waarbij de gelaedeerde slechts aan de bewijslast van artikel 4 van richtlijn 85/374 kan voldoen door het op medisch onderzoek gebaseerde onomstotelijke bewijs te leveren dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het aan het vaccin toegeschreven gebrek en het optreden van de ziekte, niet voldoet aan de uit die richtlijn voortvloeiende vereisten.'[1640]

Zoals ik eerder met Wissink heb betoogd, zou dit oordeel kunnen zijn ingegeven doordat in die zaak eventuele fabricagefouten (nog) niet konden worden uitgesloten.[1641] In die omstandigheden kan van gelaedeerde sowieso niet worden verwacht dat deze voornoemd onomstotelijke bewijs levert, dat op de risico's van vaccins in algemene zin ziet. Materieelrechtelijk meen ik echter dat indien men op grond van de tijdens de beoordeling in rechte bestaande wetenschappelijke kennis objectief niet kan vaststellen dat het generieke risico bestaat, er geen sprake kan zijn van een gebrek.

182 Gebrekkigheid en schending van producteisen

Omdat de Richtlijn Productaansprakelijkheid een eigen *consumer expectation test* hanteert, zijn gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid en onveiligheid onder het productveiligheidsrecht geen inwisselbare begrippen.[1642] Cafaggi merkt hierover op:

> '*The regulatory standard contributes to define the minimum level of consumer expectation but certainly does not coincide with the expectation itself which is based on several factors, some legal some factual. Objectively defined consumer expectation may be higher than the regulatory standard or simply different. Thus, a safe product can be defective and a dangerous product might not be defective. Product safety and product defectiveness are not mutually exclusive because regulation and liability have complementary functions.*'[1643]

Het open gebrekkigheidscriterium geeft in theorie ruimte om een product dat het inbreuk maakt op Europese productnormen toch niet gebrekkig te achten, omdat de veiligheidsverwachting van het grote publiek ook door andere omstandigheden kan worden gekleurd en misschien wel veel lager kan liggen dan wat is vastgelegd in productnormen.[1644]

[1640] R.o. 31 en 32 *Sanofi*.
[1641] Opvallend genoeg zijn in Italië daadwerkelijk zaken bekend waarin vaccins een productiefout bevatten, namelijk een contaminatie met kwik, zie Rajneri e.a. 2018, p. 64 en 94.
[1642] A-G Bot voornoemd in noot 7.
[1643] Cafaggi 2009a, p. 224 onder verwijzing naar Cafaggi 2006b, p. 191.
[1644] Vgl. Henderson & Twerski 1998, p. 18 voor de VS.

De Europese Commissie is echter stelliger en merkt op dat schending van Europese productnormen resulteert in gebrekkigheid: *'(...) they* [lees: product safety rules] *represent the safety levels for these products that an injured person is entitled to expect under the Directive.'* [1645] Zo'n uitgangspunt spreekt aan vanuit de beschermingsgedachte en vanuit de preventiegedachte aannemende dat aansprakelijkheid zou kunnen bijdragen aan de handhaving van zulke normen.[1646] Ook in de feitenrechtspraak in Duitsland is te zien dat het schenden van producteisen wel degelijk direct resulteert in het aannemen van gebrekkigheid.[1647] Eenzelfde uitgangspunt geldt in de VS onder § 4 (a) van de Third Restatement of Torts, zij het met een belangrijke beperking. Bij instructie- of ontwerpgebreken maakt een schending van een producteis het product gebrekkig met betrekking tot de risico's die met de wettelijke bepaling geacht te worden beperkt. Alleen ten aanzien van het risico waar de wetbepaling op ziet, wordt gebrekkigheid automatisch aangenomen. De strekking van de regel dient in beginsel door de gelaedeerde te worden aangetoond. [1648]

Met het merendeel van de auteurs ben ik van mening dat schending van producteisen die op directe eigenschappen van het product zien en de veiligheid ervan kunnen beïnvloeden minimaal een vermoeden van gebrekkigheid rechtvaardigen.[1649] Overeenstemming met de wettelijke veiligheidsvoorschriften zal toch wel het minste zijn dat 'men' (in de geobjectiveerde zin van de richtlijn)[1650] qua veiligheid van het product mag verwachten.

Bij keuze in het toekennen van zo'n vermoeden en de strekking ervan zou onderscheid kunnen worden gemaakt aan de hand van de gekozen reguleringsmethode. Stuurman sloot al aan bij het eerdergenoemde

---

[1645] COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018, p. 7. De Verordeningen Medische Hulpmiddelen lijken impliciet hiervan uit te gaan, (vb. art. 10 lid 16 en art. 11 lid 5 Verordening (EU) 2017/745 (Medische hulpmiddelen)waaruit volgt dat de gemachtigde bij niet-naleving van de verplichtingen uit art. 10 door de fabrikant hoofdelijk en gezamelijk productaansprakelijk is voor 'defecte' hulpmiddelen.

[1646] In de VS wordt dit ook wel omschreven als de negligence per se rule, Faure 2014, paragraaf 2.3.2.

[1647] LG Düsseldorf 30.11.2005 - 10 O 144/04, *NJW-RR* 2006, 1033 (*Abschälmaschine*). Zie ook Lenze 2005, p. 109 onder verwijzing naar Van Wassenaer van Catwijck 1986, p. 10 e.v. en Taschner 1986, p. 6 e.v.

[1648] Restatement 3rd Products Liability (the American Law Institute 1998)*§ 4 Noncompliance and Compliance with Product Safety Statutes or Regulations In connection with liability for defective design or inadequate instructions or warnings:*
(a) a product's noncompliance with an applicable product safety statute or administrative regulation renders the product defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation; and
(b) a product's compliance with an applicable product safety statute or administrative regulation is properly considered in determining whether the product is defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation, but such compliance does not preclude as a matter of law a finding of product defect.

[1649] Snijders 1987, p. 80, 214 en 263; Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:188 BW, aant. 2.1 (actueel t/m 04-05-2019); Dommering-van Rongen 2000, p. 63; Lierman 2004, p. 396.

[1650] HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), overweging 38.

onderscheid tussen prestatienormen (die een veiligheidsniveau definiëren) en productie- of constructiemethodes (procesnormen), waarbij schending van de eerste categorie volgens hem in een onweerlegbaar vermoeden zou moeten resulteren en de tweede in een weerlegbaar vermoeden.[1651] Essentiële eisen zijn veelal prestatienormen die de gebrekkigheid nader kunnen concretiseren, doch schending ervan is lastiger vast te stellen dan van gesloten eisen. Aan gesloten prestatie-eisen komt weer meer gewicht toe dan aan proceseisen: een gebrekkig proces maakt het daaruit voortvloeiende product immers niet per definitie onveilig en dus gebrekkig. De vraag is of Stuurman moet worden gevolgd in zijn suggestie een onweerlegbaar vermoeden aan te nemen bij schending van prestatienormen of dat de producent de mogelijkheid moet worden geboden om tegenbewijs te leveren, bijvoorbeeld door aannemelijk te maken dat de producteis ziet op een ander risico dan waar het vermeende veiligheidsgebrek op ziet.[1652] Het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het licht van het doel van de Richtlijn Productaansprakelijkheid en de doelen van secundair productveiligheidsrecht, pleiten voor een sterke betekenis en wellicht een onweerlegbaar vermoeden van gebrekkigheid.[1653] Alle instrumenten strekken immers tot gebruikersbescherming en de bewijslevering voor gebrekkigheid wordt in de praktijk vooralsnog als een van de belangrijkste drempels voor een succesvolle vordering onder de richtlijn ervaren.[1654] Een onweerlegbaar vermoeden voorkomt dat het slachtoffer in een technisch complexe discussie over de juistheid van normen wordt getrokken, terwijl hij op dit punt al een informatieachterstand heeft. De compensatiegedachte uit het privaatrecht wordt bovendien niet door een onweerlegbaar vermoeden van gebrekkigheid doorkruist; indien een norm niet strekt tot voorkoming van het onderhavige risico kan immers veelal succesvol een causaliteitsverweer worden gevoerd. Toch moet zo'n vermoeden mijns inziens in beginsel weerlegbaar zijn, omdat een producteis suboptimaal of onjuist kan zijn. Zo'n '*escape*' is zeker nodig in het licht van het voornemen om collectieve acties bij productaansprakelijkheid toe te staan, nr. 190.[1655] Daarbij geldt evenwel dat de civiele rechter zich in een slechtere informatiepositie bevindt ten opzichte van de wetgever, deze laatste het primaat heeft en de rechter is gebonden aan het partijdebat. Aan het tegenbewijs van de producent mogen daardoor extreem hoge eisen worden gesteld. Het verstrekken van (wetenschappelijke) rapporten, zoals deze zijn ingediend door branche- en lobby-organisaties bij de Commissie, lijkt hiervoor zeker niet voldoende: bij invoering van iedere strengere norm pleegt de

[1651] Stuurman 1995, p. 259 en 260.
[1652] Volgens Stuurman dient het vermoeden onweerlegbaar te zijn, Stuurman 1995, p. 259 en 260.
[1653] Vgl. in algemene zin Faure 2014, paragraaf 2.3.2.
[1654] SWD(2018) 158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report, p. 3.
[1655] Vgl. ook HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 35 t/m 37, 42 en 45, welk arrest niet zag op productnormen, doch waaruit volgt dat vermoedens ten gunste van de gebruiker niet automatisch en onweerlegbaar mogen zijn. Uit r.o. 29 volgt dat omkering niet is toegestaan.

industrie immers te steigeren. Een concreet voornemen tot herziening van de norm door de Commissie kan een duidelijker aanwijzing vormen.

Zolang een gecodificeerd vermoeden ontbreekt, zou zo'n vermoeden voor Nederland kunnen worden geconstrueerd als een bijzondere rechtsregel van ongeschreven recht (zoals de jurisprudentiële 'omkeringsregel', nr. 253 e.v.), aangezien daar de meeste zeggingskracht vanuit gaat. Als alternatief kan een feitelijk vermoeden worden gebruikt.[1656] Zolang met een vermoeden ten gunste van de gebruiker de bewijslast en daarmee het bewijsrisico niet volledig wordt omgekeerd, lijkt het door het Hof van Justitie onder de richtlijn te zijn toegestaan.[1657] Van de producent mag dan dus wel tegenbewijs, doch geen tegendeelbewijs worden verlangd.

Zo een vermoeden vindt zijn rechtvaardiging in een informatieachterstand van de gelaedeerde. Indien de gebruiker erin slaagt de schending van een producteis aan te tonen, dan lijkt het mij wenselijk dat het – anders dan onder § 4, sub a, Third restatement voornoemd – aan de producent is om aannemelijk te maken dat de producteis niet van toepassing is, te streng of achterhaald is, nu de producent feitelijk de meeste gegevens over zowel zijn product als de geldende regelgeving zal hebben en behoort te hebben, waarmee hij een vermoeden kan ontzenuwen.[1658] Gaat het om een producteis inhoudende een veiligheidseis die met voorzorg is vastgesteld en waarvan nog niet vaststaat tegen welke risico's hij precies beschermt, dan staat dit mijns inziens niet aan een vermoeden van gebrekkigheid in de weg. Wel kan dit van invloed zijn op het causaliteitsoordeel.

Ten overvloede zij opgemerkt dat daar waar geen productnormen uit hoofde van voorzorg bestaan en het generieke causale verband in de wetenschap *op het moment van de behandeling van de vordering in rechte* nog niet vaststaat, de rechter mijns inziens in beginsel verre moet blijven van vermoedens van gebrekkigheid, al helemaal in combinatie met vermoedens van causaliteit (zie nader nr. 181 en nr. 190).

Zoals in hoofdstuk 1 is opgemerkt zijn niet alle producteisen veiligheidseisen. Bij zogeheten '*formal non-compliances'* (nr. 20) is niet direct sprake van een veiligheidsgebrek. Desalniettemin vormt de afwezigheid van een CE-markering, daar waar zij wel aanwezig had moeten zijn, een belangrijke aanwijzing dat ook Europese productnormen zijn geschonden. Het niet-vermelden van het adres van de distributeur op de verpakking rechtvaardigt in beginsel geen vermoeden van gebrekkigheid. Ten overvloede wijs ik graag op

[1656] Vgl. in het algemeen over de diverse vermoedens, Snijders 2015, p. 2667 en Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/214. Een afwijkende bewijslastverdeling op grond van de redelijkheid en billijkheid zoals genoemd in art. 150 Rv zou onder omstandigheden mogelijk kunnen zijn, doch deze optie wordt zeer terughoudend toegepast (Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/214).
[1657] Art. 4 van de richtlijn, alsmede HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 29 onder verwijzing naar HvJ EU (Vierde kamer) 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385 (*Novo Nordisk Pharma/S*), r.o. 26-28.
[1658] Volgens Snijders kan zo'n vermoeden door de producent worden ontzenuwd door aannemelijk te maken dat het product dezelfde veiligheid biedt als een product dat wel in overeenstemming met de eisen is vervaardigd, Snijders 1987, p. 263.

de thans heersende leer dat het geven van waarschuwingen op het product niet kan bevrijden van aansprakelijkheid als het product redelijkerwijs veiliger kon worden gemaakt; een veiliger ontwerp of productiemethode prevaleert dan in beginsel.[1659]

De vraag is natuurlijk wat geldt indien wetgeving wordt ingevuld mede aan de hand van geharmoniseerde normen (nr. 183).

In de praktijk zal overigens wanneer schade bij normaal gebruik van het product vaststaat (denk aan het afbreken van de colafles), soms al het feitelijke vermoeden van *res ipsa loquitur* gelden, waardoor de gebruiker het argument van de schending van een producteis niet eens nodig zal hebben. Het is dan aan de producent om dat feitelijke vermoeden dat ziet op zowel gebrekkigheid als causaliteit te ontzenuwen.[1660]

183 Gebrekkigheid en schending van geharmoniseerde normen

Geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen) kunnen indirect een rol spelen bij de invulling van het gebrekkigheidsbegrip.[1661] Over het algemeen wordt aangenomen dat het te verwachten veiligheidsniveau ten minste het niveau van de toepasselijke normalisatienormen is,[1662] maar gezien het compromiskarakter van deze normen zal het te verwachten veiligheidsniveau onder het gebrekkigheidsvereiste in de praktijk veelal hoger liggen.[1663]

Een andere benadering is te vinden in de Engelse rechtspraak. In de *Tesco v Pollard* zaak resulteerde schending van een *British Standard* (BS) van het *British Standardisation Institute* door een producent voor een kinderveilige sluiting niet direct in gebrekkigheid van een fles vaatwasmiddel.[1664] LJ Laws, die wordt gevolgd door de andere twee raadsheren, is zeer uitgesproken over de veiligheid die men mag verwachten in relatie tot productnormen en normalisatienormen:

> '*Members of the public — purchasers like Mrs Pollard* [toevoeging: de moeder van het kind dat het wasmiddel had genuttigd]— *are unlikely to have the faintest idea to what safety standard the product they are buying has been designed, if it has been designed to any. In my judgment Mr Briden's arguments in truth demand a radical rewriting of the statute* [toevoeging: the Consumer Product Safety Act 1987]. *They are an attempt to confer on purchasers and users of everyday products*

[1659] Pape 2011, p. 361, 365 en 368-371. Zie voor Duitsland ook LG Düsseldorf 30.11.2005 - 10 O 144/04, *NJW-RR* 2006, 1033 (*Abschälmaschine*). Vgl. voor werkgeversaansprakelijkheid HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *JAR* 2005/287 (*Bayar/Wijnen*), r.o. 3.3.2, waarbij de overige *Kelderluik*-factoren moeten worden meegewogen.

[1660] Vgl. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1197, *NJ* 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*); *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/ 305; Giesen 2001, p. 196; Dommering-van Rongen 2000, p. 47 en 48). In Duitsland is de regel aangenomen in BGH 26.11.1968- VI ZR 212/66 (Düsseldorf), *NJW* 1969, 269 (*Hühnerpest*).

[1661] Joerges e.a. 1999, p. 59, Schepel & Falke 2000, p. 199-202 en 235-237 zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 170 en Cafaggi 2009b, p. 21 onder verwijzing naar Fairgrieve 2005, p. 1 e.v.

[1662] Howells & Grubb, The Law of Product Liability (2007), par. 4.47.

[1663] Vieweg 2011, p. 377; Stuurman 1995, p. 294, die ook nog de economische aspecten noemt die op normalisatie van invloed kunnen zijn.

[1664] *Pollard v Tesco Stores Ltd* [2006] EWCA Civ 393.

a right to sue the product's producers as if there were a contractual warranty as to the safety standard to which the product had been designed. It is quite impossible to get such a result out of the terms of the 1987 Act.'

De fles was – hoewel niet zo strak gezekerd als met een sluiting conform de BS – feitelijk wel moeilijker te openen dan een gewone fles, hetgeen aldus LJ Laws overeenstemt met de veiligheid die men mag verwachten. Helaas wordt ook in deze zaak gezwegen over de relatie van de normalisatienorm tot eventuele wettelijke (essentiële) eisen. De zaak moet vanwege het feitenrelaas als bijzonder worden beschouwd nu onduidelijk was hoe het 18 maanden oude kind zich überhaupt de macht over de fles had kunnen verschaffen.[1665] De zaak illustreert wel dat de Europese *consumer expectation test* snel te subjectief kan worden benaderd en totaal geen richtinggevend criterium is.[1666]

Zoals eerder aangegeven moet gebrekkigheid mijns inziens zo worden uitgelegd dat 'men' de naleving van de producteisen zal verwachten. Aan de hand van welke methode het naleven van de producteisen feitelijk is bewerkstelligd door de producent hoeft door het slachtoffer niet te worden onderzocht. Blijkt echter een geharmoniseerde norm te zijn geschonden en kan dit door het slachtoffer worden aangetoond – hetgeen in de praktijk lastig en dus uitzonderlijk zal zijn – dan kan wel degelijk een vermoeden van gebrekkigheid worden aangenomen en is het aan de producent om dit vermoeden van gebrekkigheid te weerleggen. Daartoe zou de producent bijvoorbeeld kunnen aanvoeren dat het geschonden deel van de geharmoniseerde norm niet ziet op een veiligheidsaspect. Om dit te kunnen nagaan zullen de annex bij de geharmoniseerde norm en het mandaat tot op zekere hoogte behulpzaam kunnen zijn (§ 4.3.2) en zal uiteindelijk met name moeten worden vertrouwd op deskundigenbewijs. Hoe meer toegespitst de geharmoniseerde norm of normalisatienorm is, hoe eerder de norm resulteert in gebrekkigheid.[1667] Voor aannemen van dit vermoeden acht ik in beginsel irrelevant of de fabrikant de geharmoniseerde norm als methode heeft gekozen, nu uit zo'n norm een vorm van basisveiligheid kan voortvloeien. Is door de producent in de *DoC* (nr. 48) evenwel aangegeven dat een bepaalde geharmoniseerde norm is gevolgd en maakt het product in kwestie inbreuk op die norm, dan zal een fabricagefout veelal vaststaan.[1668]

184 Gebrekkigheid en het volgen van producteisen en geharmoniseerde normen

Voor het gebruik van de naleving van zowel producteisen als geharmoniseerde normen als verweer tegen gebrekkigheid geldt een terughoudende

[1665] Lee 2011, p. 571.

[1666] Zie voor kritiek op deze zaak Howells & Grubb, The Law of Product Liability (2007) paragraaf 4.151. Zie ook Goldberg 2013, p. 138, noot 15 en aldaar genoemde bronnen.

[1667] Verkade e.a. 1990, p. 26 zoals ook aangehaald door Verhoeven 2017, p. 176.

[1668] Vgl. de beoordeling van gebrekkigheid naar Amerikaans productaansprakelijkheidsrecht als het gaan om productiegebreken (*manufacturing defects*). Indien een producent claimt een bepaalde norm te volgen en deze is in de praktijk niet gevolgd, dan staat vast dat sprake is van een productiegebrek, Schepel 2005, p. 351.

benadering.[1669] Deze terughoudendheid is niet alleen ingegeven door de stand van de wetenschap en de techniek die voor de bepaling van gebrekkigheid tot uitgangspunt moet worden genomen. Snijders wees in 1987 al uitdrukkelijk op het compromiskarakter van normalisatienormen en het natuurlijke spanningsveld tussen veilig en toch goedkoop produceren.[1670] De vrees bestaat dat bij doorwerking van normalisatienormen, bedrijven '*masters of their own liability*' worden, omdat de invloed van de industrie zo groot is op de totstandkoming en inhoud van normalisatienormen.[1671] Giesen wijst, naast het risico dat met normalisatienormen de markt voor nieuwe toetreders kan worden beperkt, op het risico dat een inefficiënte norm – namelijk een tot te weinig zorgvuldigheid aanzettende norm – in het privaatrecht tot minimumstandaard kan worden verheven.[1672] Met een beroep op normalisatienormen dient – ook als verweer tegen gebrekkigheid – dus voorzichtig om te worden gegaan.

Voor het bepalen van de betekenis die moet toekomen aan het volgen van productnormen zijn verschillende mogelijkheden. Schepel wijst erop dat in sommige Amerikaanse staten '*a rebuttable presumption of non-defectiveness*' is opgenomen bij naleving van product*eisen*.[1673] Ook in de Duitse literatuur is wel eens gesuggereerd dat *het volgen* van een producteis, een geharmoniseerde norm of een andere normalisatienorm, leidt tot een vermoeden dat het product de veiligheid biedt die men ervan mag verwachten.[1674] Daarbij wordt verwezen naar de Duitse toelichting op de implementatie van de Richtlijn Productaansprakelijkheid, die een aantal belangrijke gezichtspunten geeft:

> *'Neben der Beachtung gesetzlicher Sicherheitsvorschriften ist die Befolgung technischer Normen, wie z. B. DIN-, VDE- oder DVGW-Normen oder sonstiger technischer Standards ebenfalls ein Umstand, der im Rahmen der Sicherheitserwartungen von Bedeutung ist. Wer Normen einhält, strebt ein fehlerfreies Produkt an. Normen dieser Art beruhen meist auf Übereinkünften zur Vereinfachung, Rationalisierung und Organisation der Produktion in einer arbeitsteiligen Gesellschaft. Die Sicherheit ist aber oft nur ein Aspekt des Regelwerkes, der in Wechselbeziehung mit anderen steht und durch diese relativiert werden kann. Auch entspricht eine Norm nicht immer den aktuellen technischen Möglichkeiten. Die Einhaltung solcher Normen kann deswegen nicht zwingend*

[1669] Vgl. HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), waarin de Hoge Raad reeds heeft bepaald dat het hebben van een vergunning niet aan aansprakelijkheid in de weg kan staan. Vgl. ook het *regulatory compliance defence* hiervoor. Cafaggi 2009a, p. 216-218.
[1670] Snijders 1987, p. 212.
[1671] Taschner 1986, p. 79 zoals aangehaald door Joerges e.a. 1999, p. 59 en Stuurman 1995, p. 257 en 258, mede onder verwijzing naar Huth. Zie ook Cafaggi 2009a, p. 228. Vgl. Schepel 2005, p. 353 onder verwijzing naar de Amerikaanse zaak Lewis, waarin in de concurring opinion deze zelfde vrees weerklinkt, doch waarin in de desenting opinion wordt aangegeven dat het maar de vraag is in hoeverre rechters zelf in staat zijn om zelfstandig een deugdelijk oordeel te vormen over veiligheid van producten.
[1672] Giesen 2007, p. 116. Zie ook Lierman 2004, p. 397.
[1673] Schepel 2005, p. 350.
[1674] Zie eerder Gambelli 1997, p. 122 en Stuurman 1995, p. 257.

> *bedeuten und beweisen, daß das konkrete Produkt tatsächlich fehlerfrei ist. Hat der Produzent aber so hergestellt, wie dies nach solchen Normen im Hinblick auf das konkrete Produkt branchenüblich und anerkannt ist und war diese Produktionsweise von der Allgemeinheit und den staatlichen Stellen akzeptiert worden, so spricht ein Anschein dafür, daß das Produkt den berechtigten Sicherheitserwartungen der Allgemeinheit entspricht. Letztlich muß dies aber eine Entscheidung des Einzelfalls bleiben.'*[1675]

Het is derhalve aan de producent om aan te tonen dat de gevolgde norm een industriestandaard is, erkend is voor dit specifieke product (vgl. nr. 212) en dat deze wijze van produceren door de publiekrechtelijke instanties wordt geaccepteerd, in welk geval zou kunnen worden aangenomen dat het product niet gebrekkig is.[1676] Uiteindelijk moet dit echter een beslissing in het individuele geval blijven. In een zaak bij het Oberlandesgericht Köln claimde een vrouw hartritmestoornissen te hebben gekregen na het eten van 400 gram drop per dag met de zoetstof Glycyrrizinezuur. Ook hier zag de rechter het volgen van de gesloten eis met een maximumgehalte voor de stof niet automatisch als verweer, maar wel als een duidelijke aanwijzing dat het product niet gebrekkig was, zeker indien de regelgeving uitputtend en up-to-date is.[1677] De Amerikaanse hoofdregel onder § 4 (b) Restatement Third is dat het volgen van wettelijke normen een relevante en niet te negeren omstandigheid is, doch dat het niet per definitie bevrijdend werkt.[1678] In het Engelse recht geldt hetzelfde uitgangspunt met name in het geval van ontwerpgebreken bij producten die intensief zijn gereguleerd, mits deze regelgeving gedetailleerd en up-to-date is. Zoals J Hickingbottom opmerkt in de zaak Wilkes v Depuy uit 2016:

> '*(...) Certainly, where every aspect of the product's design, manufacture and marketing has been the subject of the substantial scrutiny, by a regulatory body comprised of individuals selected for their experience and expertise in the product, including its safety, on the basis of full information, and that the body has assessed that the level of safety is acceptable, then it may be challenging for a claimant to prove that the level of safety that persons generally are entitled to expect is at a higher level.(...) The challenge is compounded where, as here, the standards for the product are set on a European-wide basis, such that the CE marking hallmarks a*

[1675] Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz — ProdHaftG), *BT-Drs.* 11/2447, 09.06.1988, p. 19: Zie Schepel 2005, p. 349. Vgl. Dommering-van Rongen 2000, p. 68 onder vewijzing naar dezelfde toelichting. Uit een Duitse zaak over een papierversnipperaar blijkt dat wanneer er sprake is van een voor de producent kenbaar gevaar, er voor dit gevaar moet worden gewaarschuwd, onverschillig of een productnorm is gevolgd, BGH 18.05.1999, VI ZR 192/98, *NJW* 1999, p. 38 (*Instructiegebrek papierversnipperaar*), r.o. 20.

[1676] Zie kritisch hierover Schepel 2005, p. 349.

[1677] OLG Köln 07.09.2005, Az 27 U 12/04, *NJW* 2005, 3292, 3294, *ZLR* 2005, 738 (*Haribo, Lakritzmischung*); Vieweg 2011, p. 374, alsmede Hermes 2009, p. 168 en 169.

[1678] § 4 (b) '*a product's compliance with an applicable product safety statute or administrative regulation is properly considered in determining whether the product is defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation, but such compliance does not preclude as a matter of law a finding of product defect*.'

> *product as one which has satisfied the relevant standards (including safety standards) so that it can be marketed throughout Europe.*
> *(…) Of course, the simple fact of regulatory approval is not an automatic defence under the Act – nor even a prima facie defence, as in the U.S. However, in my view, such an approval may be evidence (and, in an appropriate case, powerful evidence) that the level of safety of the product was that which persons generally were entitled to expect.'*[1679]

De zaak ging over het afbreken van de kop van een heupimplantaat (destijds een klasse IIB-hulpmiddel) na drie jaar, waarbij een patiënt meende dat er bij dit type implantaat een verhoogd risico op afbreken was.[1680] Voor het algemene risico van vermoeidheid van de stam was echter door de producent gewaarschuwd. Deze lijn is vastgehouden in de daaropvolgende uitspraak *Gee v Depuy* uit 2018. Deze zaak ging eveneens over heupimplantaten, maar het betrof een ander vermeend gebrek, namelijk *Advers Reaction to Metal Debris* (*ARMD*). In deze zaak werden *risk/benefit*-benaderingen eveneens in sommige gevallen relevant geacht. Het concrete gewicht van het naleven van productnormen was in die zaak echter minder groot nu het een risico betrof dat nog niet in de normen was verdisconteerd.[1681] Het product in kwestie werd uiteindelijk niet gebrekkig geacht.

Vertalen we een beroep op het volgen van productnormen naar het Nederlandse procesrecht, dan ziet dit op de vraag of men in het volgen van een producteis of geharmoniseerde norm een voldoende gemotiveerde betwisting van de gebrekkigheid kan lezen (in het licht van art. 149 Rv). Gelaedeerde draagt immers van de gebrekkigheid de stelplicht en de bewijslast (art. 4 richtlijn jo. art. 150 Rv). Met het snel aannemen van zo'n voldoende gemotiveerde betwisting dient terughoudend worden omgegaan. Niet alleen het compromiskarakter van productnormen pleit voor deze terughoudendheid.[1682] Een te groot gewicht van de naleving van normen kan *de facto* de bewijspositie voorde gebruiker verzwaren ten aanzien van een maximaal geharmoniseerd vereiste, namelijk de gebrekkigheid,[1683] terwijl dit bewijs voor de gebruiker sowieso al lastig te leveren is.[1684] Veel feitelijke informatie over het productieproces en de gevolgde normen bevindt zich bij de producent (denk aan de *DoC* en de documenten die in het kwaliteitsmanagementsysteem worden gewisseld). Hoewel bewijsverlichting

[1679] J Hickinbottom in Wilkes v Depuy International Limited [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, r.o. 100 onder verwijzing naar Miller & Goldberg 2004, nr. 10.77.
[1680] Zoals blijkt uit r.o. 116 spitste het partijdebat zich richting het eind van de procedure toe op het al dan niet bestaan van een ontwerpgebrek.
[1681] *Gee v DePuy* [2018] EWHC 1208 (QB), 2018 WL 02321180, r.o. 101-134, waarin mede *Boston* en *Sanofi* worden besproken. Zie ten aanzien van *regulatory compliance* m.n. r.o. 176-178.
[1682] Dit argument werd eerder genoemd door Hermes 2009, p. 169, doch door hemzelf niet doorslaggevend geacht.
[1683] O.m. HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*).
[1684] Evaluation of the directive 85/374/EEC on the liability for defective products consultation strategy. Ares(2016) 5572770. 27 september 2016.

ten aanzien van de gebruiker onder de richtlijn is toegestaan, lijkt verzwaring van de stelplicht en bewijspositie van de gebruiker in strijd met het doel en de strekking van de Richtlijn Productaansprakelijkheid en aan de effectiviteit ervan in de weg te staan.[1685] Bovendien moet worden voorkomen dat de gebruiker onnodig in een juridische en kostbare discussie over complexe producteisen en geharmoniseerde normen wordt getrokken, ten aanzien waarvan hij natuurlijk een kennisachterstand heeft, terwijl gebrekkigheid wellicht ook uit andere, aanvullende omstandigheden worden afgeleid: denk aan aantoonbaar grotere hoeveelheden incidenten ten opzichte van vergelijkbare producten met een vergelijkbare kostprijs – zogeheten abnormale risico's[1686] – of aan de concrete toedracht van een ongeval. Conformiteit van het ontwerp aan productnormen baat sowieso niet bij fabricagefouten c.q. productiegebreken: daar vormt het volgen van een producteis of geharmoniseerde norm in algemene zin per definitie een irrelevante omstandigheid (het product in concreto kan immers door een fabricagefout hiervan afwijken). Slechts indien in zo'n geval het vermeende schadeveroorzakende product zelf nog kan worden onderzocht, dat product aantoonbaar geen inbreuk maakt op een producteis of geharmoniseerde norm en de norm in kwestie daadwerkelijk ziet op het vermeende veiligheidsgebrek, vormt dit een aanwijzing dat het niet gebrekkig is.

Het gewicht van het naleven van productnormen hangt dus af van de overige omstandigheden die door gelaedeerde aan de gebrekkigheid ten grondslag zijn gelegd. Indien aanwijzingen voor een fabricagefout c.q. productiegebrek ontbreken, mag wat mij betreft het feitelijke gewicht van het volgen van producteisen groot zijn, zeker indien bij de invulling van gebrekkigheid ruimte wordt gelaten voor het meewegen van *risk/benefit* en *cost/benefit* elementen[1687] hetgeen mij wenselijk lijkt. Het grote gewicht van de naleving van normen in *Wilkes v DePuy*-arrest volgt uit een aantal bijzondere omstandigheden in die zaak. Het betrof destijds een klasse IIb-hulpmiddel, het uitgebreide productdossier inclusief testresultaten van conformiteit met de toepasselijke geharmoniseerde normen was door een *NB* bekeken (nr. 47),[1688] de producent had inzage gegeven in zijn eigen klachtenafhandeling,[1689] de klachten van medische hulpverleners werden in het VK al centraal geregistreerd en die cijfers waren in de procedure overgelegd[1690] en er waren – ondanks het uitvoerige deskundigenonderzoek – geen (andere) aanwijzingen waaruit bleek dat dit type of ontwerp een groter

[1685] HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), r.o. 26-28.
[1686] Borghetti 2004, p. 610 e.v.
[1687] In *Wilkes v Depuy* werd gesuggereerd dat het probleem in kwestie had kunnen worden voorkomen door in het ontwerp gebruik te maken van een andere bevestigingswijze. J Hickinbottom meende echter dat binnen een *risk/benefit*-analyse o.a. ook mag worden meegenomen de gebruiksvriendelijkheid van het implantaat en het verkleinen van de risico's op onjuist gebruik door medici of beschadigingen bij opslag door het ziekenhuis, zijnde '*benefits*' die in kwestie toch pleitten voor het gekozen ontwerp, r.o. 121 en 122.
[1688] R.o. 17-22.
[1689] R.o. 47-51.
[1690] R.o. 23 en 52.

risico op afbreken zou hebben dan andere implantaten.[1691] Staat echter vast dat een bepaald type implantaat vaker klachten oplevert dan daarmee vergelijkbare implantaten, dan is het feit dat een NB het ontwerp heeft goedgekeurd minder relevant: het kan immers zijn dat een producent bij de productie afwijkt van het oorspronkelijke ontwerp of dat de controle door de *NB* onjuist of onvolledig was.[1692] Over toegenomen klachten heeft de producent natuurlijk iets uit te leggen.

Zoals ik eerder heb opgemerkt, is de informatieachterstand van de gebruiker bij productaansprakelijkheid in grote lijnen te vergelijken met bijvoorbeeld de informatieachterstand van de patiënt bij medische aansprakelijkheid.[1693] Productaansprakelijkheidszaken lenen zich daardoor snel voor het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht van de producent ter betwisting van gebrekkigheid indien er andere negatieve aanwijzingen zijn over de veiligheid van een product,[1694] zeker daar waar strenge documentatieplichten gelden uit hoofde van het productveiligheidsrecht en deze informatie niet publiekelijk toegankelijk is (nr. 46).[1695] Onderdeel van die verzwaarde motiveringsplicht kan mede zijn dat, daar waar een beroep op productnormen wordt gedaan, de producent nadere informatie dient te geven over de gevolgde normen, alsmede de inhoud en de strekking ervan, zodat gelaedeerde zijn vordering kan onderbouwen.[1696] Daarbij zou kunnen worden gewerkt met de 'voorshands bewezen behoudens tegenbewijs'-constructie.[1697]

[1691] Het deskundigenonderzoek had echter wel plaatsgevonden aan de hand van hetzelfde dossier als dat de *NB* had geëvalueerd, r.o. 109 e.v. Vgl. ook een Nederlandse zaak over de stuurinrichting van een pleziervaartuig die het begeeft voor de kust van Groenland. De rechtbank honoreert de aan de hand van een deskundigenbericht van de producent gemotiveerde betwisting van de gebrekkigheid, inhoudende dat een latere aanpassing in opdracht van de eigenaar aan de stuurinrichting de oorzaak zou kunnen zijn geweest van het euvel. De rechtbank acht het aannemelijk dat de belasting die daardoor werd veroorzaakt feitelijk hoger zou kunnen zijn geweest dan waarop de geldende ISO-normen zijn berekend. Dit zou ook de reden zijn waarom een zogeheten fixatiepen in de inrichting zou zijn verbogen. In die omstandigheden komt, bij gebreke van andere aanwijzingen voor gebrekkigheid, aan het naleven van de geldende normen dus gewicht toe, Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, C/17/149483 / HA ZA 16-161(niet gepubliceerd), r.o. 4.8 t/m 4.11.

[1692] Vgl. het PIP-schandaal waarin de producent, anders dan in het dossier was aangegeven, industriële siliconen had gebruikt.

[1693] Zie mijn eerdere opmerkingen in Veldt & Wissink 2017, p. 261 en 262.

[1694] De verzwaarde motiveringsplicht is voor medische aansprakelijkheid aangenomen in HR 20 november 1987, *NJ* 1988/550 (*Timmer/Deutman*); HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3657, *NJ* 2001/615. Zie uitgebreid over de reikwijdte van de verzwaarde stelplicht en sancties op schending ervan Paijmans 2016, onder meer onder verwijzing naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*) over aansprakelijkheid van een wegbeheerder. Zie eerder overigens Giesen, die dit niet relateert aan het productveiligheidsrecht, Giesen 2001, p. 197. Voor productaansprakelijkheid is hij vooralsnog niet aangenomen. Men leest in HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.5 wel eens een verzwaarde motiveringsplicht t.a.v. schuld bij productaansprakelijkheid onder art 6:162 BW. Dommering-van Rongen 2000, p. 33 en 34 onder verwijzing naar Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 118, zoals ook aangehaald door Keirse 2015a, p. 157 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/258. Zie anders Giesen 2001, p. 232.

[1695] Eerder ook in Veldt & Wissink 2017,p. 262.

[1696] De ratio achter deze constructie is immers de verlichting van de bewijsnood vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/307.

[1697] Zie over de verzwaarde motiveringsplicht o.a. HR 15 december 2006,, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, *NJ* 2007/203, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.4. De HR noemt hierin ook de twee andere mogelijke sancties: omkering van

Als gezegd wordt in productaansprakelijkheidszaken vaak gewerkt met het *res ipsa loquitur* vermoeden (nr. 182).[1698] Voor het weerleggen van zo'n vermoeden op basis van het volgen van productnormen is het mijns inziens eveneens aan de producent om aannemelijk te maken dat de norm ziet op het vermeende risico en dat hij up-to-date is (vgl. nr. 213).

Schepel wijst – onder verwijzing naar Amerikaanse rechtspraak – op drie tests ter waardering van productnormen ter invulling van de gebrekkigheid:

> '*The first is to validate standards as 'objective' expert opinion. (...) The second test effectively analyses whether industry standards keep up with society, and consists of an independent 'consumer expectations' test. (…) The third test consists of a procedural probe to guard against private interests being served by the promulgation of standards.'*[1699]

Deze gezichtspunten kunnen inspiratie bieden voor de waardering van de betwisting van de producent aan de hand van productnormen in het licht van de omstandigheden van het geval. Het ligt voor de hand dat de producent de feitelijke gegevens verschaft aan de hand waarvan zo'n beoordeling kan plaatsvinden.

In één van de weinige nationale productaansprakelijkheidszaken waarin door de producent een beroep op een EN-norm is gedaan, hecht de rechtbank eveneens grote waarde aan het volgen van deze norm door de producent.[1700] Het ging om een extra brede, zogeheten familieglijbaan die in een buitenzwembad was geplaatst. Een jongen had een dwarslaesie opgelopen, omdat hij op zijn knieën van de glijbaan was gegaan en daardoor met zijn hoofd naar beneden de bodem had geraakt. De rechtbank komt uiteindelijk wel tot aansprakelijkheid van de exploitant van de glijbaan wegens onvoldoende toezicht, maar niet tot aansprakelijkheid van de producent. Opvallend genoeg meldt de deskundige dat bij dit type glijbaan met voldoende toezicht niet volledig kan worden voorkomen dat personen onvrijwillig met de bodem in contact komen: 'een reductie van dat risico is alleen mogelijk via een aanpassing van het ontwerp van de waterglijbaan, in combinatie met een voldoende diepte van het opvangbassin.' Waarom niet voor een ander ontwerp of voor nadere instructies met betrekking tot de diepte van het plaatsingsbassin is gekozen, vermeldt de zaak niet. Ook niet of daarmee het ongeval had kunnen worden voorkomen. Dat bevreemdt nu deze omstandigheden wellicht indicaties zouden kunnen zijn voor een ontwerp- of

---

de bewijslast en de stellingen voorshands bewezen achten, behoudens tegenbewijs van de partij met de verzwaarde motiveringsplicht.

[1698] In tegenstelling tot het afbreken van een colafles bij normaal gebruik, gold voor voornoemde heupimplantaten klaarblijkelijk dat het een onderkend en niet te vermijden risico betrof, Wilkes v Depuy International Limited [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503, o.a. r.o. 123, 125 en 128.

[1699] Schepel 2005, p. 355-356.

[1700] Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055, *VR* 2018/110, r.o. 5.30.

instructiegebrek.[1701] Het deskundigenrapport maakt er ook melding van dat het aantal incidenten met dit type glijbaan een factor 5 hoger ligt dan bij normale glijbanen. Deze punten keren niet terug in het vonnis en lijken door partijen niet te zijn opgeworpen. Ook hier lijkt het partijdebat dus van invloed.

Ten overvloede zij opgemerkt dat de goedkeuring door een *NB* (nr. 47, vgl. ook nr. 181) niet inhoudelijk c.q. materieel op de gebrekkigheid van invloed is, doch wel van enige feitelijke waarde kan zijn. Hoe groot die waarde is, is afhankelijk van de toepasselijke en al dan niet gevolgde module van conformiteitsbeoordeling, waarbij met name de certificaten die door *NBs* worden afgegeven onder modules die zien op kwaliteitsborging weinig directe informatie over de eigenschappen van het eindproduct geven. De prototypes, exemplaren van producten en stukken die aan een *NB* worden verstrekt ter controle van het kwaliteitsborgingssysteem en de informatie die binnen een onderneming wordt uitgewisseld in het kader van zo'n systeem bieden meer informatie (denk aan testrapporten, ontwerp- en fabricagetekeningen, de verwerking van klachten over producten). Daarnaast moet rekening worden gehouden met de eerdergenoemde zwakheden en beperkingen in het private toezicht. Uit de betrokkenheid van een *NB* bij conformiteitsbeoordeling volgt geenszins automatisch dat het uiteindelijk op de markt gebrachte product ook aan Europese productnormen voldoet of niet gebrekkig is.

185 Gebrekkigheid: ontwerpgebreken en testmethoden uit normalisatienormen

Hoewel tabaksregelgeving geen onderdeel van dit proefschrift vormt, acht ik mij vrij enige opmerkingen te maken over bijzondere ontwikkelingen over tabaksnormen, omdat die laten zien wat het effect is als een norm met een testmethode onjuist of achterhaald is en/of in het productontwerp gebruik wordt gemaakt van de leemtes in de testmethode om ten onrechte de suggestie te wekken dat het product voldoet aan gesloten producteisen.[1702] Zoals eerder opgemerkt wordt de redelijke verwachting van het grote publiek en de potentiële gebruikers in het bijzonder mede gekleurd door het bestaande wettelijke kader van het productveiligheidsrecht dat gesloten normen bevat ten aanzien van de hoeveelheid schadelijke stoffen in producten – waaronder sigaretten – mogen zitten. Indien zou blijken dat sigaretten aldus worden ontworpen dat bij keuring conform de testnorm voor sigaretten, de gemeten waarden qua schadelijke stoffen vele male lager liggen dan bij

[1701] Het kan uiteraard zijn dat een dieper bassin weer andere risico's met zich brengt, waardoor een ondiep bassin toch de voorkeur verdient en dit alsnog het meest veilige ontwerp is. Het vonnis blijft als gezegd een distillaat van de gewisselde informatie. De deskundige vermeldt wel dat er altijd een restrisico zal zijn door ongeoorloofd glijgedrag, waarvoor alleen toezicht soelaas biedt, maar gezien dit type ongeval – hoofd op de bodem – had een verschil in ontwerp wellicht verschil gemaakt. Overigens behoort de producent blijkens de doctrine ook rekening te houden met voorzienbaar onjuist gebruik, waar dit gedrag mijns inziens zeker onder zou kunnen worden geschaard.

[1702] Twijfels over de testmethoden vormden tevens de kern van het volkswagenschandaal. Dat betrof alleen geen veiligheidsrisico voor de productgebruiker, doch schending van het algemene maatschappelijke milieubelang (vanwege een feitelijk hogere CO2 uitstoot), reden waarom dit schandaal hier verder onbesproken zal blijven.

feitelijk gebruik, waardoor in de praktijk de gesloten producteis uit de art. 3 lid 1 Tabaksrichtlijn[1703] wordt overschreden (NB: denk bijvoorbeeld aan gaatjes in het filter die de emissie bij meting verdunnen doch die worden dichtgedrukt bij gewoon gebruik),[1704] dan rijst de vraag of dergelijke sigaretten gebrekkig zijn. Hoewel het een feit van algemene bekendheid is dat sigaretten dodelijk en verslavend zijn, zijn zij in het licht van deze feiten nog dodelijker en verslavender dan men in de gegeven omstandigheden (o.a. gezien de gesloten norm en de informatie op de verpakking) redelijkerwijs kon verwachten, waardoor zij toch gebrekkig zijn in de zin van de richtlijn. De gebrekkige testmethode is nog niet eerder aangevoerd in een productaansprakelijkheidsprocedure tegen de tabaksindustrie.[1705] Indien met het productontwerp een testmethode wordt omzeild, dan kunnen gebruikers aan een vergelijking tussen ontwerp en de gevolgde testmethoden in dit geval mijns inziens juist argumenten vóór gebrekkigheid ontlenen. Complicatie in het onderhavige geval is echter wel dat, anders dan onder de Nieuwe Aanpak, art. 4 van de Tabaksrichtlijn niet werkt met een vermoeden op basis van geharmoniseerde normen, maar dwingend naar de testmethoden uit ISO-norm 4387 (teer), ISO-norm 10315 (nicotine), ISO-norm 8454 (koolmonoxide) en ISO-norm 8243 verwijst ter vaststelling van de maximum emissienormen voor sigaretten. De tabaksindustrie zal derhalve willen betogen dat deze praktijken wettelijk zijn toegestaan. Aan het beperkte *regulatory complianc*-verweer uit de richtlijn is evenwel niet voldaan omdat het volgen van de gesloten producteisen dan wel de testmethoden niet een onvermijdbaar hogere emissie met zich brengt: de norm dwingt immers niet tot productie conform een ontwerp waarbij het filter is geperforeerd (nr. 178). Het voorgaande laat onverlet dat het bewijs van schade en causaal verband voor de slachtoffers nog steeds een hoge drempel opwerpt om enige compensatie te krijgen.[1706]

186 Gebrekkigheid en het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV

In nr. 41 is uitgebreid het algemene veiligheidsvereiste onder de RAPV behandeld. Het algemene veiligheidsvereiste staat opgenomen in art. 2 sub b

[1703] Art. 3 lid 1 Richtlijn 2014/40/EU (Tabak, nieuw): De emissieniveaus van in de lidstaten in de handel gebrachte of geproduceerde sigaretten (‘maximumemissieniveaus’) mogen niet hoger zijn dan:
a) 10 mg teer per sigaret;
b) 1 mg nicotine per sigaret;
c) 10 mg koolmonoxide per sigaret.

[1704] Hetgeen thans het verwijt is van de slachtoffers die zich hebben verenigd onder de naam Sick of Smoking, op basis waarvan zij strafrechtelijke aangifte hebben gedaan en onsuccesvol hebben getracht vervolging af te dwingen; https://sickofsmoking.nl/nieuws/tabaksindustrie-weet-al-35-jaar-sjoemelsigaret/. Door recent RIVM onderzoek wordt thans bevestigd dat de emissie in de praktijk vele malen hoger is, https://www.rivm.nl/Documenten_en_publicaties/Algemeen_Actueel/Nieuwsberichten/2018/RIVM_meet_veel_hogere_waarden_van_teer_nicotine_en_koolmonoxide_in_sigaretten.

[1705] Zie voor Nederland bijv. Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225 (*Rokersclaim*), m.n. r.o. 5.54-5.67. Zie voor een overzicht Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 1.5.

[1706] Er is geen ruimte om causaliteitsperikelen uitgebreid te behandelen, maar naar verwachting zal een slachtoffer het moeten hebben van proportionele benaderingen.

RAPV[1707] en wordt nader geconcretiseerd in art. 3 lid 2 t/m 3 RAPV. Voorgaande uiteenzetting laat zien dat complete symmetrie tussen de criteria thans lijkt te ontbreken.[1708] Zojuist is betoogd dat de Europese *consumer expectation test* als vereiste voor productaansprakelijkheid, qua criterium en perspectief zonder nadere inkadering door de wetgever of het Hof van Justitie EU, te open is en te weinig richting geeft. Een aantal auteurs heeft reeds gesuggereerd dat het algemene veiligheidsvereiste onder art. 2 sub b RAPV, anders dan de Europese *consumer expectation test*, expliciet blijk geeft van een *risk/benefit*-benadering en dat het RAPV-criterium wellicht naar analogie zou kunnen worden toegepast bij de invulling van gebrekkigheid ter concretisering van de *consumer expectation test*.[1709] Door Verhoeven wordt zelfs bepleit om de invulling van de criteria onder beide instrumenten gelijk te stellen, omdat anders de – in zijn ogen – onwenselijke situatie zou ontstaan dat een product wel onveilig kan zijn op grond van de RAPV, maar niet

---

[1707] Volledigheidshalve nogmaals de tekst van art. 2 sub b RAPV: '*een product dat bij normale of redelijkerwijs te verwachten gebruiksomstandigheden, — ook wat gebruiksduur en eventueel indienststelling, installatie en onderhoudseisen betreft —, geen enkel risico oplevert, dan wel slechts beperkte risico's die verenigbaar zijn met het gebruik van het product en vanuit het oogpunt van een hoog beschermingsniveau voor de gezondheid en de veiligheid van personen, aanvaardbaar worden geacht, met name rekening houdende met:*
i) de kenmerken van het product, met name de samenstelling, de verpakking, de voorschriften voor assemblage, en, in voorkomend geval, voor installatie en onderhoud;
ii) het effect ervan op andere producten, ingeval redelijkerwijs kan worden verwacht dat het product in combinatie met die andere producten zal worden gebruikt;
iii) de aanbiedingsvorm van het product, de etikettering, eventuele waarschuwingen en aanwijzingen voor het gebruik en de verwijdering ervan, alsmede iedere andere aanwijzing of informatie over het product;
iv) de categorieën consumenten die bij het gebruik van het product grote risico's lopen, in het bijzonder kinderen en ouderen.
De mogelijkheid een hoger veiligheidsniveau te bereiken of andere producten met een kleiner risico aan te schaffen, volstaat niet om een product als „gevaarlijk" te beschouwen.' Volgens art. 2 sub c is een gevaarlijk product dus een product dat niet beantwoordt aan de definitie van 'veilig product' van punt b).

[1708] Zie eerder ook Miller & Goldberg 2004, 10.81, alsmede, doch kritisch, Cafaggi 2009b, p. 25 en Cafaggi 2011a, p. 117, die het heeft over een *'lack of coordination*': '*Institutional complementarity can permit divergent conclusions concerning the role of private regulation in safety regulation and product liability only if it is the outcome of a conscious process of different regulatory functions (which it is not the case in the current European framework)(...). The review process of the product safety regime should devote more attention to coordination between (private) regulation and liability.'*

[1709] Straetmans & Verhoeven 2016, p. 101 onder verwijzing naar Hodges e.a. 1996, p. 121 en (ten onrechte) Howells 2000, p. 336 die daar slechts ingaat op de verhouding tussen lid 2 en lid 3 van art. 3 RAPV (zie wel Howells 1998, p. 124), Geddes 1992, p. 36 over de oude RAPV: '*The two directives have marked similarities. The most notable of these is the almost identical concept of defective product contained in the product liability directive and of 'dangerous product' contained in the product safety directive. Indeed it is submitted that when deciding whether a product is defective within the meaning of the former directive the court would be entitled to consider those provisions of the latter directive which are clearly intended to lay down the same standard of safety but which sets out in far greater detail the relevant factors to be taken into account.'* Zie voorts p. 40: '*the standard of safety required by the directive would therefore appear to be the same or as the standard below which a product is considered to be 'defective' for the purpose of the product liability directive. The level of safety a person is entitled to expect is, it is submitted, is the same or substantially the same as one which only presents such risk as is 'acceptable and consistent with a high standard of protection' for their safety and health.'* Vgl. Hodges 1993, p. 23. Volgens Goldberg is er niet noodzakelijk een symmetrie tussen beide vereisten, ook al verwijst art. 3 lid 3 RAPV mede naar de '*veiligheid die de consument redelijkerwijs mag verwachten*', Goldberg 2013, p. 138 onder verwijzing naar Miller & Goldberg 2004, 10.81.

gebrekkig en visa versa. Wat dit concreet betekent voor bijvoorbeeld de tekst van de richtlijn licht hij alleen niet toe.[1710]

Ik pleit niet voor gelijkstelling van de criteria. Er zijn belangrijke argumenten om beide criteria tot op zekere hoogte uit elkaar te laten lopen,[1711] gezien de aard en functie van beide regelingen (o.a. het bieden van compensatie in het productaansprakelijkheidsrecht en het reguleren van markttoegang onder de RAPV met publiekrechtelijke handhaving).[1712] Van Dam wijst erop dat hoewel een onveilig product veelal gebrekkig zal zijn, een gebrekkig product niet altijd onveilig hoeft te zijn in de zin van de RAPV. De Richtlijn Productaansprakelijkheid heeft een repressief karakter en ziet mede op compensatie en een rechtvaardige verdeling van risico's tussen producent en het slachtoffer, terwijl onder de RAPV preventie meer centraal staat. Het veiligheidsbegrip onder de RAPV behelst het afwegen van het risico van het product ten opzichte van het algemeen belang (*general public*).[1713] Het expliciet overnemen van de gezichtspunten onder de RAPV onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid lijkt mij geen goed idee omdat ik veel voel voor de opmerking van Dam: een risicoanalyse in algemene termen is anders dan een beoordeling van de risicoanalyse en het risicomanagement in een individueel geval.[1714] Een *cost/benefit*-analyse in het algemeen belang is een andere dan een *cost/benefit*-analyse in een individueel geval. De norm die wordt gebruikt bij het beantwoorden van de vraag of een product ex ante moet worden verboden, kan dus afwijken van de norm die wordt gebruikt bij de beslissing of ex post schadevergoeding moet worden betaald.

Het volledig overnemen van de veiligheidsnorm uit de RAPV bij gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid kan voor aanvullende problemen zorgen gezien de nadere concretisering van het algemene criterium in de RAPV. Het algemene veiligheidsvereiste onder art. 2 sub b RAPV wordt ingevuld via art. 3 lid 2 RAPV. Dit artikel bepaalt samengevat dat het nationale recht geldt daar waar EU-recht ontbreekt en dat een bewijsvermoeden geldt bij de naleving van geharmoniseerde normen.[1715] Mijns

---

[1710] Zie stelling 3 van het proefschrift van Verhoeven 2017, p. 581. Vgl. ook Keirse 2015a, p. nr. 138a.

[1711] Zie eerder ook Van Leeuwen 1990, p. 14 en Van Doorn & Pape 2015, p. 344 en 345, die dan met name op het *regulatory compliance defence* wijzen, maar er pleit meer voor het onderscheid.

[1712] Verhoeven 2017, p. 172 lijkt dit zelf ook te zien. Hij haalt rechtspraak aan van de Belgische Raad van State waaruit volgt dat de lijst uit art. 3 lid 3 RAPV als geïmplementeerd in het Belgische recht als exhaustief moet worden beschouwd.

[1713] Van Dam 2013, p. 422, zoals ook aangehaald door Fairgrieve e.a. 2016, p. 101.

[1714] Vgl. ook Vranken die in het kader van 'interne rechtsvergelijking' erop wijst dat coherentie een eis van behoren is en moet worden nagestreefd, en verschillen alleen te rechtvaardigen zijn indien en voor zover zij steunen op zakelijke argumenten, *Asser/Vranken Algemeen deel*** 1995/191. Hier zijn die zakelijke argumenten aanwezig, zie hierna.

[1715] 'a*) de niet-bindende nationale normen tot omzetting van andere dan de in lid 2 bedoelde relevante Europese normen*
b) de normen van de lidstaat waar het product wordt verhandeld,
c) de aanbevelingen van de Commissie met richtsnoeren voor de beoordeling van de productveiligheid
d) de gedragscodes inzake productveiligheid van de betrokken sector
e) de huidige stand van vakkennis en techniek
f) de veiligheid die de consument redelijkerwijs mag verwachten.'

inziens kan het bewijsvermoeden uit art. 3 lid 2 RAPV niet worden overgenomen in het productaansprakelijkheidsrecht. Het bewijsvermoeden bij het volgen van geharmoniseerde normen uit art. 3 lid 2 RAPV is weliswaar weerlegbaar in de zin dat ook indien het product aan de in art. 3 lid 2 genoemde normen voldoet, het mag worden verboden indien het gevaarlijk lijkt te zijn of is ex art. 3 lid 4 jo. 8 lid 1 (i.h.b. sub b, c, d, e en f) RAPV. Bij de naleving van geharmoniseerde normen is het aan de autoriteiten om te motiveren waarom het product alsnog onveilig is, wil het kunnen worden tegengehouden.[1716] Het overnemen van dit vermoeden bij de gebrekkigheid onder de richtlijn productaansprakelijkheid betekent dat de bewijspositie van de gebruiker vanwege zijn informatieachterstand onevenredig zou worden verzwaard.

Ontbreken geharmoniseerde normen dan bevat art. 3 lid 3 RAPV een lijst van nadere gezichtspunten. De Europese Commissie gaat uit van enige hiërarchie tussen de in de lijst genoemde factoren (nr. 41), hetgeen vanuit het oogpunt van publiekrechtelijke handhaving en rechtszekerheid te rechtvaardigen is (nr. 75), maar bij productaansprakelijkheid niet altijd passend is. Juist omdat de beoordeling van gebrekkigheid in het privaatrecht afhankelijk is van de stellingen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, is een leidende rol voor geharmoniseerde normen bij de gebrekkigheidsbeoordeling niet altijd gewenst. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt alsmede vanuit Europees rechtelijk perspectief ligt voor de hand dat de veiligheidsbeoordeling door autoriteiten plaatsvindt aan de hand van een voor de burger voorzienbare, hiërarchische lijst van criteria.[1717] In het bestuursrecht gelden immers het formele rechtszekerheids-, het legaliteits- en het gelijkheidsbeginsel,[1718] op basis waarvan het voorshands duidelijk moet zijn wat de rechtspositie van de burger is en op grond van welke normen een bestuursorgaan als de NVWA tot handhaving kan overgaan. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief moet het voor lidstaten duidelijk zijn welke ruimte zij nog hebben ten opzichte van het EU-recht om tot het stellen van nationale producteisen over te kunnen gaan in het licht van het voorrangsbeginsel en het voorkomen van kwalitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking in de zin van art. 34 VWEU. Rechtszekerheid is ook in het privaatrecht een groot goed, doch staat niet altijd voorop in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval. Zou men art. 3 lid 3 RAPV, dat tekstueel de nadruk legt op geschreven normen, overnemen onder het gebrekkigheidsvereiste in de richtlijn productaansprakelijkheid, dan loopt men het risico dat de overige concrete omstandigheden van het geval onder die laatste regeling naar de achtergrond verdwijnen, hetgeen onwenselijk is.

[1716] Dat geldt in ieder geval wanneer het product aan geharmoniseerde normen voldoet. Voor normen anders dan geharmoniseerde normen volgt dit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
[1717] Vgl. Hodges e.a. 1996, p. 127 en 129 alsmede Howells 2000, p. 337 en 338 die op deze hiërarchie wijzen, zoals ook aangehaald doch weersproken door Verhoeven 2017, p. 172.
[1718] Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 1 (HSB)* 2017/312 e.v. resp. 328 e.v.

Tegelijkertijd kan ik me niet aan de indruk onttrekken dat in productaansprakelijkheidsprocedures technisch complexe vragen uit een oogpunt van slachtofferbescherming soms worden omzeild, alsmede dat *cost/benefit*- en *risk/benefit*-benaderingen en de rol, inhoud en toepassing van normalisatienormen soms worden genegeerd. In die gevallen loopt de risicobeoordeling in het publiekrecht en privaatrecht zover uiteen dat men het risico loopt dat het civiele eindoordeel wel heel ver komt te staan van de maatschappelijke realiteit (vgl. de *Sanofi*-zaak).[1719] In dat verband is het niet verkeerd als vaker omstandigheden als genoemd in art. 3 lid 2 en 3 RAPV bij de invulling van de gebrekkigheid worden betrokken, mits hierover door partijen feiten worden aangedragen. In dat geval stellen de feiten de rechter in staat zijn oordeel nader te specificeren en te onderbouwen (nr. 273).

Blijkens de doelstellingen van de richtlijn, die door het Hof in de recente jurisprudentie telkens worden aangehaald, is een rechtvaardige verdeling van risico's mede het doel.[1720] Mijns inziens kan in uitzonderlijke gevallen vanuit een oogpunt van individuele en/of distributieve rechtvaardigheid soms toch tot gebrekkigheid worden geconcludeerd daar waar onder het RAPV-criterium wellicht niet tot onveiligheid kan worden gekomen, doch hier moet terughoudend mee worden omgegaan. Zo moet in mijn ogen generieke causaliteit ten tijde van de behandeling in rechte vast staan en moeten andere publieke voorzieningen (denk aan fondsen) ontbreken.[1721] Daarnaast dient de rechter hier transparant over te zijn in de motivering.[1722] Het gaat hier om de fundamentele vraag of de geïmplementeerde Richtlijn Productaansprakelijkheid een grondslag voor schadevergoeding zou kunnen vormen, ook daar waar objectief gezien in het licht van de destijds bestaande kennis en het algemeen belang een gerechtvaardigde keuze is gemaakt om een product in het verkeer te brengen (zowel door de Staat als door de producent). In essentie is het antwoord daarop een normatieve keuze.[1723] Mijn antwoord luidt: 'ja, maar in hoogst uitzonderlijke gevallen.'

187 Gebrekkigheid en andere invloed van productnormen?

Het Hof maakt in de *Boston*-zaak geen koppeling met het bestaande productveiligheidsrecht voor de beoordeling van gebrekkigheid van medische hulpmiddelen. De A-G schetst deze context wel en beoordeelt de gebrekkigheid op een bijzondere manier in het licht van het

[1719] De *Sanofi*-procedure over intentingen en MS in Frankrijk vormt het meest illustratieve voorbeeld van hoe aan de hand van *circumstancial evidence* tot bewijs van gebrekkigheid en causaliteit kan worden gekomen.
[1720] Overweging 2 van de richtlijn, zoals ook aangehaald in HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*), overweging 32, onder verwijzing naar HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), overweging 42.
[1721] Vgl. in verband met dit laatste punt Rajneri e.a. 2018, waaruit volgt dat in Italië, het VK, Frankrijk en Duitsland, voor vaccinatieslachtoffers fondsen bestaan of andere vormen van sociale zekerheid. In algemene zin zal de wetgever de meest gerede macht zijn om dit soort voorzieningen te treffen. Blijft deze stilzitten dan kan alsnog de rechter aan zet zijn.
[1722] Vgl. in algemene zin Van der Linden & De Jong 2017.
[1723] Zie tevens mijn eerdere kritiek n.a.v. het *Sanofi*-arrest, Veldt & Wissink 2017, p.259.

productveiligheidsrecht en de strenge eisen die aan deze producten onder de Richtlijn Medische hulpmiddelen worden gesteld.[1724] Hij wijst daarbij op de essentiële eis uit Bijlage I, deel 1, punt 1, eerste alinea, waaruit samengevat volgt dat de hulpmiddelen zodanig moeten zijn ontworpen en vervaardigd dat het gebruik ervan geen gevaar oplevert voor de klinische toestand of de veiligheid van de patiënt indien ze worden geïmplanteerd op de voorgeschreven wijze en met de doeleinden die daarvoor zijn vastgesteld. Dit lijkt een absolute veiligheid, ware het niet dat hij ten onrechte geen aandacht besteedt aan de rest van deze bepaling waarin staat:

> 'met dien verstande dat eventuele risico's die aan het beoogde gebruik ervan kunnen zijn verbonden, aanvaardbare risico's vormen ten opzichte van het nut van het hulpmiddel voor de patiënt en verenigbaar zijn met een hoog niveau van bescherming van de gezondheid en de veiligheid'.

De *cost/benefit*-benadering die hieruit spreekt acht ik in het algemeen – bij medische hulpmiddelen in het bijzonder – voor het ontwerp mede relevant. Bij abnormale risico's als gevolg van een onbedoeld ontwerpgebrek of productiefout is er echter sprake van een verhoogd risico op uitval dat niet is voorzien en ook niet meer wordt gerechtvaardigd door enige baten (lees: een groter risico van dit product ten opzichte van andere producten met dezelfde productiekosten en vergelijkbare benefits). Doordat de A-G geen onderscheid maakt naargelang de aard van het gebrek en ook nog eens selectief citeert, ontstaat onduidelijkheid.[1725] In de verdere overwegingen gaat hij in op de pre-marketingverplichtingen. Aldus is het niet zozeer een schending van een concrete productnorm die hij voor gebrekkigheid van belang acht, als wel de aanwezigheid van uitgebreide regulering, de indeling van de producten in de meest risicovolle klasse en de bijbehorende conformiteitsbeoordelingsprocedures, die de bijzondere aard van het product zouden illustreren. Men moet er alleen voor waken zijn overwegingen te lezen alsof de veiligheidsverwachting moet worden gerelateerd aan wat ik maar noem 'de reguleringsintensiteit'. Alsof bij het uitblijven van regulering van producten van het veiligheidsniveau opeens minder mag worden verwacht. Dat is onjuist.

188 Het vereiste van causaal verband bij productaansprakelijkheid

De betekenis van de productnorm bij de gebrekkigheid tikt tot op zekere hoogte door in de waardering van het bewijs van causaliteit, omdat bij causaal verband dient te worden beoordeeld of de schade door het gebrek is veroorzaakt. Gaat het om schending van een productnorm die direct de

[1724] Zoals besproken in Veldt & van Boom 2015, p. 390 onder verwijzing naar Concl. A-G Bot bij *Boston* onder 43-46.

[1725] Zoals ik eerder met Van Boom heb opgemerkt, spitst het Hof de gebrekkigheid niet toe en is de aard van het gebrek i.c. niet helemaal duidelijk, Veldt & van Boom 2015, p. 388, onder verwijzing naar Concl. A-G onder 52.

gebrekkigheid invult, dan moet dus worden beoordeeld of schending van de productnorm ook de oorzaak van de schade is.

Hoewel de Richtlijn Productaansprakelijkheid als gezegd maximumharmonisatie beoogt, wordt het causaliteitsvereiste niet nader in de richtlijn gedefinieerd, waardoor onduidelijk is of dit begrip materieelrechtelijk Europees dient te worden geïnterpreteerd.[1726] Mijns inziens is aannemelijk dat de invulling ervan wordt overgelaten aan het nationale recht.[1727] Uit de zaak *Sanofi* blijkt dat het de nationale rechter onder omstandigheden is toegestaan de gebruiker tegemoet te komen en het bewijs van causaal verband voor hem te verlichten. [1728]

Uit art. 4 van de richtlijn en de zaken *Novo Nordisk* en *Sanofi* volgt dat een nationale (on)geschreven regel die de bewijslast voor de gebruiker onder de richtlijn omkeert, in strijd zou kunnen komen met doel en strekking van de richtlijn.[1729] Volledige omkering, tevens inhoudende een omkering van bewijsrisico, is onder ons nationale recht echter zeldzaam. Over het algemeen zullen de constructies die onder art. 6:162 lid 1 BW worden gebruikt bij schending van productnormen ook onder de richtlijn zijn toegestaan, omdat geen van deze constructies ook een bewijsrisico-omkering impliceert (zie nader § 7.5).

7.2.4 Tussenconclusie

189 Principiële keuzes ter invulling van het gebrekkigheidscriterium en *guidance*

Uit het voorgaande volgt dat zolang de EU-wetgever noch het Hof van Justitie fundamentele uitspraken doet over de invulling van het gebrekkigheidsvereiste, niet met zekerheid valt te zeggen hoe de naleving dan wel schending van productnormen rechtens zal moeten worden gewaardeerd. De keuzes die in de invulling van de Europese *consumer expectation test* worden gemaakt, zullen de wijze waarop producteisen en geharmoniseerde

[1726] Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:188 BW, aant. 2.3 en aldaar genoemde bronnen (actueel t/m 04-05-2019).

[1727] Zie ook Wuyts 2014, p. 5-6. Anders, nl. vóór EU-uitleg, Howells 2008, p. 129. Causaliteit lijkt een typisch nationale aangelegenheid, Van Dam 2013, p. 307-308. In het *Sanofi*-arrest heeft het HvJ EU zich beperkt tot de beantwoording van de vragen over het bewijs van causaliteit en niets gezegd over de materiële invulling ervan onder de richtlijn, Veldt & Wissink 2017, p. 259.

[1728] Zie eerder Dommering-van Rongen 2000, p. 178 die op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn en de implementatie ervan in het BW oordeelt dat art. 4 slechts een hoofdregel geeft waarvan mag worden afgeweken. Keirse 2015a, p. 149 en 153. Van Doorn & Pape 2015, p. 334, die wel ruimte zien, doch terughoudendheid bepleiten gezien de bedoeling van de Europese wetgever.

[1729] HvJ EU (Vierde kamer) 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385 (*Novo Nordisk Pharma/S*), overweging 26 en 28. Zie voorts HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.*) en Veldt & Wissink 2017 met aldaar genoemde eerdere opvattingen. O.a. Van Doorn & Pape 2015, p. 334 die wel ruimte zien, doch terughoudendheid bepleiten gezien de bedoeling van de Europese wetgever. Eerder Giesen 2014, paragraaf 4, die wijst op de maximumharmonisatie, waardoor afwijkingen op het punt van causaliteit niet door de beugel zouden kunnen, onder verwijzing naar HvJ EG (Vijfde kamer) 25 april 2002, C-183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*) en HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*). Hoewel uit deze zaken blijkt dat de richtlijn maximumharmonisatie beoogt, zien deze niet op causaliteit. Causaliteit blijft een lastig punt nu de invulling ervan aan de nationale lidstaten wordt gelaten.

normen daarbinnen betekenis krijgen, beïnvloeden. Aangezien van het gebrekkigheidscriterium aangenomen wordt dat het is geïnspireerd op een codificatie van algemene rechtsopvattingen[1730] en het Hof van Justitie EU zich bij uitleg van het EU-recht vaak mede laat inspireren door beginselen die de lidstaten gemeen hebben, zou het niet verkeerd zijn als het Hof wat meer aandacht aan die nationale interpretaties en toepassingen zou besteden.

Mijns inziens is het mogelijk en wenselijk *risk/benefit*-benaderingen toe te passen onder het gebrekkigheidscriterium door ze met name relevant te laten zijn bij de beoordeling van het verweer van de producent tegen ontwerpgebreken, met name bij producten met een bijzonder nut. Op die manier blijft productaansprakelijkheid beter hanteerbaar en voorspelbaar, zonder dat de bewijspositie van gelaedeerde onevenredig wordt verzwaard.

Wordt deze opvatting gevolgd dan kan aan het volgen van gesloten producteisen ter betwisting van gebrekkigheid, met name bij vermeende ontwerpgebreken, meer gewicht toekomen. Dat is gerechtvaardigd, omdat Europese wetgever zich ten opzichte van de civiele rechter in een veel betere informatiepositie bevindt. De Europese wetgever beschikt indien gesloten producteisen bestaan, veelal over zeer volledige, gedetailleerde en actuele kennis over de risico's.[1731] Mijns inziens is de bevrijdende werking echter niet absoluut. In de risicoanalyse die rechter achteraf onder dit normatief-geobjectiveerde criterium als het ware dient te reconstrueren, kunnen mogelijk andere feiten worden betrokken dan die de wetgever in zijn analyse heeft betrokken, bijvoorbeeld indien er achteraf bezien ten tijde van het opstellen van de norm meer of andere kennis beschikbaar was (*risk assessement*). Ook het antwoord op de vraag hoe naar aanleiding van risico's wordt ingegrepen (*risk management*) kan ex ante anders zijn en van andere omstandigheden afhangen dan ex post. De wetgever zal zich laten moeten laten leiden door een afweging van algemene belangen, waarbij de rechter bij de toets aan de gebrekkigheid die de basis vormt voor het al dan niet toekennen van compensatie mede oog dient te hebben voor andere meer individuele c.q. partijgebonden belangen. Bovendien wordt door de EU-wetgever door tal van factoren niet altijd tot normstelling overgegaan of kunnen normen leemtes bevatten, waardoor het privaatrecht onder omstandigheden verder moet kunnen gaan (zie hoofdstuk 5).

Denkbaar is dat in de toekomst in het licht van overweging 2 van de considerans van de richtlijn – een rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico's – het gebrekkigheidscriterium wordt opgerekt om op grond van rechtspolitieke argumenten en uit een oogpunt van distributieve rechtvaardigheid, in bepaalde gevallen toch schadevergoeding toe te kennen. *Risk/benefit*-benaderingen verdwijnen in zo'n geval naar de achtergrond. Het minder

[1730] Dommering-van Rongen 1991, p. 67.

[1731] Vgl. Borghetti in Rajneri e.a. 2018, p. 87 en in noot 128 in relatie tot de vacinatieproblematiek. In zekere zin brengt dat – zoals Borghetti het omschrijft – bij medicijnen een '*pre-emption problem*' met zich dat een vergunning niet-gebrekkigheid lijkt mee te brengen, tenzij bij de vergunningverlening een fout is gemaakt.

relevant achten van *risk/benefit*-benaderingen maakt productaansprakelijkheid echter minder goed voorspelbaar. Het geeft de rechter veel vrijheid en voedt rechtsonzekerheid, zolang er geen voorspelbare alternatieve maatstaf is. Ik pleit er dan ook voor om bij ontwerpgebreken *risk/benefit*-benaderingen in beginsel tot uitgangspunt te nemen.

Hoewel de richtlijn op het punt van de gebrekkigheid sterk is bekritiseerd, ligt herziening van de richtlijn gevoelig. Het precaire evenwicht tussen de belangen van consumenten en die van producenten en de interne markt maakt dat er weinig politieke wil is tot grote herziening.[1732] Gezien de eerdere grote politieke discussies over het gebrekkigheidsvereiste en ontwikkelingsrisicoverweer[1733] verwacht ik geen herziening van de richtlijn op deze punten.

Thans is door de EC een *expert group on liability and new technologies* benoemd met twee subcommissies[1734] met als doel aanbevelingen te doen om de richtlijn aan te passen, dan wel meer guidance te geven ten aanzien van de onduidelijkheden, waarbij met name aandacht moet worden besteed aan risico's die samenhangen met nieuwe technologie.[1735] Het zou mooi zijn als deze principiële controverse langs voornoemde lijnen in een *guidance document* kan worden opgelost (vgl. nr. 32). Daarbij zou inspiratie kunnen worden geput uit het algemene veiligheidscriterium uit art. 2 sub b RAPV. Ook zou kunnen worden geopteerd voor een aanvullende niet-limitatieve lijst van gezichtspunten die weliswaar op art. 3 lid 2 en lid 3 RAPV kan worden geïnspireerd, doch die daar spiegelbeeldig aan is (NB: een lijst van normen die bij schending een aanwijzing voor gebrekkigheid vormen in plaats van die een vermoeden van veiligheid rechtvaardigen) en die uitdrukkelijk niet hiërarchisch is.[1736]

Durft de *expert group* hier zijn handen niet aan te branden[1737] en blijft de wetgever zwijgen, dan kan het Hof van Justitie worden geadieerd. Is de Richtlijn Productaansprakelijkheid van toepassing, dan heeft het Hof veel ruimte voor rechtsvorming nu de materiële rechtsvraag hoe Europese productnormen zich verhouden tot de gebrekkigheid volledig door het EU-

[1732] COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 13.
[1733] Illustratief is het artikel van Stolker 1989 waarin de discussie destijds treffend wordt weergegeven. Mijn indruk is dat hierin niet veel is veranderd.
[1734] Expert Group on liability and new technologies (E03592), http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3592&NewSearch=1&NewSearch=1.
[1735] COM(2018) 246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018 8, p. 10.
[1736] Op dit punt sluit mijn conclusie voor het privaatrecht deels aan bij Verhoeven, doch zijn analyse besteedt geen aandacht aan het nut en de noodzaak voor een strakkere hiërarchische lijst van gezichtspunten onder de RAPV vanuit publiekrechtelijk oogpunt.
[1737] Drie van de vier auteurs van het volgende artikel zitten in deze expert group en tussen hen kan over het materiële gebrekkigheidscriterium al geen consensus worden bereikt, Rajneri e.a. 2018. Zie voor de leden: http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3592.

recht wordt beheerst. De nationale rechter vervult evenwel een sleutelfunctie in de voorlichting van de het Hof over de feiten waarop de norm is gebaseerd en die voor de beantwoording van deze rechtsvraag van belang kunnen zijn. De betekenis van productnormen voor de bewijswaardering zal naar verwachting grotendeels aan de nationale procedurele autonomie worden gelaten.

Ten overvloede zij erop gewezen dat de aanwezigheid van de documentatieplicht (nr. 46), de gebruiker *de facto* nog kan helpen in het bewijs van productaansprakelijkheid. Voor zover een gecodificeerd recht op informatie ontbreekt (vgl. nr. 71 en 75) kan onder ons nationale procesrecht gewerkt worden met een verzwaarde motiveringsplicht voor de producent of kan art. 22 Rv of 843a Rv wellicht soelaas bieden. [1738] Een technisch dossier bevat weliswaar bedrijfsgevoelige informatie doch kan – mits er voldoende zwaarwegende belangen zijn aan de zijde van de verzoeker en aan de overige vereisten is voldaan – vatbaar zijn voor een vordering ex art. 843a Rv.[1739]

190 De richtlijn als toekomstige grondslag voor ge- en verboden: pas op de plaats

Vanwege het ex post karakter van aansprakelijkheid gaat in de recente literatuur steeds meer belangstelling uit naar de remedies van ge- en verbod (art. 3:296 BW e.v.) die door gebruikers eerder kunnen worden ingezet dan schadevergoeding en daarmee kunnen bijdragen aan preventie.[1740]
Voor gevallen waarin individuele gebruikers vanwege het kleine belang (denk aan strooischade), de hoge kosten[1741] of informatieachterstanden niet over zullen gaan tot het instellen van een ge- of verbodsactie, zou de collectieve actie een prikkel tot naleving kunnen bieden (vgl. art. 3:305a e.v. BW).[1742]
Recent is een voorstel gedaan om de Richtlijn Collectieve acties te herzien om ook de collectieve schadevergoeding voor consumenten op grond van de schending van tal van EU-recht bepalingen mogelijk te maken.[1743] De annex bij

[1738] Vgl. ook § 84 Abs. 1 AMG dat patiënten het recht geeft op toegang tot informatie over bijwerkingen van geneesmiddelen, dat volgens het Hof van Justitie EU niet in strijd is met de Richtlijn Productaansprakelijkheid, HvJ EU (Vierde kamer) 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385 (*Novo Nordisk Pharma/S*).
[1739] Vgl. voor een toewijzing van een vordering ex art. 843a Rv van een importeur m.b.t. medische hulpmiddelen, Rb. Rotterdam 29 maart 2011, (zaak-/rolnummer 371783/ KG-ZA 11-86, niet gepubliceerd). Voor een afwijzing van een vordering van een distributeur inzake cosmetica/medische hulpmiddelen, Hof Amsterdam 18 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ3728 . Vgl. ook Hof Amsterdam 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3204 m.b.t. interne rapportages over de fyra-treinen, waarin de vordering werd afgewezen. Ten tijde van het afsluiten van het manuscript was slechts Voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht d.d 31-05-2018 (Concept) bekend.
[1740] Ogus & Visscher 2010.
[1741] Het probleem van rationele apathie.
[1742] Voor Nederland uitgebreid Faure & Visser 2015, p. 9 e.v. Zie eerder ook Van den Bergh & Visscher 2007. In internationaal verband o.a. Hodges e.a. 2012, p. 1 e.v.
[1743] COM(2018) 184 - Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, Annex I. Nederland kende al de collectieve actie. Recent is de wet afwikkeling massaschade in collectieve actie in Nederland door het wetgevingsproces geloodst, Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie van 20-03-2019, *Stb.* 2019, 130 (Kamerstukken 34 608).

het voorstel noemt nu ook de Richtlijn Productaansprakelijkheid.[1744] Het Europees Parlement heeft aan deze lijst ook de RAPV en de Laagspanningsrichtlijn toegevoegd. Zonder nadere concretisering op het punt van de gebrekkigheid bestaat het risico dat wanneer onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid de gebrekkigheid strenger dan wel anders wordt genormeerd dan onder het productveiligheidsrecht, het *level playing field* dat wordt gecreëerd via het productveiligheidsrecht door de civiele rechter met toepassing van de richtlijn door collectieve verbodsacties weer wordt uitgehold. Dat zou niet erg zijn daar waar naar huidige maatstaven bijvoorbeeld objectief en met zekerheid valt vast te stellen dat een Europese productnorm destijds is vastgesteld op basis van onjuiste informatie en daardoor tekortschiet (ex post), maar een collectieve *verbod*sactie kenmerkt zich juist door het ex ante karakter. Het gebruik van het gebrekkigheidscriterium als grondslag voor verbodsacties gaat bovendien uit van de assumptie dat de civiele rechter onder omstandigheden beter zou kunnen zijn geïnformeerd dan de wetgever, hetgeen een positie is die in het licht van het partijdebat zelden kan worden bereikt. De Richtlijn Productaansprakelijkheid staat mede in dienst van de compensatie (en de daarachterliggende doelen), hetgeen de invulling van het gebrekkigheidsvereiste kan beïnvloeden. De Richtlijn Productaansprakelijkheid leent zich zonder duidelijkere invulling van het gebrekkigheidsvereiste op dit punt in mijn ogen dus niet voor een collectieve *verbod*sactie, hooguit als secundaire grondslag daar waar productnormen in het geheel ontbreken. Het productveiligheidsrecht lijkt daarentegen wel uitstekend voor verbodsacties geschikt. Deze staan evenwel onder de voorgestelde richtlijn alleen open voor consumenten, terwijl andere marktdeelnemers naar verwachting in een betere informatiepositie zullen verkeren al het gaat om inbreuken. Zie nr. 285, over het openstellen van privaatrechtelijke remedies voor andere marktdeelnemers.

[1744] De voorgestelde Annex noemt ook Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek) en Verordening (EG) Nr. 1272/2008 (CLP).

7.3 ONRECHTMATIGE DAAD

191 Introductie

Naar Nederlands recht is sprake van een onrechtmatige daad in geval van een inbreuk op een recht dan wel een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 1 jo. lid 2 BW). Europese productnormen hebben in potentie invloed op de normstelling bij de laatste twee categorieën, die dan ook hierna aan de orde zullen komen.[1745]

Onder het theoretische kader van strijd met de wet (§ 7.3.1) komen het Duitse en het Engelse recht aan bod (§ 7.3.1.1 respectievelijk § 7.3.1.2). Vervolgens bespreek ik de betekenis van productnormen voor de Nederlandse onrechtmatigheidscategorie van de wetschending (§ 7.3.1.3). De toerekenbaarheid en de relativiteit zijn als vereisten voor alle onrechtmatigheidscategorieën van belang, doch worden bij strijd met de wet separaat behandeld, omdat het onderscheid met het onrechtmatigheidsvereiste bij deze categorie van onrechtmatigheid het sterkst naar voren komt (§ 7.3.1.4 respectievelijk § 7.3.1.5).

Vervolgens wordt de categorie strijd met het ongeschreven recht behandeld (§ 7.3.2). Hier wordt ingegaan op het Duitse recht (§ 7.3.2.1), op het Engelse recht (§ 7.3.2.2). Vervolgens worden de algemene uitgangspunten uit de Nederlandse doctrine en jurisprudentie over de betekenis van (andere) wettelijke en alternatieve normen voor het ongeschreven recht behandeld (§ 7.3.2.3). Hierna wordt de feitenrechtspraak over normalisatienormen besproken (§ 7.3.2.4) Ten slotte zal de betekenis van Europese productnormen voor de hier onderzochte rechtsverhoudingen aan de orde komen (§ 7.3.2.5).

Paragraaf 7.3.2 is uitgesplitst in een algemeen deel en een bijzonder deel dat ziet op de hier centraalstaande rechtsverhoudingen, omdat tegenwoordig wordt aangenomen dat van het gebrekkigheidsbegrip uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid enige reflexwerking uitgaat. Dat vraagt een nadere inpassing van dit richtlijnbegrip in ons nationale privaatrecht en veroorzaakt – zoals ik zal betogen – coherentieproblemen.

De toerekenbaarheid en relativiteit van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen niet separaat aan de orde laten komen.

Vervolgens worden als bijzondere categorieën van de onrechtmatige daad oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame behandeld (§ 7.4). Het vereiste van causaal verband bij onrechtmatige daad zal in paragraaf 7.5 aan de orde komen.

[1745] Een schending van een Europese productnorm kan eveneens worden gekwalificeerd als een inbreuk op een recht, mits het gedrag zelf inbreuk maakt op het subjectieve recht en de inbreuk niet slechts het gevolg is van de daad.
Deze uitleg van rechtsinbreuk is thans de heersende leer, gebaseerd op TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 614 en uitgewerkt door Sieburgh 2000, p. 64, zoals ook aangehaald door Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.5.6 (actueel t/m 15-01-2018); *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015*/47. Europese productnormen zijn op die geschreven privaatrechtelijke norm echter niet van invloed. Dit zou anders zijn als de leer Smits zou gelden, doch dit is niet het geval.

192 Algemene uitgangspunten

De nationale regeling van de onrechtmatige daad (voor Nederland art. 6:162 lid 1 e.v. BW) is naast de Richtlijn Productaansprakelijkheid van groot belang. Niet alleen kan door gelaedeerden op de regeling van de onrechtmatige daad worden teruggevallen indien een productaansprakelijkheidsvordering is vervallen of verjaard[1746] of indien na subrogatie de tijdelijke regeling verhaalsrechten aan toepassing in de weg staat (art. 6:197 BW).[1747] Het is ook de belangrijkste grondslag voor aansprakelijkheid in gevallen waarin de richtlijn materieel niet van toepassing is, zoals voor aansprakelijkheid voor andere schade dan als bedoeld in de richtlijn, bijvoorbeeld voor schade aan zaken voor professioneel gebruik.[1748] Deze grondslag wordt ook gebruikt voor andere rechtsverhoudingen dan die tussen de producent en de gebruiker, bijvoorbeeld voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de leverancier die voldoet aan de wegwijsplicht (nr. 238).[1749] Productaansprakelijkheid kan samenlopen met puur nationale grondslagen voor aansprakelijkheid, doch voor het verhaal van schade aan zaken buiten de privésfeer of andere economische schade op de producent is art. 6:162 BW de enige buitencontractuele grondslag.[1750]

In het buitenland lijken wettelijke eisen en normalisatienormen met name een rol te spelen bij de formulering en invulling van zorgplichten. In met name Duitsland en Engeland bestaat veel rechtspraak over de vraag hoe wettelijke normen en normalisatienormen van invloed kunnen zijn op de invulling van zorgplichten, die hieronder aan de orde zal komen. In de meeste jurisdicties geldt als uitgangspunt dat het *volgen* of naleven van wettelijke normen niet altijd aan aansprakelijkheid in de weg staat, terwijl een *schending* van een wettelijke norm veelal onrechtmatigheid met zich brengt, direct via schending van een wettelijke plicht, dan wel indirect via schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.[1751] Een vergelijkbare doch minder sterke lijn geldt voor normalisatienormen. Het *schenden* van een normalisatienorm zal veelal een sterke aanwijzing zijn voor onrechtmatigheid. Het *volgen* van een normalisatienorm vormt slechts een lichte aanwijzing voor het in acht nemen

[1746] Keirse & Van den Berg 2002, p. 202; Keirse 2015a, p. 155. Zie voor de termijnen art. 10 resp. 11 van de richtlijn als geïmplementeerd in art. 6:191 lid 1 en 2 BW, zijnde 3 jaar na aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden of had moeten worden, resp. 10 jaar na aanvang van de dag, volgend op die waarop de producent het product in het verkeer heeft gebracht.

[1747] Zoals besproken en reeds bekritiseerd in Veldt & van Boom 2015, p. 391. De rechter hoeft niet tot *contra legem* toepassing over te gaan (vgl. HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez/CICOA*), r.o. 25), maar kan bijdragen aan een doeltreffende toepassing van de richtlijn door reflexwerking van de gebrekkigheid op de onrechtmatigheid toe te staan en vol toe te rekenen krachtens verkeersopvatting via richtlijnconforme interpretatie.

[1748] Giesen 2010, p. 182.

[1749] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/272. Zie ook Keirse 2015a, p. 155 en Keirse 2014, p. 59, die wijst op de grote rol van deze route. Zie ook Veldt & van Boom 2015.

[1750] Art. 13 Richtlijn zoals geïmplementeerd met art. 6:193 BW; Keirse 2015a, p. 155.

[1751] Van Boom 2007, p. 430 en 431; Cafaggi 2009b, p. 23. Volgens Cafaggi resulteert schending van wettelijke normen bij risicoaansprakelijkheden eerder in aansprakelijkheid dan bij schuldaansprakelijkheden, Cafaggi 2009a, p. 220.

van de vereiste zorgvuldigheid.[1752] Het *schenden* van een normalisatienorm kan resulteren in een bewijsvermoeden dat een zorgplicht is geschonden, maar dat vermoeden kan worden ontkracht indien de laedens bijvoorbeeld de overbodigheid of veroudering van een normalisatienorm (*obsolescence*) kan aantonen.[1753]

7.3.1 Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid

7.3.1.1 Duits recht

193 Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid

Strijd met de wet is naar Duits recht geregeld in § 823 Abs. 2 BGB. Dit artikel bevat het relativiteitsvereiste. Naar Duits recht hangt het van de concrete bewoordingen van de verplichting af of deze als *Schutzgesetz* kan worden gekwalificeerd.[1754] § 4 Abs. 1 en 2 GPSG (oud) (thans § 3 Abs. 1 en 2 ProdSG) – dat de plicht voor de producent uit de RAPV implementeert om alleen veilige producten op de markt te brengen – zijn in de rechtspraak als *Schutzgesetz* aangemerkt. Van nevenverplichtingen, zoals de klikplicht in § 5 Abs. 2 GPSG (thans § 6 Abs. 4 ProdSG), wordt dit betwijfeld.[1755] Producteisen onder het Europees productveiligheidsrecht worden, al dan niet na implementatie, als *Schutzgesetz* aangemerkt in de zin van § 823 Abs. 2 BGB. Deze strekken mede tot bescherming van de individuele belangen of rechten van consumenten, gebruikers en andere derden voor wat betreft de veiligheid. Een schending van dergelijke bepalingen door een marktdeelnemer kan dus resulteren in aansprakelijkheid jegens deze personen.[1756] Volgens de literatuur beschermen producteisen met name tegen het ontstaan van personen- en zaakschade, doch niet tegen schade aan andere vermogensbelangen (*reiner Vermögensschaden*).[1757]

[1752] Cafaggi 2009b, p. 23: *'The general rule, with some differences across MSs, is still that compliance with technical standards does not exclude liability, i.e. is not a defence but has evidentiary value, while violation of the privately defined technical standard is often conclusive because generally the judicially defined standard of care runs higher than that defined by the industry*'. Zie ook Cafaggi 2009a, p. 217 en Cafaggi 2011a, p. 116. Zie eerder ook al Stuurman 1995, p. 294 en Snijders 1987, p. 262-263.

[1753] Cafaggi 2009a, p. 219.

[1754] MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 529.

[1755] Neutraal is Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 60, Rn. 16), negatief is *Klindt*/ProdSG (2015), § 3, Rn. 55, positief is echter Weiß 2008, p. 448. Volgens Wende is § 6 Abs. 5 ProdSG dat de zorgplicht van de distributeur uit de RAPV implementeert geen *Schutzgesetz*, *Klindt*/ProdSG (2015), § 6, Rn. 113. Van art. 18 Verordening (EU) 178/2002 (Levensmiddelen), zijnde de tracabilityvereisten van voedsel, is uitgemaakt dat het geen *Schutzgesetz* betreft, MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 529.

[1756] Vieweg 2011, p. 352 en aldaar genoemde bronnen, waaronder Falke 2000, p. 42 en verder. De vraag of normen ten aanzien van privaatrechtelijk toezicht op medische hulpmiddelen ook strekken tot bescherming van individuele patiënten is door het Hof van Justitie positief beantwoord, HvJ EU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 (*Schmitt/TÜV Rheinland*), r.o. 50. Of individuele patiënten echter ook een recht op schadevergoeding hebben jegens *NBs* dient naar nationaal recht met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel te worden beantwoord, r.o. 59 en 60 van voornoemd arrest.

[1757] Falke 2000, p. 463; Weiß 2008, p. 448; MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 5 en Rn. 870. Eerder betoogde Klindt dat zaakschade alleen voor vergoeding in aanmerking zou komen indien het EU-instrument of de implementatiewetgeving expliciet zaken noemde, zoals bijvoorbeeld de machinerichtlijn (vgl. nr. 85), *Klindt* GPSG 2007, § 4 Rn. 8.

Bij schending van een wettelijke plicht geldt in Duitsland bovendien een weerlegbaar bewijsvermoeden met betrekking tot *Verschulden* (lees: toerekenbaarheid) indien een wettelijke norm een bepaalde gedragsnorm voorschrijft.[1758] Wordt echter met het voorschrift slechts een resultaat verboden, zoals het in het verkeer brengen van schadelijke levensmiddelen ex § 8 LMBG dat de Levensmiddelenverordening implementeert,[1759] dan geldt het vermoeden niet.[1760] Volgens Hermes geldt het vermoeden wel bij schending van § 4 Abs. 1 en 2 GPSG (oud), thans § 3 ProdSG dat mede de veiligheidsnorm uit de RAPV implementeert (vgl. art. 18 Warenwet).[1761] Indien een wetsvoorschrift zou dwingen tot het produceren van gebrekkige producten, dan wordt naar Duits recht aangenomen dat schuld ontbreekt (vgl. nr. 178).[1762]

7.3.1.2 Engels recht

194 Strijd met de wet, relativiteit en toerekenbaarheid

Strijd met een wettelijke plicht (*statutory duty*) kan naar Engels recht een grondslag voor aansprakelijkheid vormen. Daarvoor is wel noodzakelijk dat de wettelijke plicht niet slechts algemene belangen beschermt die corresponderen met de belangen van individuen, doch ook dat de wetgever de intentie had een individueel actierecht toe te kennen aan een bijzondere groep personen waar de gelaedeerde toebehoort (*'to confer an individual right of action on a category of persons to whom the claimant belongs*'). De schade moet daarnaast '*within the ambit of the statute*' zijn.[1763] Dat een wetsbepaling ondanks haar algemene strekking in de praktijk mede de bescherming van individuen tot gevolg heeft, is voor een zogeheten '*action for breach of a statutory duty simpliciter*' derhalve onvoldoende.[1764] In uitzonderlijke gevallen is de wetgever expliciet over de strekking van een wet. In de meeste gevallen dient te worden teruggevallen op in de jurisprudentie geïdentificeerde '*presumptions*' of '*indicators*' die lang niet altijd in een eenduidig antwoord resulteren (onder meer of de bepaling is geschreven ter bescherming van een *limited class of people*,[1765] of adequate andere remedies beschikbaar zijn[1766] en of de remedie past bij bestaande privaatrechtelijke remedies). Nu het Engelse recht in beginsel afwijzend staat tegenover vergoeding van *pure economic loss*,

[1758] MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 882 en 545 onder verwijzing naar BGH 12.3.1968 - VI ZR 178/66 (Hamm), *NJW* 1968, 1279 (*Stromausfall wegen Kabelbeschädigung bei Bauarbeiten*), BGH 13.12.1984 III ZR 20/83 (Hamm), *NJW* 1985, 1774. Zie ook Van Dam 2013, p. 286 en Van Gerven e.a. 2000, p. 306.
[1759] Verordening (EU) 178/2002 (Levensmiddelen)
[1760] MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 545; Weiß 2008, p. 449 en 450, onder verwijzing naar o.m. BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), *NJW* 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*).
[1761] Hermes 2009, p. 213. Zie voor richtlijnconforme interpretatie van § 3 ProdSG in relatie tot de veiligheidsnorm uit de RAPV, *Klindt*/ProdSG (2015), § 3, Rn. 5 en 6.
[1762] Weiß 2008, p. 530.
[1763] Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-50-53.
[1764] Clerk & Lindsell (2014), nr. 1-51 en 9-01-9-03.
[1765] Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-14 e.v.
[1766] Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-18 e.v. Zie voor andere aanwijzingen nr. 9-42 t/m 9-49, zoals ook kort Van Dam 2013, p. 281-283.

wordt een strekking tot vergoeding ervan niet snel in een bepaling gelezen.[1767] Gelukkig is de Engelse wetgever, anders dan de Nederlandse wetgever, uitermate helder over de strekking van nationaal en geïmplementeerd productveiligheidsrecht. The Consumer Protection Act 1987 (hierna: 'CPA'), part I, vormt het instrument waarmee onder meer de Richtlijn Productaansprakelijkheid is geïmplementeerd. Part II van dezelfde '*act*' regelt in Engeland de productveiligheid. De RAPV is in het VK geïmplementeerd met de General Product Safety Regulations 2005 (hierna: 'GPSR').[1768] Op grond van s.11 van de CPA en de GPSR kan de Secretary of State nadere regels stellen met betrekking tot de veiligheid van producten, ter implementatie van richtlijnen dan wel tot vaststelling van niet-geharmoniseerd nationaal productveiligheidsrecht. Op grond van s.12 is het strafbaar '*to supply (or to expose or possess for supply) goods in the course of a business that do not comply with such regulations'*. Op grond van s.41(1) is schending van deze productveiligheidsregelgeving een expliciete grondslag voor schadevergoeding. *Negligence*[1769]en/of *fault*[1770] is derhalve niet noodzakelijk. Het recht op schadevergoeding is evenwel beperkt tot de typen schade als genoemd in Part I van de CPA (lees: zaak- en letselschade) (s.41(2)). Transactieschade of *pure economic loss* komt onder deze grondslag dus niet voor vergoeding in aanmerking.

7.3.1.3 Nederlands recht – Strijd met de wet

195 Schending van producteisen

Essentiële eisen of gesloten producteisen uit EU-wetgeving vormen in combinatie met de verdere verplichtingen voor marktdeelnemers algemeen verbindende voorschriften (hoofdstuk 2).[1771] Bij een verordening gelden zij direct. Bij een richtlijn gelden zij indirect, dat wil zeggen na implementatie in een nationale wet en/of onderliggende regeling (nr. 78).

De fabrikant is de primaire normadressaat van productnormen. Schending van een producteis door de fabrikant vormt een schending van een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Over vage, algemeen luidende wettelijke plichten wordt opgemerkt dat de wetschending in de praktijk nauwelijks te onderscheiden is van schending van de maatschappelijke betamelijkheid.[1772] Essentiële eisen zijn open geformuleerd, doch bieden evenwel enige concretisering ten opzichte van het ongeschreven recht. Met name ten opzichte van de gezichtspunten bij gevaarzetting kunnen zij

[1767] Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-44, alsmede 9-46-48 waaruit volgt dat Europese rechtspraak wel tot een ruimhartigere vergoeding heeft geleid van *pure economic loss* waar het gaat om schending van mededingingsrecht. Onder het ongeschreven recht is vergoeding van *pure economic loss* slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk, zie o.a. *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* (1964).
[1768] General Product Safety Regulations 2005 (SI 2005/1803).
[1769] Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-90.
[1770] Zie over de vraag waarom '*violation of a statutory duty*' vaak als '*strict liability*' wordt gezien, Van Dam 2013, p. 284.
[1771] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/44 1.
[1772] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/45; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.2.5.

concretisering bieden, waardoor een direct beroep erop nuttig kan zijn (zie §§ 7.3.2.3 en 7.3.2.4). Het voordeel van een beroep op schending van een wettelijke plicht is bovendien dat 'niet afzonderlijk hoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde',[1773] mits diens belangen ook daadwerkelijk door de norm worden beschermd (relativiteit).

Voor andere actoren als de importeur en de distributeur gelden onder sectorspecifieke instrumenten bijzondere geschreven zorgplichten (hoofdstuk 2). De enkele schending door hen van een producteis maakt nog niet dat zij een algemeen verbindend voorschrift hebben geschonden, maar dat kan eventueel wel een eerste aanwijzing zijn.

196 Buiten toepassing laten van verouderde of onjuiste producteisen

Naar Nederlands recht mag de rechter in zeer uitzonderlijke omstandigheden een verouderde of onjuiste, doch nog niet ingetrokken wettelijke plicht buiten toepassing laten uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 BW.[1774]

[1773] HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, *NJ* 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*), r.o. 4.3.2, zoals ook besproken door Van Maanen & Lindenberg 2015, p. 34.

[1774] HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak r.o. 3.8.1 over een Nederlandse wet in formele zin: '*In verband met het grondwettelijk toetsingsverbod van art. 120 Grondwet kan de rechter een dergelijke bepaling enkel toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht zoals bedoeld in de art. 93 en 94 Grondwet. Toetsing van een dergelijke bepaling aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht is op grond van dat verbod uitgesloten. Dit laatste geldt ook indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW). Slechts indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, kan aanleiding bestaan om tot een andere uitkomst te komen dan waartoe toepassing van de wettelijke bepaling leidt. Dat is het geval indien die niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden de toepassing van de wettelijke bepaling zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (Harmonisatiewet), rov. 3.1-3.6 en 3.9, en HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 (Bosentan), rov. 3.6.1 en 3.6.2).*' Zie over besluiten, r.o. 3.9.1: '*De Besluiten (...) behelzen geen wetgeving in formele zin. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet is daarop niet van toepassing. Dergelijke wetgeving kan de rechter dan ook wel toetsen aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. Bij die toetsing heeft de rechter echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Voorts brengen zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel mee dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten (HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251 (Landbouwvliegers), rov. 6.1; zie voorts o.m. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, NJ 2010/53, rov. 3.6). De rechter kan onder meer toetsen of de wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen (art. 3:4 Awb, dat op grond van art. 3:1 lid 1, aanhef en onder a, Awb ook van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften).'* R.o. 3.9.2: *'Een regel of regeling die geen wet in formele zin is, kan buiten toepassing worden gelaten op de grond dat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is zowel in het geval (a) dat de uitkomst van de hiervoor in 3.9.1 genoemde toetsing is dat de wetgever niet tot die regeling of regel heeft kunnen komen, als (b) in het hiervoor in 3.8.1 bedoelde geval dat sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever (in dit geval dus de lagere wetgever).'* Vgl. HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, *NJ* 1972/339, m.nt. L.J. Hymans v.d. Berg (*Maring, Assuradeuren/Maring, La Confiance-Maring*), waaruit volgt dat een achterhaald wetsvoorschrift kan worden ingehaald door de gewoonte. Vgl. echter ook HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*): de enkele omstandigheid dat marktdeelnemers zich aan het desbetreffende voorschrift niet plachten te houden, rechtvaardigt nog niet de conclusie dat een voorschrift zijn rechtskracht heeft verloren, ook niet indien de met de vervolging van dergelijke overtredingen

Mijns inziens zou dat ook mogen bij plichten op basis van productnormen van Europese origine, zij het dat daarbij een extra grote terughoudendheid moet worden betracht in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel (hoofdstuk 3). Het ligt voor de hand dat het Hof van Justitie dan wordt geconsulteerd (slotbeschouwing, nr. 280).

197 Volgen van geharmoniseerde normen en het wettelijke bewijsvermoeden

Naleving van wettelijke voorschriften vormt op nationaal niveau zelden tot nooit een rechtvaardigingsgrond, aangezien de normadressaat ook is gebonden aan ander geschreven en ongeschreven recht op grond waarvan handelen in overeenstemming met wettelijke voorschriften toch onrechtmatig kan zijn jegens een ander.[1775] Een voorbeeld in het kader van producten vormt het arrest *Cijsouw/De Schelde II* waarin werd overwogen dat het feit dat asbest voorheen van overheidswege was voorgeschreven niet in de weg staat aan aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer als gevolg van de blootstelling aan asbest.[1776] In zoverre draagt de laedens een grote eigen verantwoordelijkheid. (Vgl. het beperkte *regulatory compliance*-verweer onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid, nr. 178.)

Het Europese recht koppelt aan *het volgen* van een geharmoniseerde norm het bewijsrechtelijke vermoeden dat het product voldoet aan de essentiële eis die door deze norm wordt ingevuld of nader wordt vormgegeven. Rechtspraak over het bewijsvermoeden op grond van productveiligheidsrecht in horizontale verhoudingen – los van de *James Elliott*-zaak die zag op een contractuele verhouding (hoofdstukken 3 en 4) – ontbreekt. Desalniettemin zijn er twee belangrijke argumenten waarom dit wettelijke bewijsvermoeden in beginsel ook betekenis zou moeten hebben voor de beantwoording van de vraag of sprake is van strijd met een wettelijke plicht. Het eerste argument houdt verband met de in hoofdstuk 3 beschreven positie van Europees recht dat geen onderscheid maakt tussen publiek- of privaatrecht en dat slechts rechten en verplichtingen voor marktdeelnemers vastlegt. Het productveiligheidsrecht kan, behalve als bron van plichten, ook als bron van 'rechten' worden gezien, niet alleen voor de consument, maar ook voor andere marktdeelnemers gezien de in hoofdstuk 3 genoemde doelen van productveiligheidsrecht. De beginselen van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming kunnen vereisen dat een marktdeelnemer ook in horizontale verhoudingen in beginsel een beroep zou mogen doen op een bewijsvermoeden dat tot op zekere hoogte zijn rechtspositie waarborgt.

---

belaste autoriteiten daartegen niet zouden zijn opgetreden. De overtreding van het wetsvoorschrift is niet zonder meer onrechtmatig jegens andere marktdeelnemers indien zij zich eveneens schuldigmaken aan overtreding ervan, in welk geval zij zich daarme zouden onttrekken aan de privaatrechtelije bescherming die die bepaling biedt (lees: het *in pari delicto*-verweer dat aan relativiteit in de weg staat).

[1775] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 7.2.3.3 (actueel t/m 15 januari 2018) onder verwijzing naar *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/92.

[1776] HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, *NJ* 1999/638 (*Cijsouw II*), r.o. 3.3.2.

Het tweede argument houdt verband met de nationale wetssystematiek en de strekking van deze categorie van onrechtmatigheid; het is de bedoeling van de nationale wetgever aan te sluiten bij bepalingen van buiten het BW, en deze voor wat betreft de beoordeling van de onrechtmatigheid direct – dat wil zeggen een-op-een – van betekenis te laten zijn. [1777] Los van de relativiteitsvraag – die bij negatieve beantwoording niet de onrechtmatigheid wegneemt, maar slechts tot gevolg heeft dat geen recht op schadevergoeding bestaat –[1778] brengt deze systematiek met zich dat indien in het kader van de vaststelling van de schending van een wetsvoorschrift een marktdeelnemer in verticale verhoudingen een bewijsvermoeden kan genieten, dit bewijsvermoeden ook horizontaal bij de onrechtmatigheid betekenis zou moeten krijgen. Dit argument volgt uit een coherente toepassing van ons nationale privaatrecht en is autonoom, in die zin dat het losstaat van verdere uitleg van EU-recht door het Hof van Justitie.

Wat betekent dit in de praktijk? Als zodanig zou, indien de fabrikant stelt en zo nodig bewijst dat hij aan de geharmoniseerde norm heeft voldaan, het vermoeden moeten worden aangenomen dat het product *voldoet aan de essentiële eisen uit de toepasselijke regelgeving*. Niets meer en niets minder: het volgen van een geharmoniseerde norm bevrijdt immers niet per definitie van aansprakelijkheid,[1779] het resulteert slechts in een bewijsvermoeden van '*compliance'* met de essentiële eisen. Een beroep op het bewijsvermoeden impliceert dus geen ruim *regulatory compliance*-verweer (vgl. nr. 178). Ook al is de geharmoniseerde norm gevolgd, dan nog kan het product bijvoorbeeld feitelijk onveilig en dus in strijd met de essentiële eisen zijn of kan op andere wijze onzorgvuldig zijn gehandeld. Zoals in een verticale verhouding de bewijslast van strijd met de wet – de essentiële eis – op de autoriteiten zou liggen nadat is vastgesteld dat de geharmoniseerde norm juist is gevolgd, rust in een horizontale verhouding de bewijslast van strijd met de wet bij een vordering ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW mijns inziens nog steeds op de gelaedeerde. Het ontzenuwen van voornoemd bewijsvermoeden door gelaedeerde is in dat geval onvoldoende om tot onrechtmatigheid te komen. In principe zal, indien de fabrikant de (poging tot) weerlegging van het vermoeden gemotiveerd heeft weersproken, de gelaedeerde tegenbewijs moeten leveren van de schending van de essentiële eis.[1780]

Van Leeuwen betoogt dat het effectiviteitsbeginsel toepassing van geharmoniseerde normen in private verhoudingen eist, althans dat in het privaatrecht grotere zeggenschap aan productnormen moet toekomen omdat men anders het risico zou lopen dat via privaatrechtelijke normstelling '*obstacles to the free movement of goods'* worden opgeworpen.[1781] Een

[1777] TM*, Parl. Gesch. Boek 6*, p. 615.
[1778] Art. 6:163 BW. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 615 en 629 e.v.
[1779] Vgl. voor Duitsland ook Hermes 2009, p. 167.
[1780] Vgl. o.a. thoe Schwartzenberg 2013, p. 123.
[1781] Van Leeuwen 2015, p. 244. '*Although the PIP breast implants scandal illustrates that the New Approach does not have a direct impact on the application of European product standards in private law, at least the*

volledige invulling van de privaatrechtelijke norm met Europese productnormen is mijns inziens echter niet wenselijk vanwege de vangnetfunctie die het privaatrecht thans vervult. Mij lijkt het goed als partijen en de rechter zich vaker rekenschap geven van productnormen, doch gezien het beperkte harmonisatiebereik van het productveiligheidsrecht lijkt een afwijkende norm in het privaatrecht die het resultaat kan zijn van een minder sterke betekenis van die normen mogelijk en een effectieve toepassing van het Europese recht niet in de weg te staan. Ik kom hierop terug in de slotbeschouwing, nrs. 273 en 284.

198 Schending van geharmoniseerde normen

Het Europese productveiligheidsrecht verbindt aan *het schenden* van een geharmoniseerde norm niet expliciet rechtsgevolgen. Het vrijwillige karakter van de verwijzing in wetgeving staat daaraan in de weg. Zoals besproken zijn geharmoniseerde normen recht doch geen zelfstandige algemeen verbindende voorschriften (hoofdstuk 4, nr. 96). Schending van een geharmoniseerde norm levert daardoor niet automatisch strijd met een wettelijke plicht op in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.[1782] Een schending van een geharmoniseerde norm is in de praktijk wel een aanwijzing dat de essentiële eis uit de wet is geschonden, maar een definitief oordeel is afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval.

De door de Europese wetgever gekozen systematiek voor het invullen van wettelijke open normen door alternatieve regelgeving vertoont paralellen met de situatie waarin de nationale wetgever de invulling van open normen attribueert aan lagere overheden, bijvoorbeeld via een stelsel van vergunningverlening. De Hoge Raad heeft over het niet-naleven van vergunningsvoorwaarden in relatie tot art. 1401 oud BW door private partijen bepaald dat in die situaties de door lagere overheden te bepalen vergunningsvoorwaarden de wettelijke norm concretiseren, omdat moet worden aangenomen dat de vergunningverlener de bij het geval betrokken

argument could be made that their application in private law is necessary to guarantee the effectiveness of the New approach for goods. If European standards were not applied in private law, this could create obstacles to the free movement of goods, which would indirectly endanger the effectiveness of the regulatory framework which has been created with the New Approach. Therefore, the driver for convergence would be the effectiveness of the New Approach for goods. In other words, it is the regulatory framework itself which requires convergence in private law.' Even verder op in zijn proefschrift lijkt hij dit te nuanceren. Van Leeuwen 2015, p. 244: *'National courts show a reluctance to make an automatic link between ex ante regulation through European standardisation and ex post regulation through the determination of liability in private law. In the New Approach, the extent to which the effectiveness of EU law requires this link to be made is uncertain.'* Zie later nog Van Leeuwen 2019, p. 290, waarin hij ervoor pleit het harmonisatiebereik van productveiligheidsrecht via uitleg door het Hof van Justitie EU op te rekken. In hoofdstuk 3 heb ik reeds toegelicht dat het Hof dan de grenzen van zijn bevoegdheid dient te overschreiden, hetgeen niet wenselijk is.

[1782] Vgl. het arrest van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven waarin een besluit van de minister dat was gestoeld op de enkele schending van een geharmoniseerde norm werd vernietigd nu belanghebbenden aannemelijk hadden gemaakt waarom op andere wijze toch aan de essentiële eisen was voldaan, CBB 17 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:136.

belangen heeft afgewogen.[1783] Zoals in hoofdstuk 4 is gebleken, bestaat nu juist discussie of geharmoniseerde normen uit hoofde van enig openbaar gezag worden uitgevaardigd en op enige geldig gedelegeerde bevoegdheid berusten, waardoor deze lijn niet zomaar mag worden doorgetrokken. Bovendien is de daarin gemaakte belangenafweging niet zo specifiek als in het geval van vergunningsvoorwaarden. De belangenafweging is bovendien niet openbaar, slecht inzichtelijk en tegen de inhoud kan door belanghebbenden nauwelijks tot niet worden opgekomen (hoofdstuk 4). Ter vergelijking: een vergunning en de daarin vervatte voorwaarden kunnen worden ingezien en tegen een besluit kan bezwaar en beroep worden aangetekend door belanghebbenden. Het gewicht van schending van een geharmoniseerde norm wordt mijns inziens echter groter indien deze door de producent als methode is gekozen om conformiteit te waarborgen, hetgeen moet blijken uit de verklaring van overeenstemming (*DoC*, nr. 48). Met de keuze door de fabrikant voor het volgen van de geharmoniseerde norm in de verklaring van overeenstemming accepteert hij deze uitwerking van wettelijke eisen en bestaat een zekere alternatieve legitimatie, namelijk de instemming van de producent zijnde een vorm van zelfbinding (vgl. nr. 145 met aldaar geplaatste kanttekening over vrije wilsvorming). Omdat overeenstemming met de essentiële eisen een voorwaarde vormt voor het in de handel of op de markt brengen van een product, kan schending van die voorwaarden door schending van de door de fabrikant gekozen methode als vastgelegd in geharmoniseerde normen mijns inziens grond zijn voor een vermoeden van schending van een wettelijke plicht, waarna men toekomt aan de relativiteitsvraag.[1784] Dit vermoeden kan worden vormgegeven als een jurisprudentieel vermoeden als regel van ongeschreven recht (vgl. de omkeringsregel, nr. 253). Heeft de producent niet voor het volgen van een geharmoniseerde norm gekozen of is het onbekend welke methode hij heeft gevolgd, dan kan de schending van de geharmoniseerde norm nog steeds een aanwijzing zijn voor schending van een wettelijke plicht. In dat geval zou met een feitelijk vermoeden kunnen worden gewerkt.

Met Schepel ben ik van mening dat de systematiek van de Nieuwe Aanpak eraan in de weg staat dat de *Muñoz*-doctrine van toepassing is op geharmoniseerde normen in die zin dat voor *schending* van die geharmoniseerde normen een zelfstandige privaatrechtelijke rechtsingang

[1783] HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, *NJ* 1981/227 (*Van Dam/Beukeboom*), r.o. 3: '*Aan voorwaarden, ter bescherming van de belangen van omwonenden rechtsgeldig aan een hinderwetvergunning verbonden, moet voor de toepassing van art. 1401 BW in de concrete situatie waarvoor zij geschreven zijn, een soortgelijke betekenis worden toegekend als aan door de centrale of lokale wetgever vastgestelde gedragsnormen, waarvan de schending in beginsel een onrechtmatige daad oplevert jegens degenen te wier bescherming die normen zijn gesteld. In beide gevallen zal moeten worden aangenomen dat de daarbij betrokken belangen door de overheid tegen elkaar zijn afgewogen. Wanneer door overtreding van een voorwaarde in een hinderwetvergunning iemand wordt getroffen in een door die voorwaarde beschermd belang en ter zake schade lijdt, zal de overtreder door wiens schuld die schade is veroorzaakt dan ook — behoudens het zich hier niet voordoende geval van een rechtvaardigingsgrond — op grond van art. 1401 aansprakelijk zijn voor de door de overtreding veroorzaakte schade*.', zoals ook aangehaald in *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/44 en Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant.5.2.4.

[1784] Vgl. eerder en algemener Snijders 1987, p. 262 en 263.

beschikbaar *moet* zijn.[1785] Los van de discussies over de betekenis van *James Elliott* voor het privaatrecht (waarover de hoofdstukken 3 en 4) staat vast dat geharmoniseerde normen niet dwingend zijn voorgeschreven. Zij kunnen mijns inziens – anders dan door partijen zelf (partijautonomie) – niet via privaatrechtelijke open normen dwingend worden gemaakt. Geharmoniseerde normen kunnen wel gelaagd worden gebruikt of indirect voor andere ongeschreven gedragsnormen van belang zijn.

199 Ontbreken van een privaatrechtelijk geharmoniseerd bewijsvermoeden en de nationale leer van formele rechtskracht

Uit hoofdstuk 2 volgt dat het productveiligheidsrecht in Nederland via het bestuurs- en het strafrecht wordt gehandhaafd. Naar Nederlands recht vormt een beslissing tot bestuursrechtelijke handhaving in de regel geen dwingend bewijs van bijvoorbeeld onrechtmatigheid in een nationale civielrechtelijke procedure.[1786] Een in kracht van gewijsde gegaan en op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, levert dwingend bewijs op van dat feit ex art. 161 Rv. Het leveren van tegenbewijs is mogelijk (art. 151 lid 2 Rv).[1787] In het kader van de implementatie van de Richtlijn Privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht is voor het mededingingsrecht door de nationale wetgever art. 161a Rv toegevoegd. Dit artikel bepaalt dat een onherroepelijk besluit houdende een inbreukbeslissing van de ACM een onweerlegbaar bewijs oplevert van een inbreuk in een procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens die inbreuk.[1788] In het staatssteunrecht geldt uit hoofde van Europese rechtspraak dat indien de Europese Commissie een eindbeslissing heeft genomen over de toelaatbaarheid van staatsteun, de nationale rechter

[1785] Schepel 2005, p. 226, noot 3 onder verwijzing naar HvJ EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz/Frumar*) en Biondi 2003.

[1786] Zoals volgt uit bijvoorbeeld HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, *RvdW* 2009/1403 (*VEB/World Online*), r.o. 4.38.2 over een boete van de AFM wegens overtreding van art. 32 NR 1999 jo. art. 35 Bte 1995. Volgens de Hoge Raad dient een oordeel van de bestuursrechter over het op juiste grond opleggen van een boete duidelijk te worden onderscheiden van de vraag of banken ook onrechtmatig hebben gehandeld jegens potentiële beleggers. Vgl. tot op zekere hoogte de relevantie van tuchtrechtelijke veroordeling voor het civiele recht, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, *NJ* 2008/529, m.nt. Van Dam (*Actuarissen/Vie d´Or*), r.o. 5.4.3. Over de doorwerking van rechtvaardigingsgronden uit het strafrecht bestaand evenwel discussie, zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 7.2 e.v. (actueel t/m 15 januari 2018).

[1787] Zie ook Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.2.2 (actueel t/m 15 januari 2018). Zie bijvoorbeeld voor een strafrechtelijke veroordeling voor het niet-waarschuwen door een producent tegen het beklemmingsgevaar van een speelhuisje: Rb. Middelburg (straf) 13 april 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AT4286.

[1788] Implementatie van art. 9 lid 1 van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2017, L 349/1). De Nederlandse implementatie gaat echter verder dan de richtlijn nu art. 161a Rv ook geldt bij puur nationale schendingen van mededingingsrecht (art. 6 Mw). Zie over de bewijswaarde van een bestuursrechtelijke beslissing vóór invoering van de richtlijn privaatrechtelijke handhaving ook uitgebreid Zippro 2009, p. 616 e.v.

aan die beslissing is gebonden.[1789] Voor het productveiligheidsrecht ontbreken dergelijke harmonisatiemaatregelen, alsmede Europese of nationale rechtspraak waaruit kan worden afgeleid dat een besluit van de NVWA, IGZ of ILT over de onveiligheid van het product of een vastgestelde overtreding van productveiligheidsrecht dwingend of onweerlegbaar bewijs van onrechtmatigheid oplevert in een privaatrechtelijke procedure. Gezien het harmonisatiebereik van productveiligheidsrecht (hoofdstuk 3) waaruit samengevat is gebleken dat handhaving volledig aan de lidstaten is gelaten, dwingt het Europese recht niet tot het aannemen van privaatrechtelijke dwingende bewijskracht. Aan een beslissing van de autoriteiten kan in het nationale civiele recht evenwel grote waarde worden gehecht via de vrije bewijswaardering ex art. 152 lid 2 Rv.

Een belangrijk argument om binnen het mededingingsrecht verdergaande binding van de civiele rechter aan beslissingen van autoriteiten te rechtvaardigen is een verlichting van de bewijslast tussen verzoeker en verweerder om de informatie-asymmetrie tussen verzoeker en verweerder op te heffen.[1790] Daarbij zou het voor zowel het mededingingsrecht als het staatssteunrecht bijdragen aan een coherentere toepassing van de regels uit het verdrag en aan de rechtszekerheid.[1791] Op Europees niveau is er in het kader van de handhaving van het productveiligheidsrecht vooralsnog geen Europese autoriteit aangewezen die door nationale autoriteiten kan worden geraadpleegd of die naast nationale autoriteiten beslissingen neemt over de handhaving van productveiligheidsrecht (vgl. nr. 71). Publiekrechtelijke handhavingsbeslissingen kunnen in de lidstaten dan ook uiteenlopen waardoor coherentie in de publiekrechtelijke handhaving al ontbreekt (vgl. nr. 33). De informatieasymmetrie blijft – met name in *B2C*-verhoudingen – echter een valide argument dat kan pleiten voor dwingend en onweerlegbaar bewijs van beslissingen van autoriteiten. Tegelijkertijd betwijfelde Zippro destijds in het kader van het mededingingsrecht terecht of codificatie van zo'n bewijsregel noodzakelijk was, omdat de rechter met deze beslissingen ook eigenhandig al rekening kon houden.[1792] Mijns inziens bestaat voor het productveiligheidsrecht evenmin een noodzaak tot codificatie van een

[1789] Metselaar 2016, p. 330 onder verwijzing naar Meij 2005, p. 26, met verwijzing naar Europese rechtspraak. Metselaar wijst erop dat beslissing van de Commissie een besluit in de zin van art. 288 VWEU betreft dat verbindend is in al haar onderdelen. Daarbij is het staatssteunrecht tot op zekere hoogte spiegelbeeldig aan het productveiligheidsrecht: Staatssteun is niet toegestaan, tenzij goedgekeurd door de Europese Commissie, terwijl bij productveiligheidsrecht vaak geldt dat een product is toegestaan, tenzij kan worden vastgesteld dat het inbreuk maakt (uitgezonderd bijvoorbeeld geneesmiddelen e.d. waar eveneens een vergunning voor nodig is).

[1790] Zie voor het mededingingsrecht Zippro 2009, p. 630 onder verwijzing naar het Groen- en Witboek van de Commissie. Zie voor het staatssteunrecht Metselaar 2016, p. 330 en daar genoemde arresten.

[1791] Voor het mededingingsrecht Witboek COM/2008/165 def., paragraaf 2.3. Voor het staatssteunrecht: GvEA 8 december 2011, nr. T-421/07 (*Deutsche Post/Commissie*), overweging 51, waarin de rechtszekerheid als argument wordt genoemd.

[1792] Zippro 2009, p. 630. Hij noemt omkering van de bewijslast een overbodige bepaling. Als alternatief werd in de literatuur ook wel de verzwaarde motiveringsplicht voor de rechter genoemd, daar waar hij van een beslissing van de autoriteiten afwijkt.

onweerlegbaar vermoeden van onrechtmatigheid en ligt de sleutel in de vrije bewijswaardering (ex art. 152 Rv). [1793] De schending van een productnorm kan – zoals ik hiervoor heb betoogd onder nr. 195 – een grond vormen voor een vermoeden van strijd met de wet als regel van ongeschreven recht. Daarnaast is een feitelijk vermoeden mogelijk, naast het gegeven dat de producent veelal een verzwaarde motiveringsplicht zal hebben (vgl. nr. 182 en 183). Een marktdeelnemer zal bij een door de autoriteiten vastgestelde overtreding van het productveiligheidsrecht aan de civiele rechter in ieder geval iets hebben uit te leggen.

De nationale leer van formele rechtskracht maakt het voorgaande niet anders.[1794] De leer houdt slechts in dat indien tegen een besluit van een bestuursorgaan geen rechtsmiddel is aangewend of het besluit in beroep in stand is gebleven, de burgerlijke rechter het besluit zowel wat betreft de inhoud als voor wat betreft de totstandkoming als rechtmatig heeft te beschouwen.[1795] Formele rechtskracht ziet alleen op het dictum. Bij de beoordeling van een geschilpunt dat niet de geldigheid van het besluit betreft, is de civiele rechter niet gebonden aan de inhoudelijke overwegingen en dus de feiten die aan het besluit ten grondslag zijn gelegd.[1796] Hij hoeft evenmin een zaak, in afwachting van een bestuursrechtelijke procedure over een besluit van bijvoorbeeld de NVWA, aan te houden.[1797] Formele rechtskracht kan overigens niet worden tegengeworpen aan een partij waarvoor een bestuursrechtelijke rechtsgang niet heeft opengestaan.[1798] Is een gebruiker of een ketenpartner dus geen belanghebbende dan gaat het leerstuk niet op. Dit zal bij veel besluiten het geval zal zijn.[1799]

[1794] Vgl. Zippro 2009, p. 623-636 die voor het mededingingsrecht uitgebreid beide leerstukken bespreekt.
[1795] HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1802, *NJ* 2011/89 (*ARS/Staat*), r.o. 3.3.3. Rechtvaardigingen hiervoor zijn onder meer de rechtszekerheid, rechtsmachtverdeling, rechtseenheid en efficiëntie.
[1796] HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *NJ* 2015/361 (*SNS Reaal*) , r.o. 4.5.2, zoals herhaald in HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, *NJ* 2015/266 *(Staat/S.*), r.o. 3.3.4. Zie voor een oudere mededingingszaak waarin een beschikking van de NMa geen dwingende bewijskracht opleverde, Zippro 2009, p. 627.
[1797] Vgl. HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1 (*Chemours/Stedin*), 3.4.2 (over besluiten van de ACM onder de energiewet).
[1798] Keirse 2015b, p. 195-196 en aldaar genoemde rechtspraak. Zie tevens voor een toepassing in het licht van productveiligheid, Rb. Breda 19 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BC8144 over de bewijskracht van een boete van de arbeidsinspectie over een gebrekkige roldeur onder de machinerichtlijn waardoor een arbeidsongeval is ontstaan, r.o. 5.3.2: '*(...) SVEN [werkgever] beroept zich op de formele rechtskracht van die beslissing voor TIP [werknemer]. Formele rechtskracht – voor zover die in dit geval verder kan strekken dan tot een boete aan SVEN – geldt niet voor TIP. Zij is niet als belanghebbende bij die beschikking aan te merken noch aangemerkt en heeft althans daarbij onvoldoende belang gehad om daartegen op te (kunnen) komen.'*
[1799] Het moet gaan om een rechtstreeks, objectief, persoonlijk en eigen belang. Wordt door de autoriteit overgegaan tot een verbod of geoordeeld dat tevens tot corrigerende actie moet worden overgegaan, dan raakt dit mijns inziens rechtstreeks de belangen van directe ketenpartners, waardoor die partijen onder het nationale bestuursrecht belanghebbende kunnen zijn ex art. 1:2 Awb en het besluit ex art. 8:1 Awb zouden kunnen aanvechten.

7.3.1.4 Nederlands recht – Relativiteit

200 Het relativiteitsvereiste

Art. 6:163 BW bevat de relativiteitseis: een belangrijke voorwaarde die moet zijn vervuld voordat een gelaedeerde schadevergoeding kan verkrijgen na een schending van een verplichting door een van de in hoofdstuk 3 genoemde actoren. Omdat ongeschreven zorgvuldigheidsnormen veelal specifiek tussen de normadressaat en gelaedeerde worden geformuleerd met het oog op diens specifieke belang en de in concreto geleden schade, zal met de vaststelling dat jegens eiser een zorgvuldigheidsnorm is geschonden de relativiteit veelal zijn gegeven. Voor wettelijke plichten buiten het BW vormt de relativiteitstoets veelal een grote drempel voor schadevergoeding.[1800]

Of relativiteit aanwezig is, hangt blijkens het vaste criterium van de Hoge Raad af van het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.[1801] Strekt de norm niet tot bescherming van deze persoon, deze schade of tegen deze wijze van ontstaan van deze schade, dan ontbreekt relativiteit en is de laedens in beginsel niet gehouden de schade te vergoeden. Onvoldoende is dat een rechtsplicht strekt tot bescherming van algemene belangen: blijkens het oordeel van de Hoge Raad over de overwegingen van het hof in het arrest *Duwbak Linda* dient de geschonden norm te strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van gelaedeerde.[1802] De verwijzing naar individuele vermogensbelangen is overigens door de Hoge Raad alleen in zaken tussen burger en Staat herhaald.[1803]

Art. 3:296 BW stelt als voorwaarde dat de verplichting iets te geven, te doen of na te laten *jegens* de eiser geldt. Door de meeste auteurs wordt

---

[1800] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/135 onder verwijzing naar o.a. HR 11 maart 1937, NJ 1937/899 en 4 januari 1963, *NJ* 1964/434, en *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 632. Zie ook Den Hollander 2016, p. 55 e.v. en daar genoemde auteurs alsmede onder verwijzing naar HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, *NJ* 1996/196 (*Staat/Shell*), r.o. 3.8.4: '*Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld […]. In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.'*

[1801] HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1, zoals herhaald in HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*), r.o 4.2.3, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*DNB/Vie d'or*), r.o. 4.2.2, HR 10 november 2006, LJN: AY9317, *RvdW* 2006/1058, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*), r.o. 3.3.2 en bevestigd als 'vaste rechtspraak' in HR 8 oktober 2010, ECLIT:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), r.o. 4.3.1.

[1802] HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2 en HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*DNB/Vie d'or*), r.o. 4.2.2.

[1803] Het vereiste dat de bepaling moet strekken tot bescherming van 'individuele vermogensbelangen' komt bijvoorbeeld terug in HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*DNB/Vie d'or*), r.o. 4.2.2, maar niet in HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, *NJ* 2008/529, m.nt. Van Dam (*Actuarissen/Vie d´Or*). Zie anders Den Hollander 2016, p. 134-137 en 142-144, die het criterium van individuele vermogensbelangen ter bepaling van het beschermingsdoel van wetgeving als algemeen criterium gebruikt.

aangenomen dat dat in zekere zin dezelfde relativiteit is als onder art. 6:163 BW. Bij een vordering tot nakoming van een wettelijke plicht ex art. 3:296 dient het belang waarvoor de eiser bescherming vraagt dus binnen het beschermingsbereik van de geschonden norm te vallen, doch enige schade hoeft in dat geval (nog) niet te zijn geleden.[1804]

201 Potentiële beschermde belangen, schade en wijze van ontstaan ervan in relatie tot productnormen

Producteisen zijn onderdeel van de geschreven plichten voor de marktdeelnemers uit hoofdstuk 2 en de daarin vervatte gedragsnormen. De relativiteit van die gedragsnormen dient voor schadevergoeding te worden beoordeeld. Bij geharmoniseerde normen, die indirect die gedragsnorm kunnen invullen of daarvoor verder van betekenis kunnen zijn, moet eveneens naar de relativiteit van die geschreven plichten worden gekeken.[1805] Normalisatienormen die niet aan een wettelijk kader zijn gerelateerd, kunnen veelal wel aan ongeschreven gedragsnormen worden gerelateerd (vgl. §7.3.2.4). In dat geval dient de relativiteit van die ongeschreven gedragsnormen te worden onderzocht. Overigens is denkbaar dat geharmoniseerde normen ook kunnen worden gerelateerd aan andere gedragsnormen, denk aan de zorgplicht van de werkgever bij het beschikbaar stellen van arbeidsmiddelen.

Bij het beoordelen van de relativiteit van de verplichtingen voor marktdeelnemers komen voor dit onderzoek drie categorieën van potentiële beschermingsgerechtigden in beeld (vgl. hoofdstuk 3): gebruikers van het product (zowel zakelijk als privé), marktdeelnemers in dezelfde handelsketen en concurrenten. Gebruikers van het product kunnen zaak- of letselschade lijden, maar ook andere vermogensschade is denkbaar; denk aan een vakantiehuis dat na een schilderbeurt met inbreukmakende verf niet meer kan worden verhuurd of de bedrijfsvoering die stil komt te liggen door uitval van een machine. Andere marktdeelnemers in de keten kunnen in beginsel ook zaak- of letselschade lijden; te denken valt aan een product dat in opslag ligt en ontploft. Economische schade als gevolg van het schenden van productnormen zal vaker voorkomen; het product moet bijvoorbeeld worden teruggehaald of het kan niet worden doorverkocht. Concurrenten kunnen schade lijden doordat hun concurrent productnormen schendt, omdat daarmee een concurrentievoordeel kan worden behaald. Zo kan een product dat niet alle conformiteitsbeoordelingsprocedures heeft doorlopen bijvoorbeeld goedkoper in de markt worden gezet.

[1804] Zie Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, II.2.2.1.2.17 actueel t/m 01-10-2018 onder verwijzing naar Van Maanen, alsmede Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.7 (actueel t/m 19 januari 2018) die op zijn beurt weer naar Deurvorst verwijst. Zie recent ook Nuninga 2018 onder 3.2, mede onder verwijzing naar Bleeker 2017, p. 1. Van Nispen merkte in 1978 al op dat zijns inziens bij een ge- of verbodsactie relativiteit van de norm noodzakelijk is, Van Nispen 1978, p. 145 en 169/170. Zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/132 en 153.

202 Huidige stand van het debat en de rechtspraak over relativiteit van productnormen

Of de Warenwet ook de economische belangen van *marktdeelnemers* in de keten beoogt te beschermen is onduidelijk en nog niet aan de orde geweest in het academisch discours. Wel is zeer oude feitenrechtspraak bekend waarin het wegknippen door een distributeur van een batchcode, die was aangebracht om te voldoen aan *traceability*-vereisten uit artikel 4 lid 1, aanhef en onder d Cosmeticabesluit 1979,[1806] onrechtmatig zou zijn jegens de fabrikant en importeur nu zij met het aanbrengen van die code niet alleen het algemene belang dienen, doch ook hun eigen belang om het product te kunnen opsporen en uit de handel te nemen. In dat geval werd een verbod toegewezen.[1807]

Over de relativiteit van verplichtingen in de Warenwet en bijbehorende regelgeving jegens *concurrenten* bestaat een verouderd academisch debat zonder aandacht voor de Europese dimensie. Volgens Hartkamp & Sieburgh vormt de Warenwet een voorbeeld van een wet met bepalingen die niet de strekking hebben economische belangen van concurrenten te beschermen.[1808] Volgens Verkade moeten belangen van concurrenten mede beschermd worden geacht indien het duidelijk is dat een Warenwetbesluit zijn grond vindt in het belang van *eerlijkheid in de handel*.[1809] Eerlijkheid in de handel is een zelfstandige doelstelling van de Warenwet die – in tegenstelling tot *eerlijke mededinging* (zie nr. 86) – niet in het Europese recht terugkomt (nr. 74). De feitenrechtspraak loopt uiteen in het antwoord op de vraag of concurrenten privaatrechtelijke bescherming aan bepalingen in de Warenwet en onderliggende besluiten kunnen ontlenen.[1810]

[1806] Dat artikel 6, lid 1, aanhef en sub e Richtlijn 76/768/EEG (Cosmeticarichtlijn (oud)) implementeert.

[1807] Hof Amsterdam 24 februari 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC7881, *BIE* 1985, 33, r.o. 4.5. Zie ook Rb. Haarlem (pres.) 29 april 1985, ECLI:NL:RBHAA:1985:AH0681, *BIE* 1986. 61. Vgl. ook Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5484, r.o. 3.7 en 3.8, over het doorverkopen en het in het verkeer brengen door een derde van met op het foodrecht inbreukmakende snijplanken, waarvan de oorspronkelijke importeur opdracht had gegeven tot vernietiging. De oorspronkelijke importeur handelde volgens het Hof onzorgvuldig door niet aan de vernietiger door te geven dat het een product met gezondheidsrisico's betrof en onvoldoende toezicht te houden op de daadwerkelijke vernietiging met het oog op de belangen van eindgebruikers, doch niet onzorgvuldig met het oog op de economische belangen van distributeurs die het product alsnog hebben gekocht en in het verkeer hebben gebracht.

[1808] Volgens Hartkamp & Sieburgh vormt de Warenwet een voorbeeld van een wet met bepalingen die niet de strekking hebben economische belangen van concurrenten te beschermen, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/138. Zie in vergelijkbare zin over de Geneesmiddelenwet naar aanleiding van *Pfizer,Pharmacia/ Cosmétique*, Hiemstra & Wallheimer 2010, p. 46 en 47.

[1809] Verkade 1986, p. nr. 69, zoals ook aangehaald door Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, IV.2.2.9 (actueel t/m 14-10-2018) onder vermelding van feitenrechtspraak in uiteenlopende richtingen waarvan een deel hierna zal worden besproken.

[1810] Een voorzieningenrechter oordeelde dat EN-normen onder de Richtlijn Bouwproducten niet strekken tot bescherming van de belangen van concurrenten: Rb. Amsterdam (vzr.) 23 augustus 2007, *TBR* 2008/82. Zie voor positief relativiteitsoordeel t.a.v. een overtreding door een concurrent van het Warenwetbesluit elektrotechnische producten dat de laagspanningsrichtlijn implementeert, door ten onrechte een CE-markering aan te brengen, hetgeen echter tevens een misleidende mededeling ex art. 6:194 BW vormde, Rb. Arnhem 22 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO2174 (*Basic Holdings, Glen Duplex/Bouwmaterialenhandel De Heuning*), r.o. 4.13. Zie voor een afwijzend oordeel voor een vordering tussen concurrenten op basis van

De Hoge Raad heeft zich over de relativiteit van de verplichtingen uit het hier centraal staande Europese productveiligheidsrecht nog niet uitgelaten. Wel heeft de Hoge Raad zich in twee zaken uitgelaten over de relativiteit van bepalingen die de Europese geneesmiddelenrichtlijnen implementeren tussen concurrenten, namelijk in *Astrazeneca/Menzis* en *Pfizer Health*, *Pharmacia/Cosmétique* (hierna: *Pharmacia/Cosmétique*).[1811] In deze zaken stonden zuiver *economische* belangen van marktdeelnemers centraal en daarmee corresponderende economische schade. In beide zaken werd geoordeeld dat relativiteit ontbrak. Alleen het tweede arrest leent zich voor een mogelijke analogie met de in dit onderzoek centraal staande regelgeving en rechtsverhoudingen. Daarom zal ik mijn bespreking tot dit arrest beperken.[1812]

Pharmacia – later overgenomen door Pfizer – beriep zich tegenover zijn concurrent Cosmétique op de schending van de registratieplicht voor geneesmiddelen in de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV) (oud): de wet die onder meer art. 1 lid 2 van de oude Richtlijn Geneesmiddelen[1813] en dezelfde bepaling in de daaropvolgende nieuwe Richtlijn[1814] implementeerde. Cosmétique zou zich schuldig maken aan onrechtmatige concurrentie door de haargroeimiddelen Dercos en Kérastase, die het werkzame bestanddeel Aminexil bevatten, ten onrechte niet als geneesmiddelen aan te melden, maar als cosmetica in de handel te brengen. Pharmacia had het door haar verhandelde haargroeimiddel Regaine wel als geneesmiddel laten registreren. Pharmacia vorderde naast schadevergoeding voor gederfde omzet en winst, een verbod op het verhandelen van Dercos alsmede op het verhandelen van producten met Aminexil zonder voorafgaande registratie.

In deze zaak liet de Hoge Raad het oordeel van het hof,[1815] dat in navolging van de rechtbank had geoordeeld dat relativiteit ontbrak, in stand:

---

schending van het Cosmeticabesluit 1979, doch met toepassing van de Correctie-Langemeijer, Hof Amsterdam 17 februari 2005, *IER* 2005/56 (zie voor het cassatieberoep HR 22 september 2006, *NJ* 2006/522 (*Glaxosmithkline/Sarah Lee*)), r.o. 4.8. Het adverteren met de aanwezigheid van certificering voor bepaalde producten kan aanleiding zijn voor concurrenten om zich te beklagen over onrechtmatige concurrentie indien die certificering onjuist of niet aanwezig zou zijn, zie bijvoorbeeld een zaak van de Rechtbank Alkmaar. In de loop van de procedure bleek echter dat de certificering wel was afgegeven en dat deze niet hoefde te zien op overeenstemming met de door de wederpartij gestelde NEN-norm, Rb. Alkmaar 15 december 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AU8188. Vgl. voor afwijzende oordelen over relativiteit van de Geneesmiddelenwet en de Wet Medische hulpmiddelen t.a.v. concurrenten, Hof Amsterdam 21 september 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY9350, r.o. 3.10 resp. Rb. Utrecht 29 april 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AF7905, r.o. 4.15 en Hof Arnhem 23 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *NJF* 2009, 248 (*Lichtwer c.s./Norgine*), r.o. 27.

[1811] HR 10 november 2006, LJN: AY9317, *RvdW* 2006/1058, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*) en HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*).

[1812] *Astrazeneca/Menzis* ging niet om directe veiligheidsnormen, maar primair om regels voor geneesmiddelenreclame en om de rechtsverhouding tussen farmaceuten en zorgverzekeraars.

[1813] Richtlijn 65/65/EEG (Geneesmiddelenrichtlijn (oud)).

[1814] Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek).

[1815] Hof 's-Gravenhage 27 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AP0273, *BIE* 2004/37, r.o. 17: '*Naar het oordeel van het hof heeft L'Oréal met haar hierboven onder 15 vermelde stelling voldoende aan haar stelplicht met betrekking tot artikel 6:163 BW voldaan. Nu L'Oréal verwijst*

> '[…]'s Hofs oordeel, dat erop neerkomt dat de WGV, gelet op de parlementaire geschiedenis, zowel van de oorspronkelijke wet als van de wijzigingswet waarbij Richtlijn 65/65/EEG is geïmplementeerd (Wet van 8 december 1977, 692), en mede in het licht van de doelstellingen van de — hiervoor in 3.2 vermelde — Europese richtlijnen, slechts ertoe strekt de volksgezondheid te beschermen en dat de geschonden bepalingen van de WGV niet strekken tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie, is juist.'[1816]

Dit oordeel roept twee vragen op. Ten eerste, hoe dient door de nationale civiele rechter over relativiteit te worden geoordeeld indien de verplichtingen door de Europese wetgever zijn geharmoniseerd, doch de remedies c.q. sancties aan de lidstaten zijn gelaten? Ten tweede, in welke gevallen is relativiteit van de verplichtingen voor marktdeelnemers als genoemd in hoofdstuk 2 aanwezig; in welke rechtsverhoudingen en voor welke (mogelijke) schade?

203 Kader van Lankhorst in de Europese context van productnormen

Den Hollander betoogt op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad in navolging van Lankhorst[1817] dat de daadwerkelijke toets aan ons nationale relativiteitsvereiste via wetsinterpretatie kan worden opgesplitst in twee abstracte niveaus c.q. fasen, namelijk eerst de zoektocht naar het beschermingsdoel van de norm waarbij relevant is of de norm naast algemene belangen ook individuele belangen beoogt te beschermen.[1818] Bestaan er 'positieve aanwijzingen' dat de wetgever naast algemene belangen ook de

---

naar openbare wettelijke regelingen, is geen bewijslevering nodig en kunnen de grieven I en II aanstonds worden behandeld. Het hof is van oordeel dat niet alleen de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de oorspronkelijke wet van belang is, maar ook die van de wijzigingswet waarbij richtlijn 65/65 in de WGV is geïmplementeerd. Uit de considerans van die richtlijn, welke de nationale wetgever bindt ten aanzien van het te bereiken resultaat, en uit het arrest van het HvJ EG inzake Upjohn (rechtsoverweging 31) volgt dat de voornaamste doelstelling van die richtlijn —naast het geheel of ten dele opheffen van belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer van farmaceutische producten— is de volksgezondheid te beschermen. Nu ook uit de overige wijzigingswetten niet is gebleken dat de WGV en de daarop gebaseerde regelgeving mede ertoe strekt de eerlijke mededinging tussen producenten of handelaren van geneesmiddelen te beschermen, gaat het hof ervan uit dat de WGV deze strekking niet bezit.'

[1816] R.o. 4.2.3 van voornoemd arrest. Een paar maanden later, in het arrest *Astrazeneca/Menzis* (HR 10 november 2006, LJN: AY9317, *RvdW* 2006/1058, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*), stonden verplichtingen uit het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) en de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) centraal waarin onder andere de Reclametitel (IV) uit de nieuwe Richtlijn geneesmiddelen wordt geïmplementeerd. In deze zaak liet de Hoge Raad het oordeel van het Hof in stand dat deze wetgeving een aantal doeleinden beoogt te dienen, waaronder: de vrijheid van de arts om aan de hand van zijn professionele normen geneesmiddelen voor te schrijven, de normen waaraan reclame voor geneesmiddelen ten aanzien van inhoud en verspreiding in het belang van de volksgezondheid en goede publieksvoorlichting moeten voldoen, de beheersing van de kosten in de gezondheidszorg en de kwaliteit van de gezondheidszorg. Het Hof oordeelde echter eveneens dat deze doeleinden niet dienen ter bescherming van de belangen van fabrikanten van geneesmiddelen. Het ging in de zaak om een procedure tussen een zorgverzekeraar en een farmaceut en niet tussen concurrenten.

[1817] Lankhorst 1992, p. 93 en 103.

[1818] Den Hollander 2016, p. 111.

bescherming van individuele (vermogens)belangen heeft beoogd, dan dient in het concrete geval te worden bezien of het geschade belang van de concrete benadeelde ook onder de individuele belangen kan worden geschaard die de norm beoogt te beschermen (beschermingsomvang).[1819] Door het eisen van 'positieve aanwijzingen' in de eerste fase kan in de praktijk meer nadruk komen te liggen op het doel van de wetgeving, terwijl de strekking een ruimer begrip is.[1820] Of iets als positieve aanwijzing kan worden gezien, is bovendien een kwestie van interpretatie en afhankelijk van een meer of minder welwillende lezing van het desbetreffende instrument. Hierdoor is het oordeel in de fase van beschermingsomvang uiteindelijk ook al vaak een rechtspolitieke keuze.[1821] Den Hollander lijkt te menen dat enige nadere concretisering van de doelstelling door de wetgever, bijvoorbeeld tot een bepaalde groep mensen, noodzakelijk is.[1822] Juist vanwege de huidige taakverdeling tussen de EU-wetgever (voor normen) en de lidstaten (voor sancties) in de door mij onderzochte instrumenten komt men vaak bedrogen uit bij de zoektocht naar sterke positieve aanwijzingen waaruit blijkt dat individuele belangen worden beschermd. Op het bekende argument van de institutionalisten dat de wetgever dan maar duidelijker moet zijn over wie hij beoogt te beschermen, valt in een nationale context al wat af te dingen, omdat niet van een wetgever mag worden verwacht dat hij alle gevallen (of op abstracter niveau: alle belangen) op voorhand voorziet.[1823] In Europese context is dat argument nog minder overtuigend, omdat de Europese wetgever rekening heeft te houden met 28 rechtsordes die in meer of mindere mate dergelijke aanwijzingen verlangen. Ik ben mij ervan bewust dat dit ook juist een argument voor meer klare taal van de EU-wetgever kan zijn, maar de vraag is hoe haalbaar dit is,

[1819] Den Hollander 2016, p. 112 en 142.

[1820] Zie over het ruimere begrip strekking Hijma in zijn noot onder 4 bij *Duwbak Linda*, onder verwijzing naar Bloembergen 1965, p. 172 en Lankhorst 1992, p. 117. Dat strekking een ruimer begrip is wordt door Den Hollander 2016, p. 168 erkent, onder verwijzing naar deze en nadere literatuur. Bloembergen 1965, p. 172 noemt: de inhoud van de betrokken wettelijke regeling, de wetsgeschiedenis (de bedoeling van de wetgever), het gehele systeem van de wet, de redelijkheid van het met een bepaalde interpretatie te verkrijgen resultaat en de ernst van de gevaren waartegen de overtreden wetsbepaling wil beschermen.

[1821] Vgl. ook Hijma in zijn noot onder 11 bij HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*), alsmede Concl. A-G Hartlief 6 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1095, sub 3.18-3.19. Zie ook Den Hollander 2016, p. 118-123, 161-162 en 326 en 327, die echter meent dat de rechtspolitiek door de rechter voor de omvangfase moet worden gereserveerd.

[1822] Den Hollander 2016, p. 139 en 140, onder verwijzing naar Van Buuren 1978 over groepsbelangen van '*middenstanders, buurtbewoners, werknemers of weggebruikers'*, alsmede p. 131 over '*afgeleide*' bescherming en p. 144 waarin hij wijst op de terughoudende opstelling van de rechter, waarbij deze aan 'heteronome' rechtsvinding moet doen. Zie anders Di Bella 2014, p. 142-143; zoals ook in commentaar daarop Schutgens 2015, p. 274-275, die mede kritiek levert op de aanpak van de Hoge Raad, aangezien die te nadrukkelijk aankoopt bij de parlementaire geschiedenis, waardoor relativiteit '*zo wel erg snel komt te ontbreken'*.

[1823] Zie ook Di Bella en Schutgens voornoemd. Zie anders Den Hollander 2016, p. 141-142: '*Resumerend is de vraag naar het beschermingsdoel dus een verstrekkende vraag, met een veeleer beleidsmatig of zelfs ideologisch dan juridisch en in elk geval controversieel karakter. De wetgever kan het antwoord op deze vraag in de wettekst en de wetsgeschiedenis bovendien zelf geven. Er is in mijn optiek daarom goede reden voor de rechter om bij deze vraag in de regel een terughoudende opstelling te kiezen in zijn verhouding tot de wetgever en alleen aan te nemen dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, als de wetgever daarvoor in de wettekst wen wetsgeschiedenis dekking biedt middels 'positieve' aanwijzingen*.'

mede in het licht van de Europese politieke arena. Dit kan er mijns inziens mede voor pleiten aan 'positieve aanwijzingen' in voornoemde zin niet al te hoge eisen te stellen.

In de zoektocht naar het beschermingsdoel van Europees productveiligheidsrecht (of breder 'de bedoeling van de wetgever') stuit men op twee wetgevers, namelijk enerzijds de Europese wetgever die de verplichtingen via secundair EU-recht heeft geharmoniseerd met het oog op de bescherming van bijzondere doelen en belangen en anderzijds de nationale wetgever. De Europese wetgever is, mede in het licht van het Europese subsidiariteit- en proportionaliteitsbeginsel (art. 5 lid 1 en 3 VEU), voor de operationalisering van het EU-recht afhankelijk van de nationale wetgever. Deze implementeert de verplichtingen in zijn nationale recht en geeft de sancties erop vorm, waarbij hij tot op zekere hoogte kan kiezen voor het bestuurs-, het straf- en/of het civiele recht. Daarbij kan de nationale wetgever (deels) een eigen belangenafweging maken. Hij heeft – binnen de bandbreedtes van de sanctieclausule en *Rewe/Comet* (nr. 79 e.v.) – een zekere keuzevrijheid of hij privaatrechtelijke sanctionering al dan niet openstelt en voor wie. Voor de zoektocht naar relativiteit ex art. 6:163 BW en het doel en de strekking van de norm dient dus niet alleen het secundaire EU-recht te worden onderzocht, maar ook de strekking van de nationale implementatie, aan de hand van onder meer de nationale wetgeschiedenis, de inhoud, structuur en inbedding van de nationale wet (vgl. het hiervoor weergegeven oordeel van hof in *Pharmacia/Cosmétique*, waarin zowel doel en strekking van de richtlijn als van de nationale implementatie worden onderzocht). Binnen de relativiteitstoets heeft bovendien de nationale rechter enige ruimte om tot nationale rechtsvorming over te gaan.[1824] Aan het institutionele kader waaraan de civiele rechter in een eenlagige rechtsorde is gebonden, wordt aldus een dimensie toegevoegd: niet de verhouding wetgever-rechter staat centraal, maar de verhouding EU-wetgever, nationale wetgever en nationale rechter. Voor de duidelijkheid: bij productveiligheids*verordeningen* doet de EU-wetgever eenzelfde beroep op de lidstaten tot operationalisering van de daarin vervatte verplichtingen (nr. 72), waardoor – ondanks de directe werking in de zin van directe inroepbaarheid van verordeningen – de relativiteitsvraag mijns inziens evenmin een exclusieve vraag van Europees recht is.

204 Beschermde belangen: een eerste aanzet

Uiteindelijk dient relativiteit van een concrete norm binnen een concrete rechtsverhouding te worden beoordeeld (vgl. mijn eerdere opmerking onder nr. 139 en nr. 172).[1825] Desalniettemin kunnen er algemene aandachtspunten voor die beoordeling worden gevonden.

[1824] Den Hollander 2016, p. 119 en 120, die zelf uitgaat van een scherp institutioneel kader in de eerste fase van de relativiteitstoets, doch die mede wijst op auteurs die uitgaan van een ruimer rechtsvormend mandaat (lees: materieel kader), zie ook p. 142.

[1825] Vgl. Hijma in zijn noot bij *Duwbak Linda* onder 6: '*Naar mijn gevoelen heeft hetgeen de Hoge Raad hier 'algemene norm' noemt nauwelijks het karakter van een norm, maar veeleer dat van een algemeen, op macroniveau geformuleerd, doel: bevordering van de veiligheid te water. Dit algemene doel geeft het speelveld*

De relativiteitstoets behelst een interpretatie van zowel EU- als nationaal recht en vergt een samenspel tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter. Worden bij twijfel over de beschermde belangen echter geen prejudiciële vragen gesteld, dan zet de nationale rechter de Europese buitenspel. In *Pharmacia/Cosmétique* zijn door het hof en de Hoge Raad geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld over de belangen die de Richtlijn Geneesmiddelen (oud) beschermt. Dat die richtlijn niet zou strekken tot het beschermen van de eerlijke mededinging en dus niet van concurrenten werd door het hof 's-Gravenhage afgeleid uit het arrest *Upjohn/Farzoo* van het Hof van Justitie EU.[1826] De Hoge Raad liet dit oordeel in zijn tweede arrest in stand.[1827] Het Hof van Justitie werd in *Upjohn/Farzoo* echter aangezocht voor vragen over de definitie van het begrip geneesmiddel onder de Richtlijn Geneesmiddelen (oud) (zie eerder nr. 33), niet voor de vraag of deze strekt tot bescherming van de eerlijke mededinging.[1828] Het is daarmee de vraag of het niet-noemen van dit belang in de overwegingen van het arrest *Upjohn/Farzoo* voldoende aanwijzingen biedt voor de beantwoording van de vraag of de Richtlijn Geneesmiddelen (oud) strekt tot bescherming van de eerlijke mededinging en/of de belangen van concurrenten. Naast de bescherming van de volksgezondheid heeft voornoemde richtlijn ook het geheel of ten dele opheffen van handelsbelemmeringen en daarmee de totstandkoming van de interne markt als doel; [1829] het is onduidelijk welke secundaire individuele belangen uit de bescherming van dit doel kunnen worden afgeleid en of hiertoe ook de belangen van concurrenten behoren. Aannemelijk is dat het belang van concurrenten hier niet snel uit mag worden afgeleid, maar volledig helder is dit niet (zie eerder nr. 86).

Nu de met het EU-recht beschermde belangen relevant lijken te zijn voor het bepalen van de strekking van een EU-verplichting in het kader van de nationale relativiteit,[1830] was een prejudiciële vraag in *Pharmacia/Cosmétique*

---

aan, maar verschaft daarbinnen weinig houvast. Echt houvast kan pas ontstaan op microniveau, d.w.z. op dat van de wettelijke regeling waarin de litigieuze gedragsnorm is neergelegd (in casu het certificaat- en inspectiestelsel). Op dat lagere niveau immers zal het algemene doel normaliter niet over de volle breedte worden gediend of nagestreefd; veelal zal een toespitsing aan de orde zijn, aan de hand waarvan de strekking van de uiteindelijk geformuleerde norm (mede) gestalte krijgt. De Raad kan dan ook gevoeglijk worden gevolgd, waar hij het algemene niveau passeert en doorstoot naar dat der specifieke wetgeving.'

[1826] Hof 's-Gravenhage 27 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AP0273, *BIE* 2004/37, r.o. 17 onder verwijzing naar HvJ EG 16 april 1991, 112/89, ECLI:NL:XX:1991:AD1379, *NJ* 1992/674 (*Upjohn/Farzoo*), r.o. 31. Dit was het arrest dat volgde op HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706 (*Pharmacia/Cosmétique*).

[1827] HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*), r.o. 4.2.3.

[1828] HvJ EG 16 april 1991, 112/89, ECLI:NL:XX:1991:AD1379, *NJ* 1992/674 (*Upjohn/Farzoo*), overweging 7.

[1829] Vgl. ook Concl. A-G Spier overweging 5.26 bij HR 10 november 2006, LJN: AY9317, *RvdW* 2006/1058, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*): '*Ik kom dan op de vraag of de richtlijnen en het Rbg mede strekken ter bescherming van de belangen van Astrazeneca c.s. Uit het voorafgaande moge volgen dat van een dergelijke bedoeling niet, laat staan duidelijk, blijkt. Doel en strekking is bescherming van de volksgezondheid en het wegnemen van communautaire handelsbeperkingen. Op deze laatste is in casu door Astrazeneca c.s. geen beroep gedaan. Zij moeten daarom verder buiten beschouwing blijven*.'

[1830] Vgl. ook HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4 waaruit volgt dat voor de beoordeling van de vraag of een overeenkomst die verplicht tot een bij wet

wellicht op zijn plaats geweest om enige twijfel hierover uit te sluiten. Het praktische belang van duidelijkheid op dit punt was in het concrete geval wellicht minder groot omdat de correctie-Langemeijer reeds door het hof was gehonoreerd en de rechtsbescherming voor de concurrent dus niet uitbleef.[1831]

Bij onduidelijkheden over de met EU-recht beschermde belangen is de rechter in laatste instantie gehouden prejudiciële vragen te stellen (nr. 92), ook al is de kans groot dat het Hof niets zegt over de concrete remedie (vgl. nr. 81). Antwoorden daarop zijn van belang voor een coherente uitleg van EU-recht en kunnen vanuit het nationale kader bezien nuttige aanwijzingen opleveren. Mijns inziens is de uitleg van het Hof van Justitie in *Schmitt* voor onze nationale rechtsorde te vertalen als een bevestiging dat de belangen van individuele patiënten mede door de verplichtingen uit de Richtlijn Medische hulpmiddelen worden beschermd (nr. 81).[1832] *Muñoz* vormt een vergelijkbare bevestiging van het uitgangspunt dat de daarin genoemde productnormen zien op de bescherming van de belangen van concurrenten (nr. 82).[1833] Sommige auteurs vragen zich af in hoeverre algemene belangen als volksgezondheid en veiligheid in het kader van relativiteit afdoende zijn om de bescherming van individuele (vermogens)belangen uit af te leiden.[1834] In een Europese context leidt het Hof in *Muñoz* uit 'eerlijke mededinging' in de considerans uit hoofde van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming de bescherming van individuele belangen van concurrenten af. Zo bezien kunnen ook uit andere algemene belangen als genoemd in de considerans van productveiligheidsinstrumenten individuele belangen worden afgeleid (hoofdstuk 3). Zo zou uit het algemene belang van de 'volksgezondheid' in de considerans van het productveiligheidsrecht 'de bescherming van personen die met producten in aanraking komen' als beschermingsdoel kunnen worden afgeleid. Voor de hand ligt dat letselschade door inbreukmakende producten sowieso voor vergoeding in aanmerking komt nu volksgezondheid in het bijzonder ziet op individuele personen, hun lijf en hun leden. Deze invulling zou aansluiten bij het Duitse recht (nr. 193) en het Engelse recht (nr. 194).

---

verboden prestatie ook sprake is van nietigheid op basis van strijd met de openbare orde, volgens de Hoge Raad onder meer van belang is welke belangen met de regel worden beschermd. De weging van dit gezichtspunt vereist eveneens uitleg van EU-recht, Ten Oever & Veldt 2016a, paragraaf 4. Zie nader, nr. 172.

[1831] Hof 's-Gravenhage 27 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AP0273, *BIE* 2004/37, r.o. 23.

[1832] Vgl. meer in het algemeen over *Schmitt* zonder de koppeling aan de fasen van Lankhorst, Verbruggen & Van Leeuwen 2018, p. 401.

[1833] Zie ook Den Hollander 2016, p. 323 die hier zo'n aanwijzing in ziet, doch eerder juist tegen het afleiden van individuele belangen uit algemene belangen lijkt te pleiten. Zie navolgende noot. Zie kritisch over deze aanpak: Concl. A-G Hartlief, 6 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1095, sub 3.18-3.19,

[1834] Volgens Den Hollander 2016, p. 172 impliceert het oordeel van de Hoge Raad in *Pharmacia/Cosmétique* dat '*de WGV uitsluitend ('slechts') het als algemeen belang aan te merken belang van de volksgezondheid beoogt te beschermen en dus geen enkel ander belang, waaronder welke individuele vermogensbelangen dan ook.*' Hij verwijst daarbij naar Concl. A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, onder 3.6. Dat zou betekenen dat individuele patiënten evenmin vermogensrechtelijke bescherming aan de WVG kunnen ontlenen. Ik vind dat persoonlijk een te rigide interpretatie van het oordeel in kwestie en te rigide toepassing van het relativiteitsvereiste in het algemeen. In dat geval zou relativiteit bij wettelijke normen zelden tot nooit aanwezig zijn.

Letselschade en schade aan andere zaken vallen in die rechtsstelsels onder het beschermingsbereik van de nationale implementatiebepalingen van het productveiligheidsrecht. Uit 'eerlijke concurrentie' kan het individuele belang van concurrenten worden afgeleid. Het doel van 'eerlijkheid in de handel' uit de Warenwet zou een aanwijzing kunnen vormen aan de hand waarvan de rechtsbescherming van andere partijen in de handelsketen die niet met elkaar concurreren kan worden gefaciliteerd, voor zover zo'n aanwijzing in de Europese instrumenten ontbreekt. Zie voor verdere argumenten die pleiten voor het bieden van privaatrechtelijke rechtsbescherming nr. 241 en de slotbeschouwing nr. 285.

Het afleiden van de bescherming van individuele belangen uit algemene belangen zou ook aansluiten bij de lijn die de Hoge Raad in 2018 heeft ingezet in een arrest over lidstaataansprakelijkheid voor gebrekkige implementatie van EU-richtlijnen. In dat soort zaken is – anders dan in de hier centraal staande rechtsverhoudingen – sprake van samenloop van een Europese en een nationale grondslag voor schadevergoeding. Het Europese relativiteitscriterium en het nationale relativiteitscriterium zijn in die gevallen in beginsel naast elkaar van toepassing.[1835] De Hoge Raad kiest in dat arrest desalniettemin voor één geïntegreerd criterium. Voor de aanwezigheid van relativiteit is volgens de Hoge Raad nodig dat 'de niet-tijdig of onjuist omgezette EU-richtlijn mede strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de gedupeerden, althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen dat de schade die is ontstaan als gevolg van niet-tijdige of onjuiste omzetting, valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn.'[1836] Deze laatste zinsnede biedt de ruimte om uit algemene belangen de bescherming van individuele belangen af te leiden.[1837] Ik betoog art. 6:163 BW buiten samenloop en in zuiver horizontale verhoudingen die ruimte ook zou moeten bieden.

Hartkamp meent dat na *Muñoz* het aannemelijk is dat 'particulieren' naar Nederlands recht behalve een verbod ook vergoeding van geleden schade kunnen vorderen, omdat het vorderen van een verbod naar nationaal recht verbonden is aan het (dreigende) bestaan van een onrechtmatige daad.[1838] Deze opmerking moet worden genuanceerd aangezien het de vraag is of iedere particulier deze mogelijkheid moet worden geboden. Bovendien vereist

[1835] Op EU-niveau staat bij die toets het toekennen van rechten centraal, op nationaal niveau gaat het primair om het bepalen van het personele en zakelijke beschermingsbereik. Vgl. verder hoofdstuk 3, nr. 81 onder verwijzing naar Dougan 2017, p. 146 en 147, mede over de discussie ten aanzien van de vraag op de toets of rechten worden toegekend in horizontale verhoudingen hetzelfde is als onder het vereiste van lidstaataansprakelijkheid.

[1836] HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, *NJ* 2020/40, m.nt. Jac. Hijma, r.o. . Vgl. ook Concl. A-G Wissink, onder 4.9.1.

[1837] Vgl. ook Hijma onder nr. 11 van zijn noot onder verwijzing naar het arrest HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11 (*Jutta Leth*), r.o. 34 en 36, op grond waarvan hij spreekt van een primaire en secundaire beschermingskring van gerechtigden van een richtlijn. De Hoge Raad lijkt, aldus Hijma, deze laatste kring nu te omarmen.

[1838] *Asser/Hartkamp 3-I* 2018//197 onder verwijzing naar Tridimas 2006, p. 545 e.v.

het relativiteitsvereiste bij schadevergoeding ex art. 6:163 BW niet alleen dat het geschonden belang door de regel wordt beschermd, doch ook dat de regel beschermt tegen de geleden schade.

Het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste heeft een andere functie. Het wordt gebruikt ter beantwoording van de vraag wie een besluit kan aanvechten. Het wordt dus niet per definitie hetzelfde ingevuld als het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in het kader van de bestuursrechtelijke relativiteit ex art. 8:69a Awb inmiddels heeft aangenomen dat art. 46 Gmw en art. 42 lid 6 Gmw, over vergunningen voor geneesmiddelen, tevens strekken tot de bescherming van de belangen van concurrenten.[1839] Opvallend is dat de Afdeling relativiteit afleidt uit de strekking tot bevorderen van de goede werking van de interne markt, als genoemd in de algemene doelstellingen van de nieuwe geneesmiddelenrichtlijn.[1840] Dit is een veel soepelere relativiteitstoets dan in *Pharmacia/Cosmétique*. Voor relativiteit in relatie tot schadevergoeding lijkt de Hoge Raad hogere eisen te stellen.

De Afdeling gebruikt voorts een beoordelingskader uit een eerder arrest,[1841] waarin de *Van Schijndel*-toets (vgl. nr. 93) in bestuursrechtelijke context valt te lezen, die mede analoog kan worden toegepast in het privaatrecht. Voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming vormt nationale procedurele autonomie en dus het nationale bestuurs(proces)recht het uitgangspunt. Indien uit de beoordelingen onder het nationale kader volgt dat appellant geen belanghebbende is of dat zijn beroepsgrond niet tot vernietiging kan leiden, kan worden bezien of deze toepassing van artikel 8:1 in samenhang gelezen

---

[1839] ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298, r.o. 19 t/m 21. Het sluit daarin aan bij ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2947, *JB* 2017/3, *JGR* 2017/5 m.nt. Lisman. Art. 46 Gmw: '*1. Het College stelt een beoordelingsrapport op ten aanzien van het betreffende geneesmiddel en neemt een besluit over de aanvraag van de handelsvergunning, met inachtneming van de bij ministeriële regeling te stellen regels.*
2. Indien de handelsvergunning wordt verleend, bevat deze tevens de goedkeuring van de samenvatting van productkenmerken. 3.(…). Artikel 42 6: *'Indien de aanvraag een geneesmiddel betreft: a. dat niet voldoet aan de definitie van generiek geneesmiddel, b. waarvan de biologische equivalentie niet door middel van wetenschappelijke studies inzake biologische beschikbaarheid kan worden aangetoond, c. waarvan de concentratie, de farmaceutische vorm of de wijze van toediening ten opzichte van die van het referentiegeneesmiddel wordt gewijzigd, of d. waarvan werkzame stoffen of therapeutische indicaties worden gewijzigd ten opzichte van het referentiegeneesmiddel, kan de aanvrager van de handelsvergunning wat betreft preklinische en klinische gegevens en bescheiden volstaan met het overleggen van de resultaten van preklinische of klinische proeven waarmee het verschil met die welke voor het desbetreffende referentiegeneesmiddel zijn overgelegd, wordt overbrugd.'*

[1840] Richtlijn 2001/83/EG (Geneesmiddelenwetboek). R.o. 20: '*Hieruit volgt dat artikel 42, zesde lid, van de Gmw naast het beschermen van de volksgezondheid ook de goede werking van de interne markt voor geneesmiddelen tot doel heeft. De goede werking van deze markt wordt bevorderd door het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden. Dat strekt tot bescherming van alle marktdeelnemers in de farmaceutische sector. Er bestaat derhalve geen grond voor het oordeel dat artikel 42, zesde lid, van de Gmw kennelijk niet strekt tot de bescherming van de belangen van een marktdeelnemer zoals Teva. Anders dan de rechtbank heeft overwogen staat het relativiteitsvereiste derhalve niet in de weg aan vernietiging van het besluit op bezwaar*.'

[1841] ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, *NJB* 2016/1193, *BR* 2016/53 met annotatie van M.Y.C.L. de Wit, *JB* 2016/124 met annotatie van L.J.M. Timmermans, *JOM* 2016/453, *JOM* 2016/1020 (*Plan "Spoorallee"*), overweging 13.3. Dit arrest is gewezen gelijktijdig met ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296, *JB* 2016/123 (*Buitengebied Maartensdijk 2012*).

met artikel 1:2 van de Awb en van artikel 8:69a van de Awb voldoet aan de vereisten van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming. De Afdeling zal die beoordeling conform haar eerdere rechtspraak in het licht van de jurisprudentie van het Hof slechts hoeven te verrichten voor zover de betrokken belanghebbende rechten kan ontlenen aan de ingeroepen Unieregeling.[1842] Op een vergelijkbare wijze kan de relativiteit in privaatrechtelijke context in de hier onderzochte rechtsverhoudingen worden beoordeeld. De nationale rechter kan eerst bezien of die conform de nationale privaatrechtelijke strenge maatstaven aanwezig is. Ontbreekt relativiteit, dan kan het resultaat nog op doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming worden getoetst en kan er een mogelijke correctie plaatsvinden. In dat verband is van belang dat in buitencontractuele context mogelijk ook rechtsbescherming kan volgen via het ongeschreven recht, al dan niet met toepassing van de correctie-Langemeijer (nr. 206).

205 Soorten schade: principiële keuzes

Wordt een beschermd belang aanwezig geacht, dan vallen voor wat betreft de soorten schade waarvoor relativiteit aanwezig is en de wijzen van ontstaan ervan nog wat interessante keuzes te maken. Denkbaar is dat niet alle soorten schade van concurrenten of andere marktdeelnemers voor vergoeding in aanmerking komen.[1843] Hijma werpt in zijn noot bij Duwbak Linda een belangrijk vraag op over het onderscheid qua typen schade:

> 'De vraag dringt zich op, of in geval van personenschade (letsel, overlijden) anders moet worden geoordeeld. Stel dat Van Hasselt door het kapseizen van de Linda persoonlijk gewond zou zijn geraakt, zou een vordering tot vergoeding van letselschade dan ook op de relativiteit zijn vastgelopen? Voor een verschil in bejegening pleit, dat personenschade in ons recht een hogere status heeft dan andere schadesoorten en in diverse opzichten eerder voor vergoeding in aanmerking komt. De wens tot een doelmatige slachtofferbescherming heeft op dit terrein tot soms spectaculaire resultaten geleid (verkeersaansprakelijkheid, verjaring e.a.). Toch ben ik tot het andere antwoord geneigd: zaakschade en personenschade zijn hier over één relativiteitskam te scheren.'

[1842] De Afdeling sluit daarvoor aan bij de uitspraak van 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, overweging 13.3.
[1843] Vgl. in zekere zin de verticale situatie in de zaak, HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11 (*Jutta Leth*), r.o. 46-48, waarin het Hof over EU-lidstaatsaansprakelijkheid voor het ontbreken van een milieueffectbeoordeling oordeelde dat vermogensschade van omwonenden van i.c. een vliegveld onder de beschermingsdoelstelling van die richtlijn valt voor zover deze schade het rechtstreekse economische gevolg van de milieueffecten van een openbaar of particulier project is. Echter, volgens het Hof verleent de omstandigheid dat in strijd met de vereisten van deze richtlijn geen milieueffectbeoordeling werd uitgevoerd, particulieren in beginsel niet als zodanig recht op vergoeding van zuivere vermogensschade die voortvloeit uit de waardevermindering van hun onroerende zaken als gevolg van de milieueffecten van dit project. Het is volgens het Hof aan de nationale rechter om na te gaan of is voldaan aan de Unierechtelijke vereisten voor het recht op schadevergoeding, met name het bestaan van een rechtstreeks causaal verband tussen de aangevoerde schending en de geleden schade.

Doordat de Hoge Raad in *Duwbak Linda* een beschermd belang niet aanwezig achtte, deed een onderscheid in soorten schade er niet toe.[1844] Het onderscheid zou echter wel relevant kunnen zijn bij belangen die vallen binnen het beschermingsbereik van andere geschonden normen. Voor wat betreft de schadeposten zou kunnen worden gedifferentieerd tussen (in volgorde van afnemend normatief gewicht): de vergoeding van letselschade, zaakschade en andere vermogensschade. Volgen we deze differentiëring, dan lijkt de relativiteit van productnormen in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht met name snel te kunnen worden aangenomen bij zaak- en personenschade, maar minder snel in gevallen van *pure economic loss* (Vgl. nr. 241 en nr. 285). [1845]

206 Correctie-Langemeijer

Voor de schending van wettelijke normen geldt dat de Hoge Raad in het *Tandarts*-arrest de toepassing van de correctie-Langemeijer heeft erkend. Deze correctie impliceert dat onder omstandigheden schending van een wettelijke norm die wegens gebrek aan relativiteit niet tot schadevergoeding kan leiden, een factor kan zijn die kan bijdragen aan het oordeel dat een ongeschreven norm is geschonden. In dat kader dient te worden beoordeeld*:*

> ’(…) of, gelet op de betekenis die de overtreding van de betrokken wetsbepaling heeft in het gegeven samenstel van feiten dat tot de benadeling leidt, en gelet mede op de bijzondere omstandigheden die het geval kenmerken, aan dengeen die zich aan de wetsovertreding schuldig maakt, met het oog op de voor hem voorzienbare gevolgen van zijn handelwijze voor anderen, wier belangen daardoor worden aangetast, door die anderen van zijn met de wet strijdig handelen als te hunnen opzichte maatschappelijk onbehoorlijk een verwijt kan worden gemaakt.’[1846]

De correctie kan bij schending van de verplichtingen uit hoofdstuk 2 in combinatie met producteisen worden gebruikt om een doeltreffende toepassing van EU-recht te bevorderen of alsnog effectieve rechtsbescherming te bewerkstelligen.[1847] Zoals we hierna zullen zien in de rechtspraak kan de schending van een geharmoniseerde norm of een andere normalisatienorm op vergelijkbare wijze resulteren in een ‘extra argument’ voor onrechtmatigheid. De correctie-Langemeijer hoeft evenwel niet altijd te worden gehonoreerd, waardoor rechtsbescherming kan uitblijven. Zo werd de correctie in

[1844] Hijma vervolgt onder 8 van zijn noot bij HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*): ‘*De Hoge Raad maakt de correcte keuring in wezen tot een interne eis, die zijn plaats heeft binnen de muren van de certificeringsprocedure; zie rov. 3.4.3. Degenen die zich buiten die muren bevinden, zoals van Hasselt, kunnen zich niet op (fouten bij) dat onderzoek beroepen. Dat het voorvallen van letsel deze buitenstaanderstatus ecarteert, is niet aannemelijk. Aldus bezien is het per saldo het in par. 3 sub a genoemde aspect van de relativiteit — wie? — dat het pleit beslecht*.’

[1845] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.2.2.1 onder verwijzing naar o.a. Van Maanen & Lindenberg 2015, p. nr. 63 en Di Bella *AV&S* 2013/2.

[1846] HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos, Tandartsen*).

[1847] Vgl. in de context van MIDIF I en II ook Wallinga 2018, p. 278.

Pharmacia/Cosmétique door het hof wel, maar in *Astrazeneca/Menzis* door het hof niet toegepast.[1848] Uiteindelijk is het slagen van een beroep erop afhankelijk van de aanwezigheid van de relativiteit van de geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

7.3.1.5 Nederlands recht – Toerekenbaarheid

207 Toerekenbaarheid en strijd met de wet

Het Nederlandse recht vereist bij een schending van een wettelijke plicht toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW) als additioneel vereiste voor schadevergoeding ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW. Het Nederlandse recht kent geen harde regel waaruit volgt dat een schending van een wettelijke plicht per definitie toerekenbaar is, zoals onder het Engelse recht.

In sommige wettelijke plichten zitten schuldelementen verdisconteerd, waardoor bij een gebrek aan schuld in relatie tot de schending van productnormen geen sprake is van een wetschending, zoals bijvoorbeeld in de geschreven zorgplicht voor de distributeur of art. 18 Warenwet (nr. 67 respectievelijk nr. 74). Dat impliceert tevens dat bij schending van een dergelijk voorschrift de toerekenbaarheid veelal direct is gegeven.[1849] In art. 2 sub 2 onder ii RAPV wordt de importeur met de producent gelijkgesteld (nr. 193). In diens verplichtingen ontbreekt echter een schuldelement. De toerekenbaarheid bij schending van dit soort wettelijke plichten kan naar Nederlands recht evenwel volgen uit de verkeersopvatting. In welke gevallen uit hoofde van verkeersopvatting wordt toegerekend, vormt een normatieve keuze van de nationale rechter.[1850] In essentie vormt dit mede een relativiteitsvraag: hebben deze plichten de strekking bij schending ervan mede de belangen van consumenten en andere marktdeelnemers te beschermen en te resulteren in een vordering tot schadevergoeding zonder dat daarvoor nadere toerekenbaarheid is vereist? Zie voor het beschermde belang en de schade, alsmede voor argumenten die mede voor deze normatieve keuze van belang kunnen zijn, de slotbeschouwing, nr. 285.

208 Schuld: andere factoren zoals de CE-markering

Het moge duidelijk zijn dat het verhandelen van producten waarop een CE-markering ontbreekt, terwijl deze uit hoofde van het productveiligheidsrecht

[1848] HR 10 november 2006, LJN: AY9317, *RvdW* 2006/1058, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*), r.o. 3.5.5: '*Deze opvatting* [toevoeging: van het hof dat de correctie-Langemeijer niet meebrengt dat het relativiteitsvereiste opzij kan worden gezet] *is juist omdat de genoemde correctie daarin bestaat dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade.'*

[1849] Vgl. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 9.1.6 (actueel t/m 08-03-2019).

[1850] In beginsel geldt in delictuele context een terughoudende benadering bij toerekening krachtens verkeersopvatting, Eindverslag I, Parl. Gesch. BW Boek 6, 1981, p. 628. Zie voor gevalstypen waarmee wellicht kan worden vergeleken, zoals technische gebreken in zaken die veelal voor rekening van professionele gebruikers, maar niet van privégebruikers van het product worden gebracht, Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant.11.3.2 (actueel t/m 08-03-2019).

aanwezig moet zijn, al snel maakt dat sprake is van schuld, omdat eventuele schade als gevolg van het niet voldoen aan Europese productnormen voor een importeur of distributeur dan veelal verwijtbaar en vermijdbaar was door de aanwezigheid van de markering te controleren. Daarbij draagt de plicht onder het productveiligheidsrecht tot het controleren van de CE-markering voor de importeur bij aan het bewijs van de toerekenbaarheid. Bij massadistributie en *fulfilment* – waarbij de producten niet altijd zichtbaar zijn – mag die conclusie niet zo makkelijk worden getrokken mede nu voor distributeurs een geschreven controleplicht van de CE-markering ontbreekt. Vanaf 2021 bestaat echter voor fulfilmentdienstverleners een controleplicht uit hoofde van de Nieuwe Verordening Markttoezicht (nr. 65).

Is wel een CE-markering aanwezig, dan hangt het af van de overige omstandigheden van het geval of de importeur of distributeur met controle van de aanwezigheid van die markering kan en mag volstaan (§ 7.3.2.4).[1851]

209 Verkeersopvatting: rechtsdwaling

Een onrechtmatige daad die is begaan wegens een dwaling omtrent het objectieve recht (rechtsdwaling) is in beginsel toerekenbaar aan de persoon die onrechtmatig handelt. Een verweer inhoudende dat de schending van een producteis niet als onrechtmatige daad kan worden toegerekend omdat de inhoud van de eis aan de pleger onbekend was, zal in beginsel niet slagen.[1852]

Hierop bestaan evenwel uitzonderingen. Zo kan een schending van een wetsvoorschrift dat niet behoorlijk bekend is gemaakt, niet aan de dader worden toegerekend.[1853] Essentiële eisen worden behoorlijk bekendgemaakt; indien zij zijn vervat in verordeningen worden zij gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie. Indien zij vanuit een richtlijn in nationale algemeen verbindende voorschriften worden omgezet, dan worden ze gepubliceerd in het Staatsblad of de Staatscourant. Dat het in de praktijk vanwege de meergelaagdheid geen sinecure is om volledig in beeld te krijgen welke regels op een product van toepassing zijn, zou aan toerekening in beginsel niet in de weg moeten staan. Dit laat onverlet dat zowel de Nederlandse als Europese wetgever nog het nodige kunnen en moeten doen om de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van de toepasselijke regels te verbeteren (nr. 281).

[1851] Onder het voedselveiligheidsrecht bestaan wel vergaande controleplichten voor distributeurs, doch ook die zijn niet absoluut, vgl. het gehororeerde AVAS-verweer in de strafzaak HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, *NJ* 1993/476 (SR).

[1852] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 11.4.4,1 (actueel t/m 08-03-2019) en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/109 onder verwijzing naar HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, *NJ* 2006/115, m.nt. C.E. du Perron (*Bosman/mr. G*).

[1853] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 11.4.4.2 (actueel t/m 08-03-2019) mede onder verwijzing naar Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies) die de verschoonbare rechtsdwaling als belangrijk sluitstuk zien (nr. 3), dat op zou kunnen gaan daar waar de kenbaarheid van het recht problematisch is, bijvoorbeeld vanwege (i) complexiteit, (ii) onduidelijkheid of (iii) veranderlijkheid van het recht (nr. 4). Zij concluderen over de rechtsdwaling (nr. 50 e.v.) dat indien de rechtzoekende onvoldoende zekerheid kan ontlenen aan het recht om zijn gedrag daarop af te stemmen, de daaruit voortvloeiende rechtsdwaling verschoonbaar is en niet voor risico van de dwalende dient te komen (nr. 55).

Van geharmoniseerde normen wordt echter alleen een verwijzing in het Publicatieblad c.q. het Staatsblad gepubliceerd. Staat het ontbreken van integrale kosteloze publicatie van normen in uitzonderlijke omstandigheden aan toerekening van de onrechtmatige daad in de weg?[1854] Te denken valt aan een zeer kleine importeur die onder de RAPV met de producent gelijk wordt gesteld, die de plicht heeft alleen veilige producten op de markt te brengen en die vertrouwt op de conformiteitsbeoordelingen en toezeggingen van de Chinese fabrikant over het naleven van geharmoniseerde normen. Kan hem een schending van geharmoniseerde normen worden verweten of naar verkeersopvatting worden toegerekend? Strijd met de wet kan in zo'n geval gelaagd worden geconstrueerd in de zin dat schending van een geharmoniseerde norm een vermoeden rechtvaardigt van onrechtmatigheid. Mijn inschatting is dat de strijd met de wet die aan de hand van de schending van geharmoniseerde normen gelaagd zou kunnen geconstrueerd veelal op grond van verkeersopvatting toerekenbaar zal zijn, mede vanwege het gevaarzettings- en profijtbeginsel. Dit geldt temeer nu de Hoge Raad in *Knooble/Staat* impliciet heeft geoordeeld dat kenbaarheid voldoende is gegarandeerd (nr. 123). Los daarvan pleit ik als gezegd voor kosteloze publicatie van die normen (nr. 126). Overigens is voor een ver- of gebod geen toerekenbaarheid vereist.

7.3.2 Strijd met het ongeschreven recht

7.3.2.1 Duits recht

210 Zorgplichten naar Duits recht[1855]

De meeste Duitse rechtspraak waarin wettelijke normen en normalisatienormen – in Duitsland bekend als DIN-normen – een rol spelen, betreft de invulling of concretisering van zogeheten *Verkehrssicherungspflichten*. Daarbinnen worden wettelijke normen en in de regel ook normalisatienormen beschouwd als minimumnormen.[1856] *Verkehrssicherungspflichten* worden geconstrueerd als vorm van inbreuk op

[1854] Vgl. Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies), hoofdstuk 2, paragraaf 13: '*Kenbaarheid en bekendheid zijn alleen een probleem als het recht werkelijk onhanteerbaar wordt. Het gaat er vooral om dat het recht kenbaar is (en bekend) wanneer het nodig is. Een burger behoeft bijvoorbeeld niet alle op auto's van toepassing zijnde regels te kennen, maar wel dient hij op de hoogte te zijn van zekere regelgeving als hij daadwerkelijk wil gaan autorijden. Anders gezegd: een belangrijk deel van regelgeving is slechts in specifieke domeinen of rollen relevant, en het mag verwacht worden dat diegene die zich binnen de reikwijdte van die regels begeeft, zich voor zover nodig daar ook in zal verdiepen. Dit veronderstelt overigens wel dat een gewone burger voldoende zal beseffen of begrijpen dat hij een zodanig afgezonderd domein betreedt, en dat de desbetreffende regels dan ook met redelijke inspanningen zijn te achterhalen en doorgronden.*'

[1855] Zie voor oudere jurisprudentie en een analyse daarvan Snijders 1987, p. 175 alsmede Stuurman 1995, p. 272 e.v. Voor de analyse in dit onderzoek is mede recente rechtspraak bekeken en verwerkt.

[1856] MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 444, 447 en 815; BGH 12.11.1996, VI ZR 270/95, *NJW* 1997, 382 en 582 *(Verdronken kind op bouwplaats*), zoals ook aangehaald door Spindler 2009, p. 243. Brüggemeier 2006, p. 411 onder verwijzing naar andere rechtspraak. Zie voor productaansprakelijkheid buiten de richtlijn BGH 07.10.1986 - VI ZR 187/85 (Stuttgart) *NJW* 1987, 372, (373) (*Verzinkungsspray*), waarin geen *regulatory compliance*-verweer werd gehonoreerd.

bepaalde subjectieve rechten (§ 823 lid 1 BGB), nu in Duitsland een separate wettelijke categorie als strijd met de maatschappelijke betamelijkheid ontbreekt.[1857] *Verkehrssicherungspflichten* zijn bijzondere *Sorgfaltspflichten* (vgl. zorgplichten) die de strekking hebben niet onrechtmatig gevaren in het leven te roepen.[1858] Daarmee is een deel van de jurisprudentie qua casuïstiek vergelijkbaar met de Nederlandse onrechtmatige gevaarzettingsjurisprudentie.[1859] *Verkehrssicherungspflichten* zien op de privaatrechtelijke normering van gedrag aan de hand van objectieve maatstaven en vragen ook in Duitsland een zelfstandig oordeel van de civiele rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval, [1860] waaronder de concrete (rechts)verhouding en hoedanigheid van partijen. Toerekenbaarheid is vereist, maar net als in Nederland valt beantwoording van de toerekeningsvraag (*Verschulden*) vaak samen met de beoordeling van de schending van de zorgplicht, nu die aan de hand van dezelfde omstandigheden plaatsvindt.[1861] Bij schending van een *Verkehrssicherungspflicht* wordt alleen schade aan de eerdergenoemde *geschützten Rechtsgüter*[1862] en daaruit voortvloeiende gevolgschade vergoed. Zuivere vermogensschade die niet uit schade aan zaken of letselschade voortvloeit, komt in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking.[1863] Het Bundesgerichtshof heeft in de jurisprudentie *das Recht am Gewerbebetrieb* als recht in de zin van § 823 I BGB erkend op grond waarvan bijvoorbeeld schade als gevolg van het uitvallen van een bedrijf wegens kabelschade bij een derde onder zeer uitzonderlijke omstandigheden voor vergoeding in aanmerking komt. De eisen hiervoor zijn bijzonder hoog.[1864] Deze constructie is door het Bundesgerichtshof eens toegestaan voor economische schade als gevolg van een overstroming van een bouwterrein vanwege pompuitval door een gebrek in een bouwstroomverdeler, doch moet als zeer uitzonderlijk worden beschouwd.[1865] In de context van

[1857] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/46.2; Van Dam 2013, p. 252.
[1858] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 23, Rn. 6).
[1859] Niet te verwarren met *Gefährdungshaftung* (zijnde de kwalitatieve aansprakelijkheden naar Duits recht).
[1860] BGH 29.11.1983, VI ZR 137/82, *NJW* 1984, p. 801 en 802 (*Schade toeschouwer ijshockey wedstrijd*); Snijders 1987, p. 179; Vieweg 2011, p. 372 onder verwijzing naar o.m. BGH 3.6.2008, VI ZR 223/07, *NJW* 2008, 3775 (*Trampoline ongeval*).
[1861] Zie § 276 Abs. 2 BGB: '*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt*'. Zie uitvoerig Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 28 Rn. 1-12), zoals ook aangehaald door Hermes 2009, p. 15-16.
[1862] Zijnde *Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum* en *Sonstige Rechte*.
[1863] Hermes 2009, p. 17; Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, Rn. F2; Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 138). *Pure economic loss* – dat wil zeggen vermogensschade die niet voortvloeit uit zaakschade – komt in Duitsland alleen in uitzonderlijke gevallen voor vergoeding in aanmerking: Van Dam 2013, p. 211-212; Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 136).
[1864] Het moet gaan om '*unmittelbare Eingriffe in den gewerblichen Tätigkeitskreis*'. '*Sie müssen das Integritätsinteresse beeinträchten, vor allem aber 'betriebsbezogen' sein und nich nur solche Rechtsgüter oder Rechte betreffen, die vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbar sind. In Betracht kommen nur solche Beeinträchtigungen, die den Betrieb in seinen Grundlagen bedrohen oder gerade den Funktionszusammenhang der Betriebsmitter auf längere Zeit aufheben',* Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 136)
[1865] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 21 Rn. 137) onder verwijzing naar BGH 24.04.1990 - VI ZR 358/89 (Karlsruhe), *NJW* 1992, 41 (*Baustromverteiler*).

productveiligheid zou § 826 BGB nog van belang kunnen zijn, dat ziet op schade die opzettelijk is toegebracht, doch producteisen zijn voor deze privaatrechtelijke gedragsnorm niet van bijzondere betekenis, reden waarom deze rechtsgrond niet nader wordt behandeld.

De heersende leer neemt wel invloed van regulering aan op *Verkehrssicherungspflichten*, doch neemt autonome normstelling door het privaatrecht tot uitgangspunt.[1866] Wagner noemt als redenen hiervoor het verschil in functie tussen publiek- (algemene normen) en privaatrecht (individuele normen aan de hand van omstandigheden van het geval, zijnde complementair aan het publiekrecht).[1867] Een andere opvatting zou volgens hem vragen om een rol van de Staat die hij feitelijk niet zou kunnen vervullen. Volgens hem kan een deel van de regulering juist aan de markt worden gelaten vanwege de zelfstandige regulerende functie van het privaatrecht (vgl. de vangnetfunctie, hoofdstuk 5).[1868] Uitzondering – en klaarblijkelijk wat meer van de oude school – zijn auteurs die pleiten voor meer coherentie. Zij nemen tot uitgangspunt dat publiekrechtelijke veiligheidsnormen in beginsel een juist veiligheidsniveau bieden. Nu beide rechtsgebieden een gemeenschappelijk doel dienen, namelijk de veiligheid, zou het productveiligheidsrecht in beginsel ook in het privaatrecht de noodzakelijke maatregelen dicteren voor de controle van risico's.[1869] Ik schaar mij bij de eerste groep auteurs (zie eerder hoofdstuk 5).

211 Duitse kennis- c.q. veiligheidsniveaus

De vertaalslag van wettelijke eis of normalisatienorm naar privaatrechtelijke gedragsnorm c.q. zorgplicht vindt veelal plaats via het door een private partij in acht te nemen veiligheidsniveau dat in Duitsland in drie categorieën kan worden ingedeeld (hier weergegeven in volgorde van laag naar hoog)*:* '*anerkannte Regeln der Technik'*, *'Stand der Technik*' en *'Stand von Wissenschaft und Technik'*.*[1870]* Hoewel de invulling van deze begrippen natuurlijk ook aan interpretatie onderhevig is en voor discussie vatbaar is, wordt het hanteren van de indeling desalniettemin als behulpzaam gezien bij de nadere concretisering van wat van een partij mag worden verwacht.[1871] De *anerkannte Regeln der Technik* zijn normen of regels die binnen een kring van betrokken professionals bekend zijn, daarbinnen zijn ingeburgerd en als juist

[1866] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 28 Rn. 11), met in noot 11 nadere opvattingen.
[1867] Vgl. ook Hermes 2009, p. 150.
[1868] MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 445 en aldaar genoemde literatuur.
[1869] Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, Rn. E 34 tevens erkennende dat dit een minderheidsopvatting is, onder verwijzing naar Marburger 1983, p. 597 en 602 (deze laatste niet kunnen raadplegen) en BGH 15.7.2003 - VI ZR 155/02 (OLG Frankfurt a.M.) *NJW-RR* 2003, 1459, 1460 (een zaak over gevaarzetting voor rondvliegend hout bij een houtzagerij). Zie ook Marburger 1979, p. 437.
[1870] Dit is een indeling die stamt uit het publiekrecht, BVerfG, Beschluss vom 8. 8. 1978 – 2 BvL 8/77; OVG NRW. In wetgeving werd door de Duitse wetgever wel expliciet naar deze categorieën verwezen. Zie voor een bespreking van de betekenis van deze categorieën voor het nationale productveiligheidsrecht in Duitsland Vieweg 2011, p. 363-365. Schut wijst in 1993 ook al op deze indeling onder verwijzing naar Marburger 1979. Zie ook Stuurman 1995, p. 273, Schepel 2005, p. 120 en 121 en Seibel 2013, p. 3003.
[1871] Vieweg 2011, p. 363.

worden beschouwd.[1872] Ze zijn de heersende opvatting onder de beroepsgroep en zien op de aspecten waar zo goed als consensus over bestaat.[1873] De *Stand der Technik* daarentegen wordt bepaald door de nieuwste technische ontwikkelingen. Om dit niveau vast te stellen, moet de rechter zich verdiepen in de discussies tussen technici ter bepaling van wat technisch '*notwendig, geeignet, angemessen und vermeidbar sei*'.[1874] De *Stand von Wissenschaft und Technik* vormt in beginsel het hoogste kennisniveau aangezien dit de laatste wetenschappelijke kennis en ontwikkelingen tot uitgangspunt neemt. Dit begrip wordt in het Duitse delictuele recht zelfstandig ingevuld ten opzichte van het *development risk defence* onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid (vgl. nr. 179), aangezien in Duitsland de wetenschappelijke opvatting van de *meerderheid* van de professionals tot uitgangspunt wordt genomen. De individuele autoriteit van die professionals kan daarbij wel worden meegewogen.[1875]

212 Anerkannte Regeln der Technik

In Duitsland is de rol van DIN-normen bij het Bundesgerichtshof meermaals aan de orde geweest. Zij worden niet als rechtsnormen gezien, maar als technische normen met '*Empfehlungscharakter',*[1876] ook wel bekend als *Technische Regelwerke*.[1877] De beperkte toegankelijkheid van dergelijke normen – namelijk tegen betaling – lijkt in de praktijk geen argument om ze niet te gebruiken in private geschillen.[1878] Sterker nog; omdat het Europese en nationale productveiligheidsrecht uitdrukkelijk naar geharmoniseerde normen respectievelijk andere normalisatienormen verwijzen, worden deze normen volgens Foerste in de praktijk grotendeels als rechtsnormen gebruikt.[1879]

[1872] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (§ 24, Rn. 22).
[1873] Vieweg 2011, p. 364; Seibel 2013, p. 3000-3003.
[1874] Vieweg 2011, p. 364.
[1875] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. p. 389 (§ 24, Rn. 24-25).
[1876] BGH 10.03.1987, VI ZR 144/86, *NJW* 1987/36, p. 2222 en 2223 (*Warentest composthakmachines*), r.o 16. BGH 14.05.1998, VII ZR 184/97, *NJW* 1998, p. 2814 en 2815 (*Geluidsoverlast aangekochte woningen*), r.o. 3: ,*a) Die DIN-Normen sind keine Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter (…). Das Berufungsgericht entnimmt die Mangelfreiheit ohne weiteres einer DIN-Norm. Es legt damit DIN-Normen eine ihnen nicht zustehende Rechtsnormqualität bei. b) Auch die Frage, was unter anerkannter Regel der Technik zu verstehen ist, beurteilt das Berufungsgericht ebenso unzutreffend wie schon der Sachverständige F. überwiegend danach, welche DIN-Norm aktuell ist. Maßgebend ist nicht, welche DIN-Norm gilt, sondern ob die Bauausführung zur Zeit der Abnahme den anerkannten Regeln der Technik entspricht. DIN-Normen können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben (…).'* Het arrest is ook aangehaald door Spindler 2009, p. 249 en Beckers 2015, p. 181. Wagner spreekt van nuttige gezichtspunten, MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 447
[1877] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 395 (§ 24, Rn. 40).
[1878] Kanttekening hierbij is wel dat slechts de eindarresten zijn bestudeerd en onduidelijk is in hoeverre dit argument in eerste en/of tweede aanleg onderdeel is geweest van het partijdebat. In de jaren 80 leken het Bundesgerichtshof en het Bundesverfassungsgericht om te zijn gegaan met betrekking tot auteursrechten en heffingen op standaarden waarnaar in wetten wordt verwezen, zie o.m. BGH 30.06.1983, *GRUG* 1984, p. 117-119 (*DIN*). Echter, in 2003 heeft de Duitse wetgever bij de implementatie van de nieuwe richtlijn een uitzondering opgenomen die maakte dat de normen toch tegen betaling beschikbaar kunnen worden gesteld. Zie hierover uitgebreid Van Gestel & Micklitz 2013, p. 169-172.
[1879] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 395 (§ 24, Rn. 42); Brüggemeier 2006, p. 411.

Aangezien DIN-normen lang niet altijd op producten zien, maar allerlei onderwerpen kunnen beslaan, is in de rechtspraak een brede toepassing van dergelijke normen in verschillende privaatrechtelijke verhoudingen te zien. In zoverre maakt het niet uit of het nu gaat om een wettelijke eis of om normalisatienormen: dezelfde inhoudelijke gezichtspunten zijn relevant om te beoordelen hoeveel betekenis aan een geschreven norm toekomt bij de invulling van het ongeschreven recht. Als gezegd raakt het verschil dat tussen beide bestaat op het punt van binding in de privaatrechtelijke praktijk meer op de achtergrond.[1880] De belangrijkste gezichtspunten worden hierna besproken.

Normalisatienormen hebben blijkens de Duitse rechtspraak veelal veiligheid tot doel (vergelijk de Nederlandse kwalificatie als veiligheidsnorm) en worden in beginsel geacht voornoemde *anerkannte Regeln der Technik* weer te geven.[1881] Hetzelfde geldt voor producteisen.[1882] Zeker wanneer de norm al sinds lange tijd bestaat en haar waarde heeft bewezen.[1883] Schending ervan wijst dan in de richting van schending van een zorgplicht.[1884] Gaat het om een norm waarover internationaal minder consensus bestaat[1885] of om een nieuwe norm, dan wordt kritischer naar de betekenis van de norm gekeken en kan,

---

[1880] Zie ook Hermes 2009, p. 116.

[1881] BGH 01.03.1988, VI ZR 190/87, *NJW* 1988, p. 2667 (*Ongeval glijbaan*), r.o. II, 1, b): '*Auch wenn es sich bei DIN-Normen nicht um mit Drittwirkung versehene Normen i. S. hoheitlicher Rechtsetzung, sondern um auf freiwillige Anwendung ausgerichtete Empfehlungen des „DIN Deutschen Instituts für Normung e. V." handelt (...), so spiegeln sie doch den Stand der für die betroffenen Kreise geltenden anerkannten Regeln der Technik wieder und sind somit zur Bestimmung des nach der Verkehrsauffassung zur Sicherheit Gebotenen in besonderer Weise geeignet (...).'* Vieweg 2011, p. 372. Foerste spreekt van een '*tatsächliche Vermutung'* dat normalisatienormen *anerkannte Regeln der Technik* zijn of zijn geworden, Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 396.

[1882] Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, F10. Zie deels anders Hermes 2009, p. 150, mede onder verwijzing naar Staudinger/Hager.

[1883] BGH 01.03.1988, VI ZR 190/87, *NJW* 1988, p. 2667 (*Ongeval glijbaan*), vervolg r.o. II, 1 b): '*Ob bei Einführung neuer DIN-Normen für eine Übergangszeit die bestehenden Einrichtungen ohne Veränderung weiterbetrieben werden dürfen, kann hier dahingestellt bleiben. Eine solche Anpassungszeit - ließe man sie zu - wäre jedenfalls, wie das BerGer. zu Recht festgestellt hat, längst verstrichen gewesen, als es mehr als acht Jahre nach Erlass der einschlägigen DIN- Norm zu dem Unfall kam.'* Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 397 onder verwijzing naar andere rechtspraak.

[1884] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 396. Spindler 2009, p. 250 onder verwijzing naar BGH 17.01.1984, VI ZR 35/85, *VersR* 11 1984, p. 270 en 271 (*Flachmeissel)*.

[1885] BGH 29.11.1983, VI ZR 137/82, *NJW* 1984, p. 801 en 802 (*Schade toeschouwer ijshockey wedstrijd*), zoals besproken door Snijders 1987, p. 179-180 en Stuurman 1995, p. 275, en aangehaald door Schepel 2005, p. 346, waarin het ging om een toeschouwer op een tribune van een ijshockeyclub waar een plexiglasscherm ter afscherming van een deel van het veld ontbrak en een toeschouwer met de puck in het gezicht werd getroffen. De tribune voldeed aan DIN 18036 ("Hallen für Eissport" Teil 1. Nr. 8.1.4. 3), maar de club werd desalniettemin aansprakelijk geacht: '*Die Regeln der Technik, wie sie in den genannten Normen ihren Niederschlag finden können zwar zur Konkretisierung der Verkehrssicherungspflichten herangezogen werden und stellen oft, zumal sie von Experten-Kommissionen erarbeitet sind, einen brauchbaren Maßstab für die zu fordernde Sorgfalt dar (…). Jedoch bestimmen sie nicht stets das Äußerste, was im Einzelfall verlangt werden kann, sondern sind ergänzungsbedürftig und entlassen den Richter nicht aus der Pflicht, das Integritätsinteresse des potentiellen Geschädigten selbst zu bewerten (…). Dies gilt insbesondere, wenn die Regeln, wie hier beim Eishockey, unterschiedliche Anforderungen für die Spiele auf nationaler und internationaler Ebene aufstellen. Daß sich der Sorgfaltsmaßstab nicht stets nach dem richtet, was "üblich" ist, sofern die Üblichkeit nicht den Sicherheitserwartungen besonnener und gewissenhafter Beurteilung entspricht, ist ständige Rechtsprechung (...)'.*

ook al heeft een partij de norm gevolgd, toch sprake zijn van schending van een zorgplicht op grond van de overige omstandigheden van het geval.[1886] Een rechter kan menen dat een normalisatienorm ongeschikt is, omdat deze verouderd is[1887] of te zeer in het belang van de industrie is opgesteld, dan wel omdat een normalisatienorm niet alle scenario's dekt die gevaar kunnen opleveren voor derden.[1888] Het compromiskarakter van de productnorm, de aard van het concrete risico in verhouding tot wat de productnorm al dan niet regelt en de bijzondere kennis die een marktdeelnemer bezit of waarvan dergelijke kennis mag worden verwacht, worden in de literatuur en jurisprudentie genoemd als omstandigheden die kunnen maken dat de zorgplicht toch niet een-op-een met een productnorm kan en mag worden ingevuld.[1889] Bij concurrerende normen dient te worden onderzocht welke van de normen de *anerkannte Regeln der Technik* weergeeft.[1890]

213 Zorgplicht producent en producteisen, geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen

In Duitsland is niet uitdrukkelijk sprake van reflexwerking van de Richtlijn Productaansprakelijkheid op het nationale recht. Eerder is het omgekeerde het geval. Omdat het Europese gebrekkigheidsvereiste als *unbestimmter Rechtsbegriff* wordt aangemerkt, blijft de nationale theorievorming onder het nationale delictuele recht over gebrekkigheid tot op de dag van vandaag relevant indien de geïmplementeerde richtlijn wordt toegepast.[1891] Van het productveiligheidsrecht wordt wel aangenomen dat het invloed heeft op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en vice versa (*wechselseitige Ausstrahlungswirkungen*). Nu in het geschreven en ongeschreven recht vergelijkbare plichten voor marktdeelnemers kunnen worden gevonden, bestaat een zekere *rechtliche Wechselbezüglichkeit* tussen beide.[1892]

[1886] BGH 10.03.1987, VI ZR 144/86, *NJW* 1987/36, p. 2222 en 2223 (*Warentest composthakmachines*), zoals ook aangehaald door Beckers 2015, p. 181. Het aanvechten van negatieve gepubliceerde resultaten van de bekende Stifung Warentest met een beroep op het voldoen aan de DIN-norm slaagde niet, r.o. 16: '*Nach den "Grundsätzen für das Anwenden von DIN- Normen" (vgl. "Grundlagen der Normungsarbeit des DIN", aaO S. 147f) ist eine kritische Betrachtung der Anwendung mit Blick auf den erreichten Stand der Technik ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich – wie hier – um eine neu einzuführende oder gerade eingeführte Norm handelt, die sich erst noch "als anerkannte Regel der Technik" bewähren soll (vgl. DIN 820, Abschn. 6. 1, abgedruckt in "Grundlagen der Normungsarbeit des DIN", aaO).'*

[1887] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 396 (paragraaf 24, randnr. 42) met vermelding van oudere rechtspraak.

[1888] Spindler 2009, p. 251.

[1889] Vieweg 2011, p. 374 onder verwijzing naar Huth (niet kunnen raadplegen). Een concreet voorbeeld van een DIN-norm die achter liep was BGH 27.09.1994, *VersR* 1994/1034 (*Beademingsapparatuur)* zoals ook aangehaald door Dommering-van Rongen 2000, p. 68. Nu al eerdere gevallen bekend waren, er een waarschuwing in vaktijdschriften had gestaan en er al een herontwerp van het product was gemaakt, was de producent toch aansprakelijk, ook al was de norm gevolgd.

[1890] Vgl. Schepel 2005, p. 354 die verwijst naar Amerikaanse rechtspraak waar de discussie of een norm '*industry standard*' vormt aan de jury wordt gelaten.

[1891] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 48, Rn. 10 en 11.

[1892] Weiß 2008, p. 527-548; Hermes 2009, p. 23 e.v., p. 114-178 voor de fabrikant en p. 191-199 voor importeur en quasi-importeur en leverancier. Naar Duitse recht moeten *offentrechtliche Produktbeobachtungspflichten* worden onderscheiden van de *zivilrechtlichen Produktbeobachtungspflichten* op grond van het ongeschreven

De aansprakelijkheid van de producent op grond van nationale onrechtmatige daad wordt in Duitsland *deliktische Produzentenhaftung* op grond van bijzondere *Verkehrssicherungspflichten* genoemd. *Produzentenhaftung* heeft een breed toepassingsbereik en ziet bijvoorbeeld ook op onroerende zaken.[1893] De veiligheidsverwachting van de gemiddelde gebruiker is onder deze grondslag wel een gezichtspunt, doch niet het leidende criterium: de beoordeling van het gedrag van de producent staat centraal. Er moet worden gekeken naar de van hem te verwachten kennis alsmede naar economische uitgangspunten, zoals *risk/benefit*-benaderingen die tot op zekere hoogte van invloed kunnen zijn op de te nemen veiligheidsmaatregelen.[1894] Sinds het *Hühnerpest*-arrest geldt een omkering van de bewijslast (*Beweislastumkehr*) indien de gebruiker aantoont dat sprake is van schade voortvloeiende uit een *Rechtsgutverletzung* die is veroorzaakt door een gebrek, waarvan de oorzaak uit het *Organisations- und Gefahrenbereich* van de producent stamt. Vervolgens is het aan de producent is om aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan in de zin dat geen sprake is van onrechtmatigheid en/of schuld.[1895] Dit is anders dan in Nederland, waar onder *Du Pont/Hermans* slechts ten aanzien van schuld een verzwaarde motiveringsplicht geldt (nr. 232).[1896] De rechtvaardiging van de Duitse omkering is wel gelijk aan die van de verzwaarde motiveringsplicht uit *Du Pont/Hermans*, namelijk de onevenwichtigheid in bewijspositie tussen gebruiker en producent. Het aantonen van schuld door een gebruiker zou zonder omkering moeten plaatsvinden aan de hand van omstandigheden die in de sfeer van de producent liggen, hetgeen haast onmogelijk zou zijn.[1897]

De bovengrens van aansprakelijkheid van de producent wordt gevormd door de stand van de wetenschap en de techniek (*Stand von Wissenschaft und Technik*). De producent mag derhalve niet blind vertrouwen op het productveiligheidsrecht, andere wettelijke of normalisatienormen of

---

recht. Deze zijn niet gelijk nu ze een ander doel dienen: voorkoming van schade in het algemene belang respectievelijk herstel van schade. Aangenomen wordt evenwel dat enige *Indizwirkung* kan uitgaan van de publiekrechtelijke plichten op de privaatrechtelijke plichten en omgekeerd, Hofman 2014, p. 34 e.v.

[1893] Brüggemeier 2006, p. 405; Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. (paragraaf 24); Vieweg 2011, p. 347.

[1894] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 399-406 (§ 24, Rn. 54-70) en o.a. BGH 16.6.2009 - VI ZR 107/08 (OLG Jena), *NJW* 2009, 2952 (*Airbag*).

[1895] BGH 26.11.1968- VI ZR 212/66 (Düsseldorf), *NJW* 1969, 269 (*Hühnerpest*); Vieweg 2011, p. 341; Hermes 2009, p. 16 en 172. Het vermoeden geldt met name bij ontwerp- en productiegebreken, doch ook bij instructiegebreken. De gebruiker moet in dat laatste geval wel hebben gesteld en zo nodig bewezen dat een waarschuwingsplicht is geschonden. Met name het zogeheten *Fehlerbereichsnachweis* is voor het slachtoffer lastig te bewijzen, doch ten aanzien van onvermijdbare fabricagefouten (zogeheten Ausreißer, i.c. minuscule haarscheurtjes in frisdrankflessen die met controles na productie niet zijn te ontdekken) stond het BGH al eens toe in de zin dat het aan de producent was om aan te tonen dat het gebrek buiten zijn verantwoordelijkheid is ontstaan, hetgeen zeer lastig zo niet onmogelijk zal zijn. Zie BGH 07.06.1988, VI ZR 91/87, *NJW* 1988, 2611 (*Limonadenflasche*), BGH 17.11.1992 - VI ZR 352/91, *NJW* 1993, 528 (*Mineralwässerflasche I*) en BGH 09.05.1995, *NJW* 1995, 2162, *BGHZ* 129, 353, 359, *JZ* 1995, 1060 (*Mineralwässerflasche II*). Zie ook Förster in § 823 BGB, *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* 50. Rn. 771.

[1896] HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.5.

[1897] Vieweg 2011, p. 341.

vaststellingen door autoriteiten,[1898] nu deze op de *Stand von Wissenschaft und Technik* kunnen achterlopen of leemtes kunnen bevatten. De zorgplicht kan dus verder strekken dan de enkele naleving van productnormen.[1899] Was een risico onbekend of niet te ontdekken gezien de stand van de wetenschap en techniek, dan gaat de producent in principe vrijuit.[1900] De ondergrens van de aansprakelijkheid van de producent wordt over het algemeen gevormd door de eerdergenoemde *anerkannte Regeln der Technik*. Van producteisen, geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen wordt vermoed dat zij de *anerkannte Regeln der Technik* weergeven.[1901]

Volgens Hermes gaan lagere rechters ook van bovenstaande uitgangspunten uit bij beoordeling van de privaatrechtelijke betekenis van Nieuwe Aanpak-regelgeving en/of geharmoniseerde normen.[1902] Daarbij wordt over het algemeen geen aandacht besteed aan de vraag of deze veiligheidsnormen ook de strekking hebben privaatrechtelijke rechtgevolgen in het leven te roepen. Ook het administratiefrechtelijke vermoeden dat aan het volgen van geharmoniseerde normen kleeft, lijkt geen effect te sorteren in het civiele recht.[1903] Volgens Hermes kunnen de *essentiële eisen* eerder corresponderen met de stand van de wetenschap en techniek, mede gezien hun open karakter, doch vanwege hun *performance-based* formulering (lees: prestatienormen nr. 15) zijn zij niet concreet genoeg om de zorgplicht een-op-een in te vullen.[1904] Geharmoniseerde normen zouden concreter en daardoor van groter normatief gewicht zijn.[1905]

Geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen zijn in de praktijk voor de concretisering van de buitencontractuele zorgplicht van de producent van grote betekenis.[1906] Volgens Vieweg is dit begrijpelijk en verstandig gezien de relatief grote waarborgen die in het totstandkomingsproces zijn ingebouwd,

---

[1898] Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, F 10.

[1899] MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 444 en 815, mede onder verwijzing naar Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 389 (§ 24, Rn. 23, 47 en 48). BGH 07.10.1986 - VI ZR 187/85 (Stuttgart) *NJW* 1987, 372, (373) (*Verzinkungsspray*): ‚*Gesetze oder Rechtsverordnungen bzw. darin in Bezug genommene technische Regeln konkretisieren, soweit sie Bestimmungen über die Kennzeichnung gefährlicher Produkte und über erforderliche Warnhinweise oder Sicherheitsratschläge enthalten, die Sorgfaltspflichten des Herstellers; doch enthalten sie im allgemeinen kein abschließendes Verhaltensprogramm gegenüber den Schutzgütern, sondern sind gelegentlich noch ergänzungsbedürftig.*‘

[1900] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 24, Rn. 19-21 en 40-53, onder verwijzing naar diverse auteurs. In de Duitse literatuur en feitenrechtspraak wordt erkend dat onder omstandigheden een hogere zorgplicht kan gelden, nl. dat van sommige producenten kan worden gevergd dat zij zelf de stand van de wetenschap en techniek verder brengen, namelijk daar waar een product zo complex is en/of het gevaarpotentieel – hoewel nog niet bewezen – zeer groot kan zijn.

[1901] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H.,§ 24, Rn. 43 en 46.

[1902] Hermes 2009, p. 147. Hij haalt ook een andere zaak aan die zou afwijken nu het slachtoffer bij het volgen van DIN-normen een nadere substantiëringsplicht t.a.v. het gebrek had, maar dat betrof aansprakelijkheid van een beheerder van een speeltuin en geen producent, OLG Celle 28.5.2003 - 9 U 7/03, *NJW* 2003, 2544, 2555 (*Innenlauftrommel,* speelrad in speeltuin).

[1903] Hermes 2009, p. 149.

[1904] Hermes 2009, p. 159-161.

[1905] Hermes 2009, p. 163.

[1906] Vieweg 2011, p. 372, mede onder verwijzing naar Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 24, Rn. 39 (moet zijn 40).

de mate van expertise van de opstellers en het feit dat bewijsvergaring langs andere weg in civiele procedures – met name aan de hand van deskundigenberichten – complex en niet altijd betrouwbaar is.[1907]

De doctrine is het erover eens dat het *schenden* van een normalisatienorm een duidelijke aanwijzing vormt dat een zorgplicht is geschonden.[1908] Volgens Vieweg kan zo een aanwijzing onder omstandigheden wel opgaan bij ontwerp- en productiegebreken, maar niet ter bij instructiegebreken of schending van de *Produktbeobachtungspflicht* (vgl. nr. 235).[1909] Geharmoniseerde normen zijn volgens Hermes niet van invloed op de materiële privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnorm in de zin dat zij privaatrechtelijke zorgplichten verhogen of verzwaren, maar hebben volgens hem met name indirecte bewijsrechtelijke werking.[1910]

Volgens Vieweg kunnen aan het *volgen* van producteisen of normalisatienormen echter zelden positieve vermoedens ten gunste van de producent worden ontleend.[1911] In zijn ogen draagt de producent de bewijslast dat de wettelijke of normalisatienorm het risico in kwestie dekt, dat zij volledig up-to-date is, dat verdere maatregelen niet nodig waren en dat zich geen bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan waarvoor de norm niet toereikend was,[1912] waardoor onrechtmatigheid alsmede schuld zou hebben ontbroken.[1913] Hermes meent echter – als een van de weinigen[1914] – dat voor het volgen van geharmoniseerde normen een ander uitgangspunt zou moeten gelden. Indien een producent aantoont dat hij geharmoniseerde normen heeft gevolgd, zou dat bij productie- en ontwerpgebreken volgens hem voldoende moeten zijn om de oorspronkelijke bewijslastverdeling te herstellen c.q. de omkering uit het *Hühnerpest*-arrest ongedaan te maken. Vervolgens zou de gebruiker moeten aantonen dat de geharmoniseerde norm ontoereikend, verouderd of ongeschikt was, om daarmee onrechtmatigheid en toerekenbaarheid te bewijzen.[1915] Hermes vindt de rechtvaardiging hiervoor in het jurisprudentiële vermoeden dat normalisatienormen de *anerkannte Regeln der Technik* weergeven. Voorts werd in een arrest van het Oberlandesgericht Celle een verzwaarde motiveringsplicht van de gebruiker van een speeltoestel

[1907] Vieweg 2011, p. 372.
[1908] BGH 17.01.1984, VI ZR 35/85, *VersR* 11 1984, p. 270 en 271 (*Flachmeissel)*, zoals ook aangehaald door Spindler 2009, p. 250 en Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., p. 396 (§ 24, Rn. 43 en 44).
[1909] Vieweg 2011, p. 374 en 375.
[1910] Hermes 2009, p. 178.
[1911] Zie voor uitvoerige rechtspraak, ook over de rol van certificering, Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, F 10; Vieweg wijst nog op het verschil in doelstelling van het productveiligheidsrecht (mede interne markt) t.o.v. het privaatrecht (o.a. compensatie), Vieweg 2011, p. 367.
[1912] Een kritische houding blijft volgens Vieweg 2011, p. 373 wenselijk nu een norm altijd een compromis bevat tussen verschillende belangen en niet altijd up-to-date hoeft te zijn.
[1913] Hermes 2009, p. 139 en aldaar genoemde bronnen. Naar Duits recht geldt voor productaansprakelijkheid onder nationaal recht omkering van de bewijslast op grond van het *Hühnerpest*-arrest; Staudinger/*Hager* (2009) BGB § 823, Rn. E70 onder B. Volgens Vieweg 2011, p. 375 is voor het ontkrachten van de omkering uit het *Hühnerpest*-oordeel meer nodig dan alleen het beroep op het volgen van een norm.
[1914] Zie in vergelijkbare zin ook Weiß 2008, p. 534.
[1915] Hermes 2009, p. 172-179.

aangenomen jegens een beheerder van een speeltuin bij een vermeend ontwerpgebrek.[1916] Daarnaast zou de grote autoriteit, de kwaliteit en het gereguleerde totstandkomingsproces van geharmoniseerde normen voor deze werking pleiten. Juist nu producenten in grote mate vertrouwen op geharmoniseerde normen bij de inrichting van hun productieproces, deze normen algemeen bekend zijn en zij zich niet alleen in de bewijssfeer van de producent bevinden, wordt met een bevrijdende bewijsrechtelijke werking volgens hem niet afgedaan aan de ratio achter het *Hühnerpest*-oordeel.[1917] Zo een bevrijdende werking zou volgens hem niet gelden onder het toepassingsbereik van de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Mijns inziens zijn deze argumenten niet overtuigend. Geharmoniseerde normen richten zich tot de producent; deze schaft ze aan en deze implementeert ze in zijn productieproces. Om een gebruiker zonder technische kennis op te zadelen met het bewijs van het tekortschieten van een geharmoniseerde norm lijkt mij – ook buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn Productaansprakelijkheid – niet redelijk, onwenselijk en wel degelijk in strijd met de ratio achter het *Hühnerpest*-oordeel, namelijk het opheffen van de onevenwichtigheid in bewijspositie veroorzaakt door de informatieachterstand van gebruikers.

In de literatuur wordt een andere uitspraak van het Oberlandesgericht Celle aangehaald die de grote invloed van geharmoniseerde normen illustreert.[1918] De zaak betrof een arbeidsongeval met een ledermachine waarna de producent werd aangesproken op grond van *Produzentenhaftung*. In rechte stond DIN EN 972 centraal, zijnde een norm die invulling geeft aan de essentiële eisen van de Machinerichtlijn. De machine was door een werkgever aangekocht van een Italiaanse leverancier. Bij de koop was een conformiteitscertificaat overlegd, waarin werd verklaard dat de machine voldeed aan voornoemde norm. Hoewel de norm niet expliciet het onderhavige type machine noemde, maar wel andere typen machines, gaat het Oberlandesgericht toch uit van de geharmoniseerde norm ter invulling van de te betrachten zorgvuldigheid: '*Ebenso wie im Baurecht, sind auch im Haftungsrecht DIN-normen nicht sklavisch nach ihrem Wortlaut anzuwenden. Entscheidend ist der sicherheitstechnische Zweck dieser Vorschriften*.' Omdat de vereiste noodstop of verdere beveiliging niet conform de norm aanwezig was, werd de producent aansprakelijk geacht. Of deze machine überhaupt onder het bereik van de Machinerichtlijn zou vallen, bleef in het midden. Zo kan een geharmoniseerde norm die qua materieel toepassingsbereik niet op de situatie van toepassing is, toch indirect relevant worden geacht voor de invulling van een zorgplicht. [1919] Daarbij moet goed worden gekeken naar de

[1916] OLG Celle 28.5.2003 - 9 U 7/03, *NJW* 2003, 2544, 2555 (*Innenlauftrommel,* speelrad in speeltuin). Zie in vergelijkbare zin ook Weiß 2008, p. 534 onder verwijzing naar dezelfde uitspraak, alsmede naar OLG Köln 07.09.2005, Az 27 U 12/04, *NJW* 2005, 3292, 3294, *ZLR* 2005, 738 (*Haribo, Lakritzmischung*)
[1917] Hermes 2009, p. 174-175.
[1918] OLG Celle 10.10.2005, 7 U 155/05, *VersR* 2007, p. 253 en 254 (*Lederschleifmaschine*).
[1919] Vgl. de door Schepel 2005, p. 359 geschetste aanpak in de VS, alwaar een standaard die qua toepassingsbereik niet op de situatie van toepassing is, toch relevant kan worden geacht voor de vaststelling

situatie waarvoor de norm is geschreven. Uit een recente uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt blijkt dat het feit dat een kindertafel voor privégebruik niet voldoet aan de DIN EN 1729 voor onderwijsmeubilair niet voldoende grond is voor een verbod ex § 3 II ProdSG, omdat niet aannemelijk is dat schending van de norm in deze context een gevaar oplevert voor de veiligheid en gezondheid van personen aangezien sprake is van een lichte overschrijding en aannemelijk is dat de norm is gericht op intensiever gebruik, namelijk op scholen.[1920]

Volgens Spindler bestaat nog een manier van indirecte werking in het aansprakelijkheidsrecht, namelijk via de doorwerking van bestuursrechtelijke besluiten en rechtspraak over de schending van productveiligheidsrecht.[1921] Deze wijze van binding komt – zoals we hierna zullen zien – in de Nederlandse rechtspraak die is geanalyseerd vooralsnog niet terug. (Vgl. voor het Nederlandse leerstuk van formele rechtskracht, nr. 199).

214 Zorgplicht van de quasi-producent en importeur

Als gezegd wordt naar Duits recht onder § 823 Abs. 1 BGB niet met reflexwerking gewerkt. Voor quasi-producenten en importeurs gelden zelfstandige *Verkehrssicherungspflichten* die in het verlengde van het geschreven productveiligheidsrecht liggen. Zij kunnen onder § 823 Abs. 1 BGB qua zorgplicht niet met de producent worden gelijkgesteld.[1922]

Naar Duits recht mag van de quasi-producent geen bijzondere kennis van het product worden verwacht. De vermelding van diens naam als producent op de verpakking is onvoldoende om bijzondere *Verkehrssicherungspflichten* in het leven te roepen omdat – zo is de ratio – hij geen invloed uitoefent op het ontwerp en de verdere eigenschappen van het product.[1923] Onrechtmatigheid komt slechts in beeld indien de gebruiker door vermelding van een andere naam op het verkeerde been wordt gezet over de herkomst van het product, waardoor hij minder zorg betracht bij het gebruik dan hij zou doen wanneer hij had geweten wie de daadwerkelijke producent was.[1924] Verder dient de quasi-producent waarschuwingen door te geleiden en geldt een *passive Produktbeobachtungspflicht*.

Een importeur kan onder het Duitse ongeschreven recht evenmin met de fabrikant gelijk worden gesteld. Anders dan voor de quasi-producent, geldt naar Duits recht voor de importeur wel een verhoogde verantwoordelijkheid

van een zorgplicht nu deze wel van informatie kan zijn. Vgl. voor Nederland de aanpak in het arrest *Lars/Ruröde* (nr. 225).

[1920] OLG Frankfurt a.M. 5.7.2018, 6 U 28/18, ECLI:DE:OLGE:2018:0705.6U28.18.00

[1921] Spindler 1998, p. 321.

[1922] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 51 e.v. voor de *Quasi-Hersteller* en Rn. 61 en 62 e.v. voor de Importeur. Zie verder MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 793 en 794, onder verwijzing naar BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), *NJW* 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*)

[1923] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 51 en MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 793, onder verwijzing naar onder andere BGH 07-12-1993 - VI ZR 74/93 (München) (*Gewindeschneidemittel I, passiven Produktbeobachtung*), zoals ook aangehaald door Hermes 2009, p. 183.

[1924] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 53; MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, Rn. 793.

voor de veiligheid. Buitenlandse fabrikanten hoeven namelijk niet bekend te zijn met de Europese veiligheidseisen en de veiligheidsverwachtingen van de daar gevestigde gebruikers.[1925] Hoe ver de onderzoeksplicht van de importeur naar de veiligheid van het product en de naleving van productnormen strekt, hangt naar Duits recht af van de omstandigheden van het geval, waarbij de importeur een eigen risicoanalyse moet maken. Omstandigheden die hierbij van belang zijn, zijn onder andere het technische en economische niveau in het land van herkomst van het product,[1926] het niveau van het daar geldende productveiligheidsrecht en de intensiteit van de handhaving ervan aldaar,[1927] de kans dat de fabrikant met export aan productaansprakelijkheid in zijn thuisland wil ontkomen,[1928] het technisch-economisch niveau van de branche in het land van herkomst en de daar aanwezige concurrentie.[1929] Ook zijn omstandigheden relevant die de fabrikant betreffen, zoals zijn technische en personele capaciteit, de bedrijfsleiding en -organisatie, concernverhoudingen – in het bijzonder afhankelijkheid –, het zijn van een private of publieke onderneming, het aandeel in de buitenlandse markt, eerdere exportervaringen, internationale reputatie, specialisering et cetera.[1930] Hoe groter de bedenkingen tegen een product of de herkomst ervan kunnen zijn, hoe zwaarder de onderzoeksplicht is.[1931] Daarbij wordt aangenomen dat voor landen buiten de EU een plicht tot testen geldt, die afhankelijk van de omstandigheden varieert van steekproeven tot intensievere controles.[1932] De importeur die 'importeert' uit een ander EER-land wordt veelal met de leverancier gelijkgesteld.[1933]

De publiekrechtelijke verantwoordelijkheid onder de RAPV van de quasi-producent en importeur is groter dan die onder het Duitse ongeschreven recht omdat zij onder de RAPV met producent gelijk worden gesteld (hoofdstuk 2), waardoor aansprakelijkheid ex § 823 Abs. 2 BGH (vgl. onze strijd met een wettelijke plicht) eerder kan worden aangenomen. Het productveiligheidsrecht kan in verhouding tot het ongeschreven recht volgens Hermes aldus aansprakelijkheidsverhogend werken. Deze plichten kunnen volgens hem ook

[1925] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 60 en 61.
[1926]Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62; Bamberger/Roth, Spindler § 823, Rn. 538; BGH 07-12-1993 - VI ZR 74/93 (München) (*Gewindeschneidemittel I, passiven Produktbeobachtung*).
[1927] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62; BGH 11. 12. 1979 - VI ZR 141/78 (Düsseldorf) (*Klapprad*).
[1928] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62 onder verwijzing naar OLG Dresden VersR 1998, 59 (niet kunnen raadplegen via beckonline).
[1929] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62, onder verwijzing naar BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), *NJW* 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*).
[1930] OLG Köln 24. 7. 2002 - 13 U 146/01, *NJW* 2004, 521 (*Sandwich*), waarin werd geoordeeld dat de importeur van voorverpakte broodjes zijn controles niet hoeft in te richten op eventueel in het brood meegebakken ijzeren moeren. De fabrikant mag daarentegen niet met zicht-, gewichtcontroles en steekproeven volstaan.
[1931] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 62;
[1932] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 70, wederom onder verwijzing naar OLG Köln 24. 7. 2002 - 13 U 146/01, *NJW* 2004, 521 (*Sandwich*). Hermes 2009, p. 196 onder verwijzing naar BGH 28. 3. 2006 - VI ZR 46/05 (LG Bonn), *NJW* 2006, 1589 (*Tapetenkleistermaschine*).
[1933] BGH 11. 12. 1979 - VI ZR 141/78 (Düsseldorf) (*Klapprad*). Zie eerder al Dommering-van Rongen 1991, p. 129.

Indizwirkung hebben op de aansprakelijkheid ex § 823 Abs. 1 BGH.[1934] Aangezien de RAPV ziet op consumentenproducten is de praktische relevantie van deze aanscherping wel beperkt, omdat veelal de richtlijnaansprakelijkheid zal gelden. De RAPV lijkt bovendien niet te strekken tot bescherming tegen bijvoorbeeld bedrijfsmatig geleden zaakschade. De toegevoegde waarde ligt met name in de aangescherpte productbewakingsplichten (*Productbeobachtungspflichten)* onder de RAPV (§ 2.4).

215 Zorgplicht van de leverancier

Naar Duits recht heeft een zuivere leverancier een nog lichtere zorgplicht dan de importeur en quasi-producent.[1935] Vanwege de grote verscheidenheid aan leveranciers en hun eigenschappen is de rechtspraak zeer casuïstisch. Leveranciers hoeven in beginsel geen tests of monsternames te doen.[1936] In de regel is de leverancier voor reeds aanwezige gebreken slechts aansprakelijk in geval van bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld bij zichtbare gebreken[1937] of indien berichten binnenkomen over vermeende gebreken terwijl hij de handel in het product continueert.[1938] Voorts dient hij het product zolang het onder hem is met de nodige zorg te behandelen ter voorkoming van het ontstaan van gebreken en daaruit voortvloeiende schade. Ook gelden informatie- en medewerkingsplichten (vgl. de geschreven zorgplicht nr. 67 e.v. en concretisering daarvan voor de distributeur, die volgens Hermes in Duitsland in hoge mate met de ongeschreven plichten congrueert).[1939] De schending van productnormen is daardoor slechts één van de eerste aanwijzingen dat een zorgplicht is geschonden doch daarvoor verre van constitutief.

216 Zorgplicht in andere rechtsverhoudingen

Gaat het om personen buiten de handelsketen, dan vormen de *anerkannte Regeln der Technik*, die veelal zijn vastgelegd in normalisatienormen, eerder uitgangspunt. De hoedanigheid van de laedens lijkt daarbij een belangrijke wegingsfactor. Zo oordeelde het Bundesgerichtshof bij een ongeluk met een vanwege verborgen roest afgebroken speeltoestel dat van een '*Gartenmeister*' in een speeltuin, zijnde een werknemer/ondergeschikte, geen kennis over maatregelen tegen risico's mag worden verwacht die niet als zodanig in een DIN-norm worden genoemd of ten aanzien waarvan geen bijzondere instructies zijn gegeven.[1940] Voor leidinggevenden kan echter een zwaardere

[1934] Hermes 2009, p. 192-194.
[1935] Leveranciers zijn anders dan quasi-producenten, omdat zij zichzelf niet als producent aanmerken op het product. Gebruikers van het product kunnen door de enkele verkoop in de EU door een leverancier niet op het verkeerde been worden gezet ten aanzien van de herkomst van het product.
[1936] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 24 e.v.
[1937] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 22.
[1938] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H. § 26, Rn. 30.
[1939] Hermes 2009, p. 197-198.
[1940] BGH 28.04.1987, VI ZR 127/86, *NJW* 1988/1-2, p. 48 en 49 (*Ongeval speeltuin doorgeroeste draaipaddestoel)* (zoals ook kort aangehaald door Spindler 2009, p. 243): '*Von untergeordneten Mitarbeitern eines Betriebes oder einer Verwaltungsstelle kann nämlich im allgemeinen nicht verlangt werden, daß sie über*

onderzoeks- en daarmee zorgplicht gelden.[1941] Zodoende kunnen naast de normalisatienormen additionele of verdergaande verplichtingen bestaan en vormt de normalisatienorm dus veelal de ondergrens. Een beroep op het volgen van een normalisatienorm als verweer wordt alleen gehonoreerd bij personen waarvan een mindere mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht (bijvoorbeeld werknemers, vergelijk de *Gartenmeister*). Soms wordt bij een beroep op schending van een DIN-norm door eiser, aan de aangesprokene het bewijs opgedragen dat hij eraan heeft voldaan.[1942]

7.3.2.2 Engels recht

217 Zorgplichten naar Engels recht

Naar Engels recht dient *violation of a statutory duty* strikt van *negligence* als grondslag te worden onderscheiden.[1943] Desalniettemin is in de rechtspraak een met Nederland vergelijkbare lijn te zien, namelijk dat wettelijke eisen en normalisatienormen van belang kunnen zijn voor de invulling van *negligence* in *tort*.[1944] Voor de invulling van *negligence* gebruikt het Engelse recht een maatmancriterium: '[*it] is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct*

---

den Stand oder die Ergebnisse der für ihre Tätigkeit einschlägigen wissenschaftlichen Diskussion oder bestimmter schwieriger technischer Zusammenhänge informiert sind, sondern nur von Arbeitnehmern, die in diesem Bereich Leitungsfunktionen haben (vgl. Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 1973, Rn. 217). Sie handeln deshalb grundsätzlich nicht fahrlässig, wenn sie ihre Tätigkeit nach den ihnen erteilten Arbeitsanweisungen und betrieblichen Vorschriften ausrichten (Senatsurteil vom 4. Juli 1978 - VI ZR 136/77 - VersR 1978, 963 betreffend Montagearbeiten an einer Verkehrssignalanlage).'

[1941] Over het algemeen mag ook dan niet worden volstaan met het slaafs volgen van de normalisatienorm; een eigenaar van een indoor speeltuin met trampolines werd, hoewel hij kon aantonen dat trampolines aan de DIN-normen voldeden, toch aansprakelijk geacht voor letselschade die ontstond bij een tiener na het mislukken van een salto, aangezien de daadwerkelijk te nemen voorzorgsmaatregelen dienen te worden vastgesteld in het licht van alle omstandigheden van het geval, BGH 3.6.2008, VI ZR 223/07, *NJW* 2008, 3775 (*Trampoline ongeval*), r.o. 18: *‚Welche Maßnahmen zur Wahrung der Verkehrssicherungspflicht erforderlich sind, hängt vielmehr stets von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls ab (vgl. Senatsurteil vom 21. März 2000 - VI ZR 158/99 – VersR 2000, 984, 985). Im Streitfall war es nahe liegend, dass die für Kinder ab 4 Jahren freigegebene Anlage auch von unerfahrenen und ungeübten Personen im Vertrauen auf eine relative Gefahrlosigkeit benutzt werden würde, ein Nachahmungseffekt eine Rolle spielen und es zu missglückten Sprüngen kommen kann. Deshalb waren die Beklagten verpflichtet, sich über die möglichen Folgen insbesondere schwieriger Sprünge zu erkundigen, bevor sie diese ohne entsprechenden Hinweis auf die Risiken zuließen.'* Bij een ongeval met een looprad waarvoor de beheerder van de speeltuin werd aangesproken, werd wel geoordeeld dat het slachtoffer een nadere substantiëringsplicht had m.b.t. het gebrek indien het rad voldeed aan de geldende DIN-normen, OLG Celle 28.5.2003 - 9 U 7/03, *NJW* 2003, 2544, 2555 (*Innenlauftrommel,* speelrad in speeltuin). Vgl. eerdergenoemd BGH 28.04.1987, VI ZR 127/86, *NJW* 1988/1-2, p. 48 en 49 (*Ongeval speeltuin doorgeroeste draaipaddestoel)*, zoals ook kort aangehaald door Spindler 2009, p. 243.

[1942] BGH 13.03.2001 – VI ZR 142/00, *NJW* 2001/2019 (*Gehoorschade bij concert*). Het oordeel lijkt mede te zijn ingeven doordat van een festivalbezoeker niet kan worden verwacht dat hij ter plekke een geluidmeting volgens de geldende DIN-norm kan uitvoeren, zie r.o. 15.b. Het is evenwel aan de rechter na verwijzing om te beoordelen wat de concrete toepassing en strekking van de DIN-norm is.

[1943] Clerk & Lindsell (2014), nr. 9-56, onder Engels recht bestaat geen '*negligence per se rule*'.

[1944] Miller & Goldberg 2004, paragraaf 14.146.

of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do.'[1945]

Uitgangspunt is dat schending van een wettelijke plicht *non-conclusive evidence of breach in negligence* oplevert.[1946] In die zin is het volgens Lee vergelijkbaar met gewoonte of *industry practice*. Ook schending van *industry* of *common practice* levert naar common law *non-conclusive evidence of breach* op, net zoals de naleving ervan een aanwijzing kan zijn voor afwezigheid van *negligence*,[1947] waarbij de bewijsfunctie van schending ervan sterker lijkt te zijn dan van naleving. Van normalisatienormen wordt hetzelfde aangenomen.[1948]

Naast *negligence* bestaan qua *tort*-categorieën nog *strict liability* – zoals het geharmoniseerde productaansprakelijkheidsrecht dat is geïmplementeerd in de *Consumer Protection Act 1987, Part I* – en *intentional torts* waarvoor de intentie van de dader een essentiële voorwaarde vormt voor aansprakelijkheid. Een schending van productnormen kan een *intentional tort* opleveren, doch doordat het oogmerk van de dader de kern vormt en voor deze intentie productnormen niet van betekenis zullen zijn, zullen deze *torts* niet worden behandeld. Onder *intentional torts* komt *pure economic loss* onder omstandigheden wel voor vergoeding in aanmerking.

218 Zorgplicht van de producent

Productaansprakelijkheid via *neglicence* werd in het Engelse recht voor het eerst aangenomen in het bekende arrest *Donoghue/Stevenson*,[1949] waarna de zorgplicht van de producent nader is uitgekristalliseerd. Het arrest is qua toepassing later ook naar andere actoren uitgebreid. Binnen dit kader is s*chending* van een normalisatienorm eveneens *non-conclusive evidence of breach in negligence*.[1950] Dat schending van een normalisatienorm niet altijd doorslaggevend is voor *negligence* blijkt uit *Tesco v. Pollard* waarin aansprakelijkheid van de producent centraal stond.[1951] De claim had een tweeledige grondslag en deze zaak is reeds besproken onder productaansprakelijkheid (nr. 183).

[1945] Lee 2011, p. 557 en Clerk & Lindsell (2014), nr. 1/65, allen onder verwijzing naar *Blythe v. Birmingham* (1856) 11 Ex 781 Alderson B onder 784.

[1946] Lee 2011, p. 556 en 563-572 voor een bespreking van verschillende zaken.

[1947] Lee 2011, p. 562, onder verwijzing naar *Stokes v Guest, Keen and Nettlefold* [1986] 1 WLR 1776 over werkgeversaansprakelijkheid en *Thompson v Smiths Shiprepairers* [1984] QB 405 (*Thompson*). Zie over de vaststelling en rol van *common practice* ook Clerk & Lindsell (2014), nr. 8-177, mede onder verwijzing naar voornoemde arresten.

[1948] Clerk & Lindsell (2014), nr. 8-178, mede onder verwijzing naar *Ward v. Ritz Hotel* (London) [1992] P.I.Q.R. 315 (*Ward v Ritz Hotel*).

[1949] *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100.

[1950] Zie voor een terughoudendere zaak, waarin de rechter een deskundigenrapport dat wijst op strijd met the *Supply of Machinary Safety Regulations 1992* niet mee wil wegen bij *negligence,* omdat schending van die bepalingen niet aan de vordering ten grondslag is gelegd door eiser, *United Central Bakeries Ltd v Spooner Industries Limited* [2013] CSOH 150, [2013] WL 4788884, Hodge L onder 11 en 82. Uit het oordeel volgt ook dat latere productnormen in beginsel irrelevant zijn voor beoordeling van eerdere onrechtmatigheid. Op enig moment kan wel een waarschuwingsplicht ontstaan voor de producent, bijvoorbeeld wanneer een risico bekend wordt.

[1951] *Pollard v Tesco Stores Ltd* [2006] EWCA Civ 393.

Naleving van de normalisatienorm is ook naar Engels recht niet altijd voldoende om tot de conclusie te kunnen komen dat zorgvuldig is gehandeld, zo blijkt uit de literatuur onder verwijzing naar de zaak *Balding v. Lew-ways Ltd.*[1952] Deze zaak betrof echter de beoordeling van strafrechtelijk handelen van een producent van kinderdriewielers (*tripper trikes*). De Britse Consumer Protection Act 1987 kent voor strafrechtelijke vervolging een *due dillegence* verweer, maar zelfs daarvoor volstond naleving van de normalisatienorm niet.[1953] Een *regulatory compliance*-verweer is in een zaak van vóór invoering van productaansprakelijkheid en de Consumer Protection Act 1987, door een *court of appeal* in Engeland wel gehonoreerd. Het betrof de *Budden*-zaak.[1954] Reden om geen strakkere zorgplicht in het delictuele aansprakelijkheidsrecht te accepteren, was dat het zou resulteren in een '*constitutional anomaly which in our view would be unacceptable*'. Volgens Lee gaat zo'n verweer al snel niet meer op in het geval van bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld de aanwezigheid van aantoonbaar voortschrijdend inzicht of feitelijke toegang tot bepaalde informatie, waardoor een '*reasonable man*' in dezelfde omstandigheden tot meer dan naleving van de geschreven normen gehouden kan zijn.[1955]

Naar Engels recht is een producent niet aansprakelijk voor schade aan het product zelf, indien er geen contractuele relatie bestaat tussen hem en de gelaedeerde (vgl. transactieschade, nr. 240). Ook andere schade die niet voortvloeit uit schade aan andere zaken of letselschade komt niet voor vergoeding in aanmerking (vgl. zuiver economische schade, nr. 241). Al deze posten vallen naar Engels recht onder de term '*pure economic loss*'.[1956]

219 Zorgplicht van andere marktdeelnemers in de keten

Ook andere marktdeelnemers in de keten kunnen aansprakelijk zijn voor letselschade en schade aan andere zaken als gevolg van een onveilig product

[1952] *Balding v. Lew-ways Ltd.* 1995 QBLR 314, zoals ook aangehaald door Cafaggi 2011a, p. 116 en Schepel 2005, p. 267. Deze laatste is overigens kritisch aangezien het Engelse hof geen enkele aandacht besteed aan het feit dat de normalistatienorm in kwestie een geharmoniseerde norm is waarnaar wordt verwezen in de Speelgoedrichtlijn.

[1953] De driewielers hadden achterop een laadbakje dat om het frame waarin het zadel is bevestigd, vastzat met een plastic klem. Kieperde men het laadbakje om, dan klikte de klem los van het frame en staken de twee punten ervan om hoog. Meerdere kinderen hadden letsel opgelopen doordat zij op de klem waren gevallen. De producent had het fietsje echter laten keuren door een keuringsinstantie op overeenstemming met BS 5665 en beriep zich op het *due dilligence* verweer uit section 39 van de Consumer Protection Act 1987. Volgens het High Court bleek echter onvoldoende duidelijk dat naleving van de norm ook naleving van de wettelijke eisen impliceerde, althans dat de producent daar voldoende onderzoek naar had gedaan. Zie r.o. 20 van Pill L.J. en r.o. 26 van Keene. Uit de uitspraak blijkt niet of BS 5665 daadwerkelijk de essentiële eisen uit de Richtlijn invult, waardoor het lastig is de uitspraak te duiden.

[1954] *Budden v BP Oil Ltd* [1980] JPL 586; P No 78 111469/78 11470, 2 May 1980 (Budden).

[1955] Lee 2011, p. 565.

[1956] Zie Bernstein 2013, nrs. 1-007 en 1-013, en hoofdstuk 7 met daarin in 7-002 sprekende voorbeelden. Naar Engels recht spitst de discussie zich in de praktijk vaak toe op de vraag waar het product precies uit bestaat. Indien een product onderdeel is van een groter geheel, waarna het product aan dat grotere geheel schade veroorzaakt, dan is voor dat gedeelte sprake van schade aan een andere zaak en dus sprake van *consequential economic loss.* Dat type schade komt wel voor vergoeding in aanmerking. Zie voor voorbeelden Bernstein 2013, nr. 7-004.

op grond van *negligence*, zoals importeurs en leveranciers, mits sprake is van bijkomende omstandigheden.[1957] Rechtspraak over productnormen in dat verband ontbreekt vooralsnog.[1958] Tot op zekere hoogte mogen leveranciers vertrouwen op fabrikanten en de door hen geleverde kwaliteit. Is de herkomst van het product echter verdacht of onbekend, of is het risico voorzienbaar of makkelijk te ontdekken, dan zullen voorzorgsmaatregelen ook eerder noodzakelijk worden geacht. [1959] Op leveranciers kan een waarschuwingsplicht rusten voor gevaren '*of which they were aware or should have been aware'.*[1960] Het voorgaande impliceert dat de schending van productnormen een van de vele omstandigheden is die relevant is voor *negligence* van deze actoren, doch de enkele schending van een productnorm is onvoldoende voor hun aansprakelijkheid.

220 Zorgplicht in andere rechtsverhoudingen

In andere gevaarzettingssituaties kunnen *schendingen* van andere normalisatienormen ook indirect van belang zijn voor invulling van zorgplichten (*standard of care*). Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van gevaarzetting wordt gekeken naar de *Learned Hand Formula* (vgl. nr. 221): '*foreseeability of the harm, likelyhood of harm, gravity of harm, and the costs of precautions'.*[1961] Zie bijvoorbeeld de zaak *Ward v. Ritz Hotel*,[1962] waarin Mr Ward het Ritz Hotel aansprak omdat hij achterover van het balkon was gevallen. De reling van het balkon zou, nadat een nieuwe vloer was aangebracht, niet hoog genoeg meer zijn volgens de BSI-norm. Het Court of Appeal merkte op dat normalisatienormen toch van belang kunnen zijn ook al zijn zij niet bindend: '[*they] represent the consensus of professional opinion and practical experience as to the sensible safety precautions*'.[1963] Schending

[1957] Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-12.

[1958] De zaak *Andrew Weir Shipping v Wartsila UK Limited & Anor* [2004] EWHC 1284 (Comm) 2004 WL 1174256, r.o. 53 biedt een goed overzicht van de rechtspraak over *negligence* door leveranciers, hoewel in de zaak geen beslissing ten gronde werd genomen.

[1959] *Watson v Buckley and Osborne, Garrett and Co. Ltd. (Ogee Ltd.),* [1940] 1 All ER 174, waarin een plicht tot het testen van haarverf op de aanwezigheid van bepaalde stoffen werd aangenomen indien van dubieuze figuren wordt gekocht, zoals ook aangehaald in Clerk & Lindsell (2014), nr. 11-12.

[1960] *Andrew Weir Shipping v Wartsila UK Limited & Anor* [2004] EWHC 1284 (Comm) 2004 WL 1174256, r.o. 53, onder verwijzing naar: *Kubach v. Hollands* [1937] 3 All ER 907 over een chemische stof, die door een chemiedocent van een tussenhandelaar werd gekocht die moest worden getest voor gebruik. Hiervoor was op de factuur door een voorschakel gewaarschuwd doch deze waarschuwing was ten onrechte door de leverancier niet doorgeleid aan de docent waarna de stof in de les explodeerde. Deze leverancier werd aansprakelijk gehouden voor de letselschade van een van de leerlingen. Zie ook *Fisher v Harrods Ltd* [1966] 1 Lloyd's Rep. 500 over een gebrekkig verpakt gevaarlijk schoonmaakmiddel, waarin een onderzoeks- en waarschuwingsplicht voor winkeliers werd aangenomen. Zie ook *Holmes v. Ashford* [1950] 2 All ER 76, waarin een kapper aansprakelijk werd gehouden voor een huidreactie op een haarverf, waarvoor door de fabrikant in de gebruiksaanwijzing was gewaarschuwd en waarin het advies was gegeven het product eerst op de huid te testen. De fabrikant kon een geslaagd beroep doen op de *learned intermediary*-doctrine. De bijzondere zorgplicht van de distributeur wordt ook wel geconstrueerd als voortvloeiende uit het koopcontract.

[1961] Lee 2011, p. 559.

[1962] *Ward v. Ritz Hotel* (London) [1992] P.I.Q.R. 315 (*Ward v Ritz Hotel*), zoals ook aangehaald door Glinski 2008, p. 51 en Schepel 2005, p. 343 e.v.

[1963] Ad 327 McCowan LJ.

van de norm was daarom '*strong evidence*' dat het Ritz onvoldoende zorg had betracht.

In *Green v. Building Scene Ltd* werd geoordeeld dat schending van de norm niet doorslaggevend is voor *negligence*, maar afhankelijk is van de overige omstandigheden van het geval.[1964] Het ging in die zaak om het ontbreken van een trapleuning, in strijd met de bouwvoorschriften en normalisatienormen, die een brede trap in tweeën zou verdelen. Aangezien dergelijke brede trappen zonder middenleuning vaker voorkwamen en de deskundige de trap niet als gevaarlijk had bestempeld, was volgens het Court of Appeal geen sprake van *negligence*.[1965] De overweging ten aanzien van het causaliteitverweer dat in eerste aanleg ten overvloede was gehonoreerd, werd eveneens in stand gelaten. Het slachtoffer was bovenaan de trap gevallen op enige afstand en zou vermoedelijk niets aan een aangepaste trapleuning hebben gehad.

Hoewel het *reasonable man*-criterium een objectivering met zich brengt, is ook in het Engelse recht de hoedanigheid van de laedens een belangrijke omstandigheid, nu centraal staat wat voor kennis van een zekere persoon in de gegeven omstandigheden over de aanwezigheid van een risico mocht worden verwacht. Het meest illustratief is de zaak *Baker* uit 2011 over werkgeversaansprakelijkheid, waarin weliswaar geen normalisatienorm, maar een arbonorm centraal stond.[1966] De werknemers van een aantal textielfabrieken hadden gehoorschade geleden doordat zij tussen 1970 en eind jaren 80 aan een geluidslimiet tussen de 85 dB(A) LEPd en 90 db(A) LEPd waren blootgesteld. De grondslag voor de vordering was tweeledig namelijk schending van een wettelijke plicht (*statutory breach,* section 29(1) van de Factories Act 1961) en schending van een ongeschreven plicht (*negligence*). De vraag was welk kennisniveau onder beide grondslagen tot uitgangspunt moest worden genomen om te bepalen wanneer de werkgevers wisten of behoorden te weten dat een dergelijke blootstelling zonder gehoorbescherming schade kon veroorzaken en wanneer van hen veiligheidsmaatregelen konden worden gevergd. De volgende momenten in de tijd kwamen mogelijk in aanmerking:

- 1972: publicatie van een *Code of Practice* uitgegeven van de *Department of Employment*, die als grens voor het voorschrijven van gehoorbescherming een geluidslimiet van 90dB(A) LEPd voorschreef.
- 1973: de erkenning in de wetenschap van het risico bij lagere blootstelling.
- 1982: publicatie van een voornemen voor een nieuwe Europese richtlijn, waaruit de aanscherping van de limiet bleek.
- 1983: subjectieve kennis bij twee grote werkgevers van het risico.
- 1987: publicatie van de nieuwe EU-richtlijn in een consultatiedocument.

[1964] *Green v Building Scene Limited And Another* [1994] P.I.Q.R. P259, zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 191 en Clerk & Lindsell (2014), nr. 8-177.
[1965] Zie in het Green-arrest Gibson L.J., zoals gevolgd door Slaughton L.J. en Sir Michael Kerr.
[1966] Baker v Quantum Clothing Group Ltd and others [2011] UKSC 17 (*Baker*).

- 1990: de datum waarop alle lidstaten de richtlijn moesten hebben geïmplementeerd, hetgeen in het VK gebeurde met de Noise at Work regulation 1989 die op 1 januari 1990 in werking trad.

Het Supreme Court sloot in die zaak aan bij een oordeel in eerste aanleg[1967] dat de Code of Practice uit 1972 door de werkgevers zonder bijzondere kennis tot uitgangspunt mocht worden genomen totdat het consultatiedocument in 1987 werd gepubliceerd. Nu door de wetgever twee jaar ter implementatie werd gegund, kon geen aansprakelijkheid bestaan vóór 1 januari 1990. Van twee grote werkgevers stond echter vast dat zij in 1983 daadwerkelijk wisten van het risico, waardoor voor hen een strengere zorgplicht gold, aldus het Supreme Court.[1968]

Baker laat zien hoe verschillende normen – wettelijke normen, codes, maar ook normalisatienormen – kunnen worden vertaald naar wat in redelijkheid qua kennis van het risico en qua te nemen veiligheidsmaatregelen van een bepaalde partij mag worden verwacht. Wil een werkgever een *verweer* ontlenen aan het naleven van een code of normalisatienorm, dan geldt in geval van werkgeversaansprakelijkheid dat het de '*recognised and general practice*' moet weergeven.[1969] Lord Dyson JSC noemt een aantal omstandigheden waarin dit niet het geval is, bijvoorbeeld wanneer de code of norm tot stand is gekomen door druk van de lobby en daardoor te laag is of achterloopt op de technische ontwikkelingen.[1970]

Lee merkt terecht op dat hoe opener de externe norm is geformuleerd, hoe minder aantrekkelijk deze zal zijn voor toepassing binnen het delictuele aansprakelijkheidsrecht.[1971]

7.3.2.3 Nederlands recht – algemene kader

221 Diverse zorgplichten bij gevaarzetting en productnormen

Het *Kelderluik*-criterium is in ons nationale aansprakelijkheidsrecht tot op de dag van vandaag het algemene ex post beoordelingskader ter normering van het *gedrag* van de laedens in gevaarzettingssituaties. Enerzijds wordt gekeken naar de *ex ante* uitgevoerde risicoanalyse: in hoeverre is de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid waarschijnlijk, hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan, hoe ernstig kunnen de gevolgen zijn?

[1967] In eerste aanleg werd geoordeeld dat section 29(1) van de Factories Act 1961 (*'safe means of access and safe place of employment*') uitgaat van '*the general standard that ought reasonably to have been adopted by employers at the relevant time*' en dat de '*common law duty of care*' in dit concrete geval niet anders wordt ingevuld. In appel werd echter geoordeeld dat de bijzondere zorgplicht uit section 29(1) strikter was dan de '*common law duty of care*' en dat moest worden uitgegaan van de objectieve kennis ter bepaling van wat '*safe*' is, derhalve van de bekendheid in de wetenschap begin jaren 70. Volgens het Supreme Court was de '*common law duty of care*' voor de gemiddelde werkgever echter lichter, waarbij 1987 weer tot uitgangspunt werd genomen, met ditmaal zes tot negen maanden voor de werkgever om maatregelen te treffen. R.o. 87 en 88.

[1968] R.o. 25, 43 en 104.

[1969] Lord Dyson JSC in eerdergenoemde *Baker*-zaak onder 101, mede onder verwijzing naar eerdere opmerkingen van Swanwick J in *Stokes v Guest, Keen and Nettlefold* [1986] 1 WLR 1776 en Mustill J in *Thompson v Smiths Shiprepairers* [1984] QB 405 (Thompson).

[1970] Lord Dyson JSC eveneens onder 101.

[1971] Lee 2011, p. 559.

Anderzijds focust het op het daaropvolgende risicomanagement: in hoeverre is het nemen van veiligheidsmaatregelen bezwaarlijk?.[1972] De *Kelderluik*-gezichtspunten impliceren overduidelijk een *risk/benefit*-analyse, zoals blijkt uit het gezichtspunt van het bezwaarlijk zijn van de veiligheidsmaatregelen in relatie tot de andere drie gezichtspunten.[1973] Hoewel iedere grondslag voor aansprakelijkheid zijn eigen vereisten en bewijslastverdeling kent,[1974] is in de laatste jaren in de rechtspraak van de Hoge Raad een ontwikkeling te zien waarbij de gedragsnormerende gezichtspunten die voor gevaarzetting onder de maatschappelijke betamelijkheid relevant zijn, meer of minder geobjectiveerd terugkeren onder bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheden. Voor werkgeversaansprakelijkheid werden deze gezichtspunten bijvoorbeeld gebruikt in *Bayar/Wijnen* in het kader van de zorgplicht ex art. 7:658 lid 2 jo. lid 1 BW.[1975] Hoewel werkgeversaansprakelijkheid strikt genomen een contractuele aansprakelijkheid is, past het deze grondslag hier te behandelen. Voor opstalaansprakelijkheid kwamen deze gezichtspunten terug in het *Wilnis*-arrest ter invulling van de gebrekkigheid ex art. 6:174 lid 1 BW.[1976] In de doctrine is deze koersverandering door onder anderen Spier bestempeld als een rem op de eerder steeds verder uitdijende aansprakelijkheid.[1977] Omdat de fabrikant en opvolgende schakels in de handelsketen zich allen in zekere zin schuldig kunnen maken aan gevaarzetting indien zij een product met een veiligheidsrisico in het verkeer brengen of houden, is het nuttig een

---

[1972] HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)*). De oorspronkelijke vierslag was: (i) "de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht"; (ii) "de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan", (iii) de "ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben"; en (iv) "de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen". Jansen wijst er terecht op dat de Hoge Raad niet altijd even consistent is in de formulering en dat er verschillende versies circuleren. Ik gebruik hier gemakshalve het 'Kelderluik 2.0' uit *Martina/Curacao*. Vgl. ook HR 7 april 2006, *NJ* 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*) en 'versie 3.0' in HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, *NJ* 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV/Zürich*).

[1973] In de literatuur wordt wel aangenomen dat het Nederlandse *Kelderluik*-criterium afstamt van de *Learned Hand*-formule, Van Dam 2013, p. 236. Zie ook Dommering-van Rongen 2000, p. 52 en 53. Zie kritisch echter Van Dongen & Giesen 2018.

[1974] Zo is ex art. 7:658 lid 2 BW de werkgever aansprakelijk voor schade geleden door de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden, tenzij de werkgever aan zijn zorgplicht zoals genoemd in lid 1 heeft voldaan. Van dit laatste draagt de werkgever de stelplicht en bewijslast. De wet bevat ten aanzien van de zorgplicht van de werkgever ten opzichte van de reguliere onrechtmatige daad dus een zuivere wettelijke omkering van de bewijslast- en dus ook van de bewijsrisicoverdeling

[1975] HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *JAR* 2005/287 (*Bayar/Wijnen*), mede onder verwijzing naar HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514, *NJ* 1979/245 (*Messaoudi/Hoechst*).

[1976] HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o.4.4.4: *'Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het derhalve aan op de — naar objectieve maatstaven te beantwoorden — vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.'*

[1977] Spier 2014 en eerder in Bolt & Spier 1996, p. 1 e.v. zoals ook aangehaald door Loth 2016, p. 3. In *Wilnis* ging het uiteraard om staatsaansprakelijkheid, waarvoor bescherming van de staatskas een bijzondere achterliggende reden voor beperking kan zijn, doch Spier trekt de ontwikkeling breder.

vergelijking te maken met andere – wat ik gemakshalve maar noem – gevaarzettingsgrondslagen voor aansprakelijkheid, om te zien op welke manier andere wettelijke en alternatieve normen betekenis krijgen voor de bijbehorende privaatrechtelijke gedragsnormen. De omstandigheden die daarvoor van invloed zijn, zijn mijns inziens mede indicatief voor de wijze waarop productnormen betekenis kunnen krijgen voor privaatrechtelijke normstelling binnen de door mij onderzochte rechtsverhoudingen.

Uit de analyse van feitenrechtspraak (§ 7.3.2.4) zal blijken dat gevaarzetting een belangrijke categorie is waarbinnen normalisatienormen in praktijk soms worden toegepast. In die gevallen worden normalisatienormen gerelateerd aan de gezichtspunten binnen het beoordelingskader van gevaarzetting in het licht van de overige omstandigheden van het geval.

222 Objectieve kenbaarheid als ondergrens en geschreven veiligheidsnormen

Onrechtmatige daad, werkgeversaansprakelijkheid, opstalaansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor zaken en productaansprakelijkheid kennen een vergelijkbare ondergrens voor aansprakelijkheid, namelijk de objectieve kenbaarheid van het risico. Dit wordt ook wel de eis van generieke causaliteit genoemd.[1978] Onder art. 6:162 lid 2 BW alsmede bij opstal- en werkgeversaansprakelijkheid bestaat – anders dan onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid – geen gecodificeerd bevrijdend ontwikkelingsrisicoverweer (vgl. nr. 179). Het al dan niet bestaan van *kenbaarheid* vormt echter (mede) een relevante omstandigheid bij vaststelling van de onrechtmatigheid of de gebrekkigheid.[1979] Voor de invulling van de kenbaarheid kan in de praktijk bij het ontwikkelingsrisicoverweer bij productaansprakelijkheid worden aangesloten. Ik verwijs graag naar mijn opmerkingen dienaangaande over de invloed van productnormen uit voorzorg op de kenbaarheid en de terughoudende opstelling van de rechter bij gebreke van geschreven normen (nr. 179).

[1978] Uit het *Kelderluik*-arrest vloeit als ondergrens voor aansprakelijkheid een kenbaarheidsvereiste voort. Zie Van Dam 1989, p. later ook de asbestjurisprudentie. Van Dam 1989, p. 133. Zie ook De Jong 2016, p. 117 e.v. en aldaar genoemde bronnen. Vgl. Jansen 2012, p. 473 in het kader van opstalaansprakelijkheid, onder verwijzing naar de bekendheidseis bij art. 6:173 BW en het ontwikkelingsrisicoverweer bij productaansprakelijkheid, alsmede p. 413 en 483, onder verwijzing naar het door Franken 2010, p. 186-187 gemaakte onderscheid tussen generieke en individuele causaliteit waarbij de kenbaarheidseis de vraag naar het bestaan van generieke causaliteit betreft, zie ook p. 532 waar hij spreekt van objectieve bekendheid. Zie in deze bewoordingen ook Van Boom 2001, paragraaf 4, (gevaltype 2 in zijn betoog), onder verwijzing naar art. 6:185 lid 1 sub e BW, art. 6:173 BW en art. 6:175 BW.

[1979] Zie voor opstalaansprakelijkheid HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.5. waarin de stand van de wetenschap en de techniek niet als minimumdrempel, doch als gezichtspunt wordt gepresenteerd (zoals ook opgemerkt door Jansen 2012, p. 473). Zie echter ook r.o. 4.4.6: '*Daarbij verdient opmerking dat het oordeel van het hof in rov. 2.5.5 dat 'onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt' in het algemeen niet juist is voor een geval waarin, zoals het Hoogheemraadschap te dezer zake heeft gesteld, het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend — en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar — was.*'

In de literatuur bestaat discussie of de Hoge Raad in *Wilnis* nog enige ruimte laat voor aansprakelijkheid van de opstalbezitter voor objectief niet-kenbare gevaren.[1980] Wellicht houdt de Hoge Raad nog enige slag om de arm omdat absolute onbekendheid met het risico op het moment van het plegen van de daad in een enkel geval niet aan aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan. Onder ons nationale recht is bij werkgeversaansprakelijkheid geaccepteerd dat de werkgever aansprakelijk kan zijn voor het verwezenlijken van een hem destijds nog onbekend gevaar (mesothelioom), indien hij verzuimt om veiligheidsmaatregelen te nemen die vereist waren met het oog op toen wel al bekende gevaren van het werken met asbest (asbestose) en dit verzuim de kans dat de werknemer een tot mesothelioom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen in aanmerkelijke mate heeft verhoogd. Dit is slechts anders indien de werkgever aannemelijk maakt dat de veiligheidsmaatregelen tegen asbestose de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.[1981] Deze constructie is later ook buiten werkgeversaansprakelijkheid toegepast.[1982] Wanneer geschreven veiligheidsnormen, bijvoorbeeld producteisen of geharmoniseerde normen, ongeschreven privaatrechtelijke veiligheidsnormen nader invullen, dan zou mijns inziens eenzelfde mechanisme in werking kunnen treden. Voor dit onderzoek is dit mechanisme met name van belang voor producteisen die uit voorzorg zijn vastgesteld. Beschermt de in acht te nemen norm tegen een kenbaar risico (A) maar ook tegen niet-kenbaar risico (B), dan kan indien het niet-treffen van de veiligheidsmaatregel tegen risico (A) de kans op schade als gevolg van risico (B) in aanmerkelijke mate heeft vergroot, dit tot aansprakelijkheid leiden voor schade als gevolg van risico (B), behoudens eerdergenoemde uitzondering. Deze constructie zou mijns inziens ook kunnen worden toegepast bij andere aansprakelijkheden, waaronder ook opstalaansprakelijkheid. Behoudens deze uitzondering zie ik net als Hartlief geen aanleiding om in *Wilnis* de wens te lezen aansprakelijkheid te kunnen aannemen voor objectief niet-kenbare gevaren. Tegelijkertijd biedt de minder stellige formulering van de Hoge Raad de ruimte om indien nodig ex post uit oogpunt van distributieve rechtvaardigheid in zeer uitzonderlijke omstandigheden wellicht ooit anders te beslissen (vgl. mijn eerdere opmerkingen onder nr. 189).

223 Voorzienbaarheid van het risico: het kennisniveau van de actor

Objectieve kenbaarheid alleen is onvoldoende voor aansprakelijkheid. De privaatrechtelijk ongeschreven gedragsnorm dient vervolgens te worden

[1980] Zie de noot van Hartlief onder 11 bij het arrest en de aldaar genoemde verwijzingen n.a.v. de woorden 'in het algemeen' in r.o. 4.4.6 voornoemd.

[1981] De regel stamt uit HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw I*), r.o. 3.6. Zie ook Van Boom 2001, paragraaf 4.2.2.

[1982].Bijvoorbeeld HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, *NJ* 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella besmetting Westfriese Flora*), r.o. 3.6.3 en 3.6.4.

bepaald aan de hand van onder meer de door de Hoge Raad benoemde gezichtspunten bij gevaarzetting.[1983]

In Nederland is, net als in Duitsland en Engeland, het te verwachten kennisniveau van de concrete actor – beter bekend als het geobjectiveerde kennisniveau – van belang met betrekking tot enerzijds het risico (de risicoanalyse) en anderzijds de hiertegen mogelijk te nemen maatregelen (het risicomanagement). Het gaat om de vraag wat men behoorde te weten.[1984] In de jurisprudentie van de Hoge Raad is de maatschappelijke kring waartoe een actor behoort meermaals als gezichtspunt benoemd.[1985] In de literatuur wordt de mate van professionaliteit of specialisatie van de persoon eveneens relevant geacht.[1986] De functie van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer, al dan niet binnen een organisatie, kan eveneens een rol spelen bij het bepalen van dit kennisniveau. In de jurisprudentie en literatuur wordt de weging van deze omstandigheden onder het gezichtspunt 'de aard van de gedraging' geschaard.[1987] Jansen spreekt liever over de 'aard van de rechtsverhouding', hetgeen volgens hem een relevante omstandigheid doch geen primair gezichtspunt is.[1988] Vertaald naar het onderhavige onderzoek dient te worden onderzocht welke kennis van een productnorm van een laedens mag worden verwacht.

Uit de jurisprudentie blijkt dat bij kwalitatieve aansprakelijkheden als productaansprakelijkheid en opstalaansprakelijkheid het geobjectiveerde kennisniveau van de opstalbezitter of producent gelijk kan worden gesteld met de stand van de wetenschap en de techniek. Dit impliceert een hoger kennisniveau dan het in acht nemen van wet-, regelgeving en normalisatienormen. Bij de beoordeling door de werkgever van risico's dient eveneens acht te worden geslagen op de stand van de wetenschap. Het moment van bekend worden van een risico valt echter niet samen met het moment waarop de werkgever wordt geacht maatregelen te treffen.[1989] De

---

[1983] Het welbekende HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)*), en daaropvolgende arresten waarin nadere gezichtspunten zijn benoemd.

[1984] Van Dam 1989, p. 149, die erop wijst dat voorzienbaarheid kan worden opgesplitst in de waarschijnlijkheid van de schade en kenbaarheid, waarbij voor kenbaarheid veelal een professioneel vergelijkingstype tot uitgangspunt wordt genomen. Zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/74. Bij particulieren kan dat kenniveau soms laag worden vastgesteld, zo blijkt uit HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, *NJ* 1994, 624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hulsbosch/Broen (Taxusstruik)*), r.o. 3.4.3 en 3.4.5.

[1985] Dit gezichtspunt volgt bijvoorbeeld uit de jurisprudentie over werkgeversaansprakelijkheid, zie bijvoorbeeld; HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*), r.o. 3.3; HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6927, *NJ* 2007/285 (*Heesbeen/Van Buren*), r.o. 4.7. Thans wordt dit als gezichtspunt in meer algemene zin aangenomen, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/74.

[1986] O.a. De Jong 2016, p. 388 en 389.

[1987] Jansen 2012, p. 396 onder verwijzing naar HR 7 april 2006, *NJ* 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3.

[1988] Herhaald in Jansen 2018.

[1989] HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw I*), r.o. 3.8: *'(…) Het hangt van de omstandigheden af wanneer zulk een verplichting ontstaat: daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap omtrent bedoeld verband ontstaat, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening valt te houden met enig tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever ter zake te verrichten onderzoek (vgl. voor dit laatste HR 6 april 1990, 1990, 573). Door zonder nadere motivering, al dan niet veronderstellenderwijs, ervan uit te*

zorgplicht van de werkgever is een zuivere, geobjectiveerde gedragsnorm. Gebrekkigheid bij opstalaansprakelijkheid focust niet op de persoon, doch op de veiligheid van de zaak 'naar objectieve maatstaven'.[1990]

Omdat blijkens de rechtspraak bij product-, opstal- en werkgeversaansprakelijkheid de stand van de wetenschap en de techniek in beginsel het kennisniveau bepaalt, kan worden gezegd dat wettelijke normen en normalisatienormen die zien op risico's voor die actoren snel als minimum fungeren ter beoordeling van de gebrekkigheid respectievelijk de zorgplicht. Door dit hoge kennisniveau is bij werkgeversaansprakelijkheid en opstalaansprakelijkheid irrelevant of de normen direct aan de opstalhouder respectievelijk werkgever zijn geadresseerd. Deze normen vertegenwoordigen immers een lager kennisniveau dan de stand van de wetenschap en techniek. Of sprake is van gebrekkigheid respectievelijk schending van de zorgplicht hangt af van de weging van de overige *Kelderluik*-gezichtspunten ten aanzien waarvan wettelijke normen en normalisatienormen informatie kunnen geven.

224 Het volgen van wettelijke eisen en normalisatienormen

Uit nationale rechtspraak volgt dat bij gebrek aan wettelijke normen de maatschappelijke betamelijkheid toch enige zorgvuldigheidsnorm in het leven kan roepen (de *vangnetfunctie*, nr. 129).[1991] In lijn met het voorgaande volgt uit rechtspraak over opstal- en werkgeversaansprakelijkheid dat het naleven van publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften niet zomaar kan bevrijden van aansprakelijkheid, zie onder meer *De Lozerhof*, *Wilnis* en het eerdere arrest *Foekens/Naim* (Vgl. het *regulatory compliance*-verweer).[1992] Geschreven

---

gaan dat De Schelde vanaf 1960 maatregelen gericht op het voorkomen van, althans beschermen tegen mesothelioom had behoren te nemen, heeft de rechtbank derhalve hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij haar uitspraak tegenover de stellingen van De Schelde niet naar behoren gemotiveerd.'

[1990] HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.3. Het arrest noemt voor de beoordeling van de gebrekkigheid, naast de *Kelderluik*-factoren, een aantal omstandigheden c.q. gezichtspunten uit de parlementaire geschiedenis zoals de aard van de opstal, de functie en de fysieke toestand, het te verwachten gebruik door derden en indien het een overheidslichaam betreft, zijn toekomende beleidsvrijheid en beperkte financiële middelen.

[1991] Zie in het kader van werkgeversaansprakelijkheid voor schade als gevolg van een risico ten aanzien waarvan wettelijke normen ontbraken, HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, *NJ* 1999/638 (*Cijsouw II*), r.o. 3.3.2 en 3.3.3 en HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, *RvdW* 2005/4 (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.7 en 3.8.

[1992] HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463, *NJ* 2005, 215 (*Stichting de Lozerhof/van Duyvenbode-Langen*), r.o. 3.4, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 116. Zie eerder ook al HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, *NJ* 1999/638 (*Cijsouw II*), r.o. 3.3.2. Zie voor een concreet voorbeeld van een beroep van de werkgever op de aanwezigheid van een CE-markering, dat niet aan aansprakelijkheid in de weg kan staan: Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR1513, *JAR* 2011/243, *Prg.* 2011/214, *JA* 2011/163, *VR* 2012/63, *JIN* 2011/592. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).o. 4.4.3: '*Bij de eisen als bedoeld in art. 6:174 lid 1 gaat het om de eisen die men uit het oogpunt van veiligheid aan de desbetreffende opstal mag stellen (vgl. HR 15 juni 2001, nr. C99/350, LJN AB2149, NJ 2002/336 en HR 20 oktober 2000, nr. C99/004, LJN AA7686, NJ 2000/700). Daarbij spelen, zo volgt uit de wetsgeschiedenis (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1380), gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol. De omstandigheid dat een opstal in algemene zin voldoet aan geldende veiligheidsvoorschriften, staat niet in de weg aan het oordeel*

normen zijn derhalve van belang voor de invulling van de zorgplicht respectievelijk de gebrekkigheid, doch het voldoen eraan bevrijdt niet per definitie.

Ook het hebben en naleven van een vergunning (*regulatory permit defence*) kan de vergunninghouder niet altijd baten.[1993] Volgens de Hoge Raad moet worden gekeken naar de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval, om de betekenis van de vergunning voor het onrechtmatigheidsoordeel vast te stellen.[1994] Aangezien de wet- en regelgeving een algemene strekking hebben en bij vergunningverlening of andere besluiten bestuursorganen weliswaar acht moeten slaan op individuele belangen, doch zij niet – zoals de civiele rechter – in een concrete individuele belangenafweging treden,[1995] zal een *regulatory permit*-verweer binnen de beoordeling van de onrechtmatigheid zelden tot nooit worden gehonoreerd.[1996] Volgt uit de strekking van de vergunning en de publiekrechtelijke regeling waarop deze is gebaseerd echter dat deze zien op de bescherming van de belangen die het kader van de maatschappelijke betamelijkheid centraal staan, dan zal de betekenis van die vergunning c.q. voorschriften voor het onrechtmatigheidsoordeel toenemen en dient de rechter deze voorschriften, indien die door partijen zijn aangevoerd, volgens de Hoge Raad uitdrukkelijk in zijn oordeel en motivering te betrekken.[1997] Hoewel in het hier centraal staande productveiligheid niet wordt gewerkt met vergunningen,[1998] kunnen deze gezichtspunten ook worden toegepast bij de beantwoording van de vraag of naleving van een productnorm voor de

---

dat de opstal (niettemin) niet aan bedoelde eisen voldoet en derhalve gebrekkig is in de zin van art. 6:174 lid 1 (vgl. de genoemde uitspraak van 20 oktober 2000). De Hoge Raad verwijst hier naar HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, *NJ* 2000/700, *AV&S* 2001, p. 43, m.nt. F.T. Oldenhuis (*Foekens/Naim*), r.o. 3.7: *'Onderdeel 3 faalt omdat, anders dan daarin wordt verdedigd, de omstandigheid dat een opstal in algemene zin* [*voldoet aan alle veiligheidsvoorschriften van de brandweer en de arbeidsinspectie, niet in de weg staat aan het oordeel dat in zoverre aan de vereisten voor aansprakelijkheid ingevolge art. 6:174 wordt voldaan, dat de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'.*

[1993] Zie ook het eerdergenoemde arrest HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), r.o. 4.4.1, waaruit volgt dat het hebben van een vergunning voor een geneesmiddel niet aan productaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW in de weg staat.

[1994] HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1973/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*). De Hoge Raad overweegt dat de aard van de hinderwet en daarop gebaseerde regelgeving niet meebrengt dat daardoor de omvang van de rechten van de eigenaren van naburige percelen in die zin zou worden beperkt dat zij schade of hinder die van zodanige aard die zijn het in het algemeen niet hoeven te dulden, wel zouden moeten verdragen van iemand voor dat handelen een Hinderwetvergunning had gekregen. Zo'n vergunning vrijwaart degene die overeenkomstig die vergunning handelt, dan ook niet voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

[1995] Zie in die zin HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *NJ* 2005/418, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bouwvergunning Heemstede,Ludlage/Van Paradijs*), r.o. 3.5.3 over de betekenis van een vergunning voor de Wet RO, zoals ook aangehaald door Van Boom 2020, p. 218. Schending van vergunningsvoorwaarden is daarentegen eerder onrechtmatig, zie HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, *NJ* 1981/227 (*Van Dam/Beukeboom*).

[1996] Vgl. ook Ogus 2007, p. 377 e.v. als aangehaald door Van Boom 2020, p. 216.

[1997] Zie in die zin HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *NJ* 2005/418, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bouwvergunning Heemstede,Ludlage/Van Paradijs*), r.o. 3.5.3 en 3.5.4.

[1998] Dit is anders bij geneesmiddelen en chemische stoffen.

onrechtmatigheid van betekenis is. In dat geval moet worden gelet op de aard van de regel en de in de regel verdisconteerde belangenafweging.

Het volgen van wettelijke normen of normalisatienormen kan binnen het beoordelingskader van gevaarzetting worden gerelateerd aan het gezichtspunt van de tegen het intreden van het risico te nemen voorzorgsmaatregelen, in het bijzonder de *bezwaarlijkheid* en de *gebruikelijkheid* ervan. De laedens zal in het kader van dit gezichtspunt willen betogen dat hij met het volgen van een geharmoniseerde norm of normalisatienorm had kunnen volstaan en aldus voldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen. Hoe dienen wij een dergelijk argument processueel te kwalificeren bij een reguliere onrechtmatige daad ex art. 6:162 lid 2 BW? Op grond van art. 150 Rv vormt een dergelijke opmerking een betwisting van onrechtmatigheid ex art. 6:162 lid 2, derde categorie, BW. Het blijft in zo een geval in beginsel aan gelaedeerde om te stellen en zo nodig te bewijzen dat onvoldoende zorg is betracht. Onderdeel daarvan zijn de stelling en onderbouwing dat onvoldoende veiligheidsmaatregelen tegen een gevaar zijn genomen. Op dit uitgangspunt uit Jansen in zijn proefschrift kritiek. Hij pleit ervoor de gelaedeerde te belasten met het bewijs van het gevaarzettende handelen, maar de laedens (zo nodig) toe te laten tot het bewijs van een afdoende – in het door hem besproken geval – waarschuwing.[1999] Dit is te kwalificeren als een rechterlijke omkering die qua constructie vergelijkbaar is met de wettelijke omkering uit art. 7:658 BW (bevrijdend verweer). Voor een dergelijke omkering valt mijns inziens veel te zeggen, zeker nu de laedens veelal de meeste expertise zal bezitten over zowel het risico als het management ervan en gelaedeerde een informatieachterstand heeft. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad buiten gevaarzetting blijkt echter een voorkeur voor een *case-to-case* benadering met behulp van een verzwaarde stelplicht.[2000]

Voor wat betreft de inhoudelijke waardering van dit argument ben ik met Jansen en Spier van mening dat terughoudend met het honoreren van 'zulke verweren' (lees: het accepteren van de naleving van normen als voldoende gemotiveerde betwisting van onrechtmatigheid) moet worden omgegaan.[2001] Volgens Jansen mogen echter alleen 'doordachte en objectiveerbare gebruiken, zoals in branchecodes of *best practices* neergelegde handelswijzen' doorwerken in de onrechtmatigheidstoetsing (lees: onder voornoemd gezichtspunt).[2002] Dat lijkt mij een eng en tegelijkertijd onduidelijk criterium. Ik voel meer voor de Duitse benadering waarbij de nadruk ligt op het

[1999] Jansen 2012, p. 388 en 389, alsmede p. 559.

[2000] Vgl. de jurisprudentie over schending van zorgplichten van o.a. vermogensbeheerders HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, *NJ* 2007, 203, m.nt. Mok (*Zorgplicht vermogensbeheerder*), r.o. 3.4 en makelaars HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5356, *NJ* 2013/343 (*Zorgplicht makelaar*), r.o. 3.4.3. Rechterlijke omkering als gevolgtrekking is dan mogelijk, doch voor de hand ligt dat de rechter de stelling van de partij op wie de bewijslast rust hetzij als onvoldoende betwist ex art. 149 Rv en dus als vaststaand aanneemt, hetzij voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust.

[2001] Jansen 2018, onder verwijzing HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, *NJ* 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV/Zürich*), sub 3.

[2002] Jansen 2018.

kennisniveau dat in de norm ligt verdisconteerd, hetgeen in verband wordt gebracht met het kennisniveau dat van de actor mag worden verwacht. Vormt een bepaalde handelswijze een *anerkannte Regel der Technik* of stemt deze zelfs overeen met de stand van de wetenschap en techniek (vgl. nrs. 211 en 212)? Zoals ik hiervoor heb aangegeven, pleit ik ervoor om het aandragen van gegevens over de accuraatheid en juistheid van gevolgde normen onderdeel te laten zijn van de verzwaarde motiveringsplicht van de producent (Vgl. mijn opmerkingen onder nr. 184 en 213 en in de slotbeschouwing, §8.5).

225 De schending van wettelijke eisen

De spiegelbeeldige vraag of een schending van een wettelijke eis ook direct een schending van enige zorgplicht impliceert, wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad zeer genuanceerd beantwoord.

Zo blijkt uit arresten over werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 lid 1 BW dat niet iedere schending van regelgeving automatisch resulteert in een schending van de zorgplicht. Zo is het ontbreken van een risico-inventarisatie (RI&E) ex art. 5 Arbowet niet in alle gevallen een schending van de zorgplicht, aldus de Hoge Raad. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of de zorgplicht ex art. 7:658 lid 1 BW meebrengt dat de werkgever vooraf een RI&E dient te maken (*Dusarduyn/Du Puy*, *Peters/Hofkens*).[2003] Volgens A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie bij dit arrest dient te worden gekeken naar de strekking van de regelgeving, omdat het moet gaan om voorschriften die zien op concrete werkzaamheden of die bescherming beogen te bieden tegen een specifiek gevaar.[2004] De plicht tot het maken van een RI&E zou geen specifiek veiligheidsvoorschrift betreffen.[2005] Arbonormen moeten volgens haar wel als dergelijke regels worden gezien. Dat de schending van arbonormen in de regel een duidelijke aanwijzing is dat sprake is van schending van de zorgplicht is in andere arresten op de voorgrond geplaatst en goed verdedigbaar.[2006] Zo'n uitgangspunt zou ook kunnen gelden bij schending van productnormen. Met het RSI-arrest lijkt de Hoge Raad echter ook bij schending van arbonormen een pas op de plaats te maken. Of schending van

[2003] HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000, *NJ* 2004/176 (*Dusarduyn/Du Puy*), r.o. 3.3; HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:AF8254, *NJ* 2004/177 (*Peters/Hofkens, Vallende schoonmaakster*), r.o. 3.7.
[2004] Concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, punt 15 bij *Peters/Hofkens*.
[2005] Concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, punt 16 bij *Peters/Hofkens*.
[2006] HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*), r.o. 3.5.2: '*Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden aan deze zorgplicht heeft voldaan, geldt als uitgangspunt dat de omvang van deze zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevergd wordt. De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat er materieel geen onderscheid bestaat tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever die in art. 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet is omschreven als de zorg 'voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten' — welke omschrijving aansluit bij art. 5 lid 1 van de Kaderrichtlijn Veiligheid en Gezondheid, 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 — en anderzijds de civielrechtelijke zorgplicht (zie de memorie van toelichting bij de Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet en enige andere wetten in verband met het vergroten van de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het arbeidsomstandighedenbeleid, Stb. 2006, 673.*' Zie ook *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/251 e.v. onder verwijzing naar oudere rechtspraak waaruit dit uitgangspunt blijkt.

art. 4 Besluit beeldschermwerk jo. art. 6 Arbowet 1994 een schending van de zorgplicht oplevert, is volgens de Hoge Raad in dit arrest afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.[2007] In casu bestond in feitelijke instanties discussie of de werknemer überhaupt meer dan twee uur per dag met een beeldscherm werkte, zijnde – gezien de strekking van de norm – de ondergrens voor toepasselijkheid van de norm.[2008] Aangezien het hof echter aan de hand van de overige omstandigheden van het geval had vastgesteld dat niet kon worden uitgesloten dat de werknemer daadwerkelijk in een langere periode meer dan twee uur per dag achtereen beeldschermwerk verrichte, achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat met schending van art. 4 van het besluit ook de zorgplicht was geschonden niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.[2009] Het vooropstellen van de omstandigheden van het geval, onderschrijft de noodzaak altijd de inhoud, het doel en de strekking van de geschreven norm te onderzoeken in verhouding tot de omstandigheden van het geval om de daadwerkelijke betekenis voor de privaatrechtelijke gedragsnorm, in dit geval de zorgplicht, vast te stellen. Niet iedere schending van een willekeurige norm zal automatisch 'doortikken'.[2010] De verdere omstandigheden van het geval zijn nodig om te beoordelen a) of de geschreven regel überhaupt toepassing vindt, b) of de geschreven regel daadwerkelijk is geschonden en c) in hoeverre de geschreven regel iets zegt over de in concreto te betrachten zorg (de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm). Omdat bij werkgeversaansprakelijkheid die zorg mede wordt ingevuld aan de hand van de *Kelderluik*-criteria, dient de wettelijke eis hieraan als het ware te worden gerelateerd. Is de wettelijke eiswel voldoende specifiek en lijkt deze juist te zijn geschreven voor de concrete situatie, dan vult die de zorgplicht wel degelijk een-op-een in. Laat de

[2007] HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, *NJ* 2014/98, m.nt. Hartlief (*SVB/Van de Wege, RSI*), r.o. 4.4.2: '*Bij de beoordeling (...) geldt als uitgangspunt dat de enkele omstandigheid dat SVB in strijd met art. 4 Besluit beeldschermwerk in verbinding met art. 6 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet 1994 heeft verzuimd aan [verweerster] de instructie te geven dat zij na ten hoogste twee achtereenvolgende uren beeldschermwerk ander werk moest gaan doen of een pauze moest nemen, niet meebrengt dat SVB is tekortgeschoten in de naleving van de op grond van art. 7:658 lid 1 BW op haar rustende zorgplicht jegens [verweerster]. Het antwoord op de vraag of zulks het geval is, is mede afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval.*' Hierbij verwijst de Hoge Raad naar HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:AF8254, *NJ* 2004/177 (*Peters/Hofkens, Vallende schoonmaakster*), waarin samengevat werd geoordeeld, dat met art. 7:658 lid 1 BW is niet beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen (r.o. 3.4). Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of de in art. 7:658 lid 1 BW bedoelde zorgplicht meebrengt dat een werkgever in zijn bedrijf een bijgewerkte en geëvalueerde risico-inventarisatie in de zin van art. 4 Arbeidsomstandighedenwet dient te hebben. Op het moment dat kan worden aangenomen dat het ontbreken van een zodanige risico-inventarisatie in het concrete geval een tekortkoming van de werkgever tegenover de werknemer zou inhouden, kan de werkgever nog aan zijn aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat zelfs in het hypothetische geval dat een risico-inventarisatie aan de daaraan te stellen eisen zou hebben voldaan, het naleven van de zorgplicht het ongeval niet zou hebben voorkomen (hetgeen ziet op het causale verband tussen zorgplichtschending en schade, r.o. 3.7).

[2008] Zie in deze zin ook A-G Spier onder 5.29. De norm lijkt niet geschreven voor werkgevers wiens werknemers slechts incidenteel of zeer kort beeldschermwerk verrichten. Waarschuwen lijkt in die gevallen niet noodzakelijk. Zie Spier onder 5.30.2 en 5.30.3.

[2009] R.o. 4.4.3.

[2010] Zie in deze zin ook A-G Spier onder 5.27 en 5.28 bij zijn conclusie bij het *RSI*-arrest.

wettelijke eis ruimte voor andere oplossingen of methoden – zoals in het productveiligheidsrecht indien ter invulling van een essentiële eis wordt verwezen naar geharmoniseerde normen – dan is het aan de werkgever om aan te tonen waarom de gekozen oplossing qua veiligheidsniveau gelijkwaardig is aan de methode uit de wettelijke eis.[2011]

Ten overvloede zij opgemerkt dat de Europese wetgever in een aantal richtlijnen op het gebied van arbeidsomstandigheden, expliciete verplichtingen heeft opgenomen voor werkgevers ten aanzien van werktuigen en beschermingsmiddelen, waardoor productnormen ook via het arbeidsomstandighedenrecht betekenis krijgen.[2012] Zo dient een werkgever, die volgens de Commissie als eindgebruiker moet worden gezien,[2013] alleen arbeidsmiddelen te gebruiken of aan te schaffen die op het moment dat zij voor de eerste keer aan een werknemer ter beschikking worden gesteld, voldoen aan de daarop toepasselijke EU-voorschriften.[2014] Daardoor zijn onder andere de Machinerichtlijn, de Verordening Persoonlijke beschermingsmiddelen en daarmee ook de daaronder hangende geharmoniseerde normen, direct relevant voor de werkgever.[2015] Van een werkgever mag als niet-fabrikant uiteraard wel een minder hoog kennisniveau van het product worden verwacht dan de fabrikant zelf. Dit is anders indien hij de machine heeft gemaakt of samengesteld en hij daarom fabrikant is. Arbonormen kunnen soms ook NEN-normen verwijzen, hetgeen verwarring kan veroorzaken over de achtergrond, de herkomst, de normadressaat en het beschermingsbereik van een normalisatienorm. Gaat het bijvoorbeeld om een productnorm gericht aan de producent of een algemenere arbonorm?

[2011] Vgl. HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0181, *NJ* 1991/420 (*Roeffen/Thijssen*), r.o. 3.2. Het ging in casu om een ongeval met een steiger op zwenkwielen zonder voorgeschreven remsysteem. De werkgever meende echter dat vastzetten met balken of latten een volwaardige alternatieve veiligheidsmaatregel was. Het ontbreken van een vastzetinrichting was in strijd met art. 7 lid 1 aanhef en sub e Veiligheidswet 1934 jo. art. 124 lid 2 Veiligheidsbesluit voor fabrieken of werkplaatsen 1938, S en J, nr. 57, 1986, p. 167 jo. de aanwijzingen in het publikatieblad, p. 151. Concl. A-G Bieman-Den Hartogh, onder 5; '*zoals de raadsman van Roeffen ook zelf vermeldt (cassatiedagvaarding sub 1.3 op p. 4 en schriftelijke toelichting, p. 5), kon aan de wettelijke bepalingen eveneens worden voldaan indien op andere wijze een even hoog niveau van veiligheid wordt bereikt (zie p. 151 sub 1, laatste alinea).'* Zowel de Hoge Raad als de A-G was echter niet duidelijk waaruit die gelijkwaardigheid van deze oplossing zou blijken.

[2012] Kaderrichtlijn: Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (*PbEG* 1989, L 183/1) en daaronder hangende instrumenten als bijvoorbeeld Richtlijn 2009/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid bij het gebruik door werknemers van arbeidsmiddelen op de arbeidsplaats (tweede bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG) (*PbEU* 2009, L 260/5). Zie voor de implementatie o.a. het Arbeidsomstandighedenbesluit, hoofdstuk 7 over arbeidsmiddelen en hoofdstuk 8 over persoonlijke beschermingsmiddelen.

[2013] Blue Guide 2016, paragraaf 2.5.

[2014] Artikel 4 Richtlijn 2009/104/EG (Arbeidsmiddelenrichtlijn); *'1. Onverminderd artikel 3 moet de werkgever aanschaffen of gebruiken: a) arbeidsmiddelen die, indien zij na 31 december 1992 voor de eerste maal ter beschikking van de werknemers worden gesteld in de onderneming of inrichting, voldoen: i) aan de bepalingen van alle communautaire richtlijnen die ter zake van toepassing zijn;'*

[2015] Richtlijn 2006/42/EG (Machines) en Verordening (EU) 2016/425 (Persoonlijke beschermingsmiddelen).

Is een wettelijke eis niet rechtstreeks van toepassing, dan kan deze alsnog 'zijdelings', [2016] analoog of indirect van toepassing zijn. Van Maanen en Lindenbergh halen hiertoe het voorbeeld van de tienjarige Lars Ruröde aan die met zijn arm in een draaiende melkmachine van boer Vrieling was gekomen die niet voldeed aan het Landbouwveiligheidsbesluit. Het Landbouwveiligheidsbesluit (een arbonorm) was niet van toepassing nu boer Vrieling geen werknemers in dienst had, maar werd toch relevant geacht. De Hoge Raad overwoog:

> 'Ook indien het Landbouwveiligheidsbesluit niet rechtstreeks van toepassing is, kan toch — zoals het hof terecht overweegt — niet-inachtneming van de daarin vervatte veiligheidsvoorschriften mede bepalend zijn voor de vaststelling van de mate van onzorgvuldigheid waarmee Vrieling ter zake van het onderhavige ongeval heeft gehandeld. Daarbij is niet beslissend of het slachtoffer van het ongeval er bij zijn gedragingen daadwerkelijk op heeft vertrouwd dat aan die voorschriften voldaan was.'[2017]

Van Maanen en Lindenberg komen tot de volgende gezichtspunten ter bepaling van de betekenis van wettelijke normen:[2018]

> 'Een wettelijke norm zal eerder beslissend zijn voor het onrechtmatigheidsoordeel als deze is gebaseerd op een vrij concrete afweging van belangen.[2019] Is sprake van een zeer specifieke gedragsnorm (bijvoorbeeld bouwvoorschriften of veiligheidsvoorschriften) dan is daarmee de vraag naar onrechtmatigheid beslist. In andere gevallen draagt de overtreding van een wettelijke norm in belangrijke mate bij aan de vorming van het onrechtmatigheidsoordeel op grond van het handelen in strijd met het ongeschreven recht. De inhoud van de bepaling heeft dan vooral zijdelingse betekenis.'

Ten slotte wijzen zij er nog op dat schending van een wettelijke norm veelal een belangrijk 'bewijslastvoordeel' zal opleveren.[2020]

Uit deze arresten van de Hoge Raad blijkt wederom de sterke autonome positie van privaatrechtelijke normstelling.[2021]

226 Vergelijking met de invloed van andere alternatieve regelgeving

In Nederland worden zorgvuldigheidsnormen dus niet een-op-een ingevuld met wettelijke normen, omdat deze, afhankelijk van omstandigheden van het geval en toegespitst op de concrete verhouding tussen partijen, soepeler of

[2016] In de woorden van Van Maanen en Lindenbergh, die ook wel spreken van reflexwerking op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, Van Maanen & Lindenberg 2015, p. 36.
[2017] HR 8 december 1989, *NJ* 1990/778 (CJHB) (*Vrieling/Ruröde*), r.o. 4.1.
[2018] Van Maanen & Lindenberg 2015, p. 36.
[2019] Onder verwijzing naar Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4)* 2015/nr. 14; Van Dam 1989, p. nr. 60 en *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 618.
[2020] Onder verwijzing naar Van Dam 1989, p. 97 en Engelen 1986, p. 215-216.
[2021] Vgl. in algemene zin Ogus 2007, p. 377 e.v. als aangehaald door Van Boom 2020, p. 216.

strenger zijn dan de wettelijke normen.[2022] Voor de hand ligt dat voor normalisatienormen die invulling geven aan wettelijke vereisten eenzelfde uitgangspunt geldt. Hoewel de Hoge Raad zich slechts incidenteel heeft uitgelaten over betekenis van normalisatienormen in private verhoudingen (nr. 143 en 144), zijn meer arresten gewezen over het gebruik van andere alternatieve reguleringsinstrumenten bij de invulling van zorgplichten. Uit deze arresten blijkt dat alternatieve normen eveneens van invloed kunnen zijn, doch niet steevast als minimumnorm fungeren.[2023]

In *Kouwenberg/Rabobank* achtte de Hoge Raad art. 31f en 31m van het Reglement voor de Handel op de Optiebeurs (RHO) mede relevant voor invulling van de bancaire zorgplicht jegens cliënten, doch niet doorslaggevend.[2024] Het oordeel van het hof dat er klaarblijkelijk vanuit gaat dat art. 31m RHO niet meebrengt dat wanneer niet aan de gebruikelijke margeverplichting wordt voldaan de bank zich steeds op straffe van aansprakelijkheid van de uitvoering van optieopdrachten moet onthouden, is volgens de Hoge Raad geenszins onbegrijpelijk.[2025] De Hoge Raad verwijst in de verdere overwegingen naar eerdere rechtspraak waarin reeds andere gezichtspunten werden geformuleerd ter vaststelling van de bijzondere zorgplicht aan de hand van de omstandigheden van het geval.[2026] De privaatrechtelijke gedragsnorm dient dus grotendeels los van het RHO te worden vastgesteld en te worden geconcretiseerd. Vranken verklaart de terughoudende toepassing van deze normen vanuit de alternatieve herkomst van de norm. De rechtvaardiging van dit oordeel zou erin zijn gelegen dat niet zeker is dat de eerdergenoemde procedurele waarborgen in acht zijn genomen.[2027] Mijns inziens is het evenwel mogelijk dat niet zozeer de status van recht of het mogelijke gebrek aan procedurele waarborgen,[2028] als wel de inhoud, strekking en de aan de norm ten grondslag liggende belangenafweging maken dat in het onderhavige geval de verplichting minder bruikbaar is voor invulling van de ongeschreven bijzondere zorgplicht.

In Nederland is ten aanzien van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars in *Achmea/Rijnberg* geoordeeld dat schending ervan kan resulteren in een ongerechtvaardigde en daarmee onrechtmatige

[2022] Zie voorheen al Stuurman 1995, p. 267 onder verwijzing naar Snijders 1987, p. 188 e.v. en Dommering-van Rongen 1991, p. 188-189.
[2023] Het beeld in de feitenrechtspraak lijkt zeer diffuus. Zie voor een oudere steekproef Giesen 2008. Zie eveneens, aangevuld met meer recente rechtspraak, Bentvelzen 2016.
[2024] HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), zoals ook uitgebreid besproken door Vranken in *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005 /79 t/m 83. Zie over de status van recht, hoofdstuk 4.
[2025] HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), r.o 3.5.2. 3 en 3.6.2.
[2026] R.o. 3.6.3. Daarin worden genoemd de eventuele deskundigheid van de cliënt, diens inkomens‒ en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.
[2027] *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005 /83. Die terughoudende toepassing zou blijken uit het oordeel van de Hoge Raad om de beslissing van het hof is stand te laten.
[2028] R.o. 3.5.3.

inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een verzekerde.[2029] De Hoge Raad overwoog:

> 'Blijkens de inleiding is beoogd in de Gedragscode aan te sluiten bij bestaande wetgeving op het gebied van privacy, zoals de Wet bescherming Persoonsgegevens en wetgeving over het (heimelijk) gebruik van camera's. Gelet op de inhoud en opzet van de Gedragscode, kan tot uitgangspunt worden genomen dat indien een verzekeraar in strijd met de code handelt, sprake is van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van verzekerde.'[2030]

Uiteraard is een geharmoniseerde norm inhoudelijk een ander instrument dan de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, maar de ratio zoals hier weergegeven gaat ook op voor geharmoniseerde normen. Deze zijn immers ook bedoeld om aan te sluiten bij bestaande wetgeving, maar dan op het gebied van productveiligheid hetgeen pleit voor grotere betekenis van die normen.

Gaat het om veiligheidsnormen, al dan niet vervat in instructies of alternatieve normen, dan lijkt de betekenis groter. Uit het arrest *Lekkende Kruik II* volgt dat indien een norm daadwerkelijk een veiligheidsnorm is en het ernstige gevaar waartegen de geschonden norm beoogt te beschermen heeft zich verwezenlijkt, de aansprakelijkheid van degene jegens wie de norm zich richt in beginsel is gegeven. Dit is anders indien voor het afwijken van de norm voldoende klemmende redenen bestonden en voldoende overige voorzorgsmaatregelen naar toenmalig inzicht zijn genomen.[2031] Het ging in die zaak om een kraamverzorgster die in strijd met de geldende veiligheidsvoorschriften die in een instructie van het kraamcentrum door de werkgever aan haar waren meegedeeld, een afsluitbare, inferieure kruik had gebruikt die was begonnen te lekken en daardoor brandwonden had veroorzaakt. Veiligheidsnormen lijken daarmee snel als minimumnormen te gelden (Vgl. wettelijke eisen nr. 225).[2032]

Alternatieve veiligheidsnormen mogen niet in het geheel worden genegeerd door de rechter indien een partij ze ten grondslag heeft gelegd aan de onderbouwing van haar stelling dat sprake was van een gebrekkig opstal in de zin van art. 6:174 lid 1 BW. Dit volgt uit *Reaal/Gemeente Deventer*, over zogeheten CROW-richtlijnen op het gebied van wegbeheer ten aanzien waarvan de wederpartij van de gemeente aanvoerde dat deze waren geschonden.[2033] In deze zaak casseerde Hoge Raad wegens onbegrijpelijkheid

[2029] HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *RvdW* 2014/600, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*), zoals besproken door Menting 2015.
[2030] HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *RvdW* 2014/600, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*), r.o. 5.2.1.
[2031] HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1080, *NJ* 1993/182, m.nt. Brunner (*Van Uitert/Kraamzorg, Lekkende kruik II*), r.o. 3.6.
[2032] Stuurman wijst er, onder verwijzing naar Lekkende Kruik II, terecht op dat niet alle normalisatienormen als veiligheidsnormen kunnen worden gekwalificeerd, Stuurman 1995, p. 269.
[2033] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*), r.o. 3.11.

een oordeel van het hof dat er samengevat op neerkwam dat, hoewel een bepaalde CROW-norm was geschonden, er geen concrete norm door de gemeente zou zijn geschonden door de aanwezigheid van een richel of spleet niet te hebben opgemerkt. De vraag is of dit oordeel van de Hoge Raad is ingegeven door procesrechtelijke motieven of door een bijzondere status van de norm; het eerste lijkt het geval te zijn.[2034]

Recent expliciteerde de Hoge Raad in een zaak over het plaatsen van een damwand, waarbij een kabel van Liander werd beschadigd, hoe de veiligheidsnormen uit de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION), het Besluit informatie-uitwisseling ondergrondse netten (BION) en de alternatieve Richtlijn Zorgvuldig Graafproces (CROW250), die is opgesteld met het oog op de WION, zich verhouden tot de ongeschreven zorgplicht van de grondroerder tot het voorkomen van leidingschades. Volgens de Hoge Raad is de grondroerder onder omstandigheden onder het ongeschreven recht tot meer zorg gehouden dan het volgen van de aan hem verstrekte tekeningen. Hoeveel meer specificeert de wettelijke regeling niet. Bij gebreken van concrete wettelijke normering komt in dat geval bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid, volgens de Hoge Raad, groot gewicht toe aan de CROW-richtlijn.[2035] Indien de rechter een afwijkende invulling wil geven dient hij te motiveren welke concrete omstandigheden een afwijking rechtvaardigen. Deze grote rol van alternatieve normen en het aannemen van motiveringsgebreken door de Hoge Raad in dit concrete geval, worden klaarblijkelijk gerechtvaardigd door:

- de samenstelling waaronder de normen tot stand zijn gekomen, waardoor de normen in zekere mate representatief zijn voor de in de beroepsgroep geldende opvattingen;
- de bedoeling van de wetgever aangezien die op een specifiek punt expliciet ruimte heeft gelaten voor zelfregulering;
- het belang van rechtszekerheid in dit soort gevallen. [2036]

A-G Hartlief kwam eveneens tot gedeeltelijke honorering van de motiveringsklachten, doch via een zelfstandige uitleg van de wettelijke normen en de ongeschreven zorgplicht, die hij in navolging van de doctrine als resultaatsverbintenis van de grondroerder tot het lokaliseren van de

[2034] De conclusie van A-G Spier is voor verdere duiding niet behulpzaam nu hij concludeert tot verwerping van het beroep.

[2035] HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, *NJ* 2019/295, m.nt. Lindenbergh (*Liander/Grondroerder*), r.o. 3.7.2.

[2036] HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, *NJ* 2019/295, m.nt. Lindenbergh (*Liander/Grondroerder*), r.o. 3.6.2: *'(...) groot gewicht toe aan de richtlijn, die, zoals het hof heeft overwogen, is vastgesteld door een breed samengesteld, technisch geschoold gezelschap waarin zowel opdrachtgevers, (grotere) grondroerders als beheerders vertegenwoordigd waren. Aldus vormt de Richtlijn immers de weerslag van binnen de beroepsgroep geldende opvattingen omtrent zorgvuldig handelen. Ook bij de totstandkoming van de WION is gewezen op het belang van door de sector te maken afspraken (zie hiervoor 3.4.4). Bovendien is het voor de graafpraktijk van belang dat duidelijkheid bestaat over de wijze waarop de bij graafwerkzaamheden betrokkenen hun zorgplicht moeten naleven. De rechter dient daarom bij invulling van de zorgplicht in beginsel aan te sluiten bij de Richtlijn. Indien hij een daarvan afwijkende invulling van de zorgplicht wil geven, dient hij te motiveren welke omstandigheden rechtvaardigen dat in het concrete geval van de Richtlijn mocht worden afgeweken.'*

leiding/kabel kwalificeert,[2037] zonder daarbij dermate groot gewicht toe te kennen aan deze richtlijn. De aanpak van de Hoge Raad is echter toe te juichen, omdat deze concrete sturing geeft bij het bepalen van het gewicht van alternatieve normen voor de inhoud van het ongeschreven recht.

7.3.2.4 Nederlandse recht – feitenrechtspraak over normalisatienormen

227 Zorgplichten in het kader van gevaarzetting en normalisatienormen

De (lagere) rechtspraak waarin normalisatienormen een rol spelen ziet met name op de invulling van zorgplichten van anderen dan de producent in het kader van gevaarzetting. Deze rechtspraak laat een diffuus beeld zien.

Een van de weinige zaken die de Hoge Raad heeft gehaald waarin NEN-normen een rol speelden bij de invulling van zorgplichten was de zaak *Gemeente Losser/Kruidhof*.[2038] In cassatie stond de vraag naar de vergoeding van zorgkosten centraal en werd tegen de vaststelling van aansprakelijkheid geen middel meer gericht. Het ging in eerste aanleg en appel echter nog om de vraag of de school onrechtmatig zou hebben gehandeld. Het feitenrelaas is zeer bekend: de kleren van Johanna, destijds 11,5 jaar oud, hadden vlam gevat aan het gasfornuis tijdens de koffie- en theedienst op school toen zij uit het kastje boven het gasfornuis iets wilde pakken. Namens ouders en kind werd aangevoerd dat de keuken qua indeling niet zou voldoen aan de geldende NEN-norm voor keukens, NEN 3267, nu het gasfornuis niet was verzonken en een keukenkastje boven het fornuis was geplaatst. Het hof kwam eerst tot de volgende vaststelling (r.o. 4.6):

> 'De stelling van de gemeente dat de NEN-normen 3267 niet uit een oogpunt van veiligheid zijn ontworpen, moet naar het oordeel van het hof worden verworpen. Niet alleen blijkt het tegendeel uit de algemene toelichting bij die normen (overgelegd bij conclusie van repliek), maar ook uit de aard van deze normen blijkt dat zij mede zijn bedoeld om de veiligheid in de keuken zoveel mogelijk te waarborgen. Zij zijn weliswaar geen officiële, door de overheid opgestelde of gesanctioneerde dwingende voorschriften, maar bevatten richtlijnen en uitgangspunten voor de veiligheid in de keuken, voor welke veiligheid de school heeft in te staan.'

Vervolgens speelde de schending van de NEN-norm volgens het hof een rol bij de vraag of de in het leven geroepen situatie als gevaarscheppend was aan te merken (r.o. 4.7):

> 'Door het gasstel óp het aanrecht en onder een keukenkastje te plaatsen, heeft de school, in ieder geval voor kinderen een gevaarscheppende situatie in het leven geroepen. In die omstandigheden immers is het gevaar van vlam vatten als men iets uit dat kastje wil pakken, onaanvaardbaar groot, omdat de kans bestaat dat loshangende kleren te dicht bij de brandende gaspit komen. Dit geldt te meer

[2037] Overweging 3.40 en 3.42, Concl. A-G Hartlief.
[2038] HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (*Losser/Kruidhof*).

> indien kinderen van Johanna's leeftijd in de keuken werkzaam zijn, omdat het gasstel dan relatief (voor de kinderen) nog hoger geplaatst is.'

Omdat de school daarbij onvoldoende andere veiligheidsmaatregelen had getroffen om de veiligheid van de leerlingen te garanderen, zoals het houden van toezicht, had zij onrechtmatig gehandeld.[2039] Opvallend is dat het hof oordeelt dat een school voor de veiligheid van de keuken heeft in te staan, waarna het voor invulling van die veiligheid mede aansluit bij een NEN-norm die eerder geadresseerd lijkt aan keukenproducenten en -installateurs.[2040] Men kan zich afvragen of van een school verwacht mag worden dat deze op de hoogte is van NEN-normen over de veiligheid van keukens, iets dat niet de primaire taak van de school behelst. Gezien het oordeel lijkt dit irrelevant. De norm geeft klaarblijkelijk informatie over het objectieve veiligheidsniveau, waardoor deze norm ook werking krijgt jegens andere personen dan de primaire normadressaat. Vergelijk de Duitse benadering die de norm in verband brengt met *anerkannte Regeln der Technik* die iets zeggen over een objectief veiligheidsniveau. Een andere verklaring zou kunnen zijn dat het hof wellicht onbewust een vermoedelijke fout van een niet-ondergeschikte, namelijk de keukenleverancier of installateur aan wie de norm wél is geadresseerd, impliciet toerekent aan de school.[2041] Wat daar ook van zij, mijns inziens moet bij partijen anders dan degenen aan wie de norm is geadresseerd goed worden nagedacht over de rechtvaardiging voor het toekennen van privaatrechtelijke betekenis en het mechanisme dat daarvoor wordt gekozen. De schending van de norm lijkt in het onderhavige geval niet doorslaggevend voor de vaststelling van de schending van de zorgplicht: het is één van de omstandigheden die voor dit oordeel pleit. Wat nu indien de norm niet zou zijn geschonden en toch deze schade zou zijn ontstaan? Is het niet per definitie onbetamelijk om kinderen van 11,5 jaar binnen een onderwijsinstelling zonder toezicht met een gasfornuis te laten werken, aangezien een gasfornuis een gevaar op zich vormt en toezicht een minimale voorzorgsmaatregel is bij gebreke waarvan de onrechtmatigheid vaststaat? Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, zou de motivering daarbij moeten blijven en dienen niet-dragende omstandigheden wellicht niet bij de motivering te worden betrokken. Hier ziet de rechter zich geconfronteerd met een dilemma: de jurisprudentie van de Hoge Raad dwingt immers tot inachtneming van alle omstandigheden van het geval en de ernst van het ongeval maakt dat de rechter wellicht zoveel mogelijk munitie wil ter onderbouwing van de

[2039] R.o. 4.8 t/m 4.10.

[2040] Vgl. ook een geval van opstalaansprakelijkheid van de gemeente voor letselschade van een kind dat is gevallen in een pannakooi, waarbij de kantonrechter een NEN-EN-norm bij het oordeel betrekt die primair gericht is aan de producent van voetbalkooien, Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, *RVR* 2018/70 (*Pannakooi*)

[2041] Vgl. art. 6:170 lid 1 BW of art. 6:171 lid 1 BW. Ziet men de relatie tussen ouders, kind en school als een overeenkomst dan is maar de vraag of de keuken een hulpzaak zou kunnen zijn ex art. 6:77 BW, omdat kan worden betwijfeld of hij wordt gebruik bij de uitvoering van een verbintenis. Zie over de geschiktheid van het overeenkomstenrecht voor de onderwijsverhouding Voskamp 2018, p. 1 e.v.

onrechtmatigheid. Met het toekennen van betekenis aan normalisatienormen in relatie tot partijen waaraan die norm niet is gericht, moet mijns inziens behoedzaam worden omgegaan.

Uit de nationale jurisprudentie blijkt dat schending van NEN-normen vaak als extra argument ter onderbouwing van aansprakelijkheid wordt aangevoerd, maar slechts zelden een doorslaggevend argument is bij vaststelling van eventuele schending van een zorgplicht.[2042] Ook in de lagere jurisprudentie blijven rechters de *Kelderluik*-criteria tot uitgangspunt nemen, waarna ze de schending van een NEN-norm daarmee in verband brengen. Zo oordeelde de rechtbank Arnhem ten aanzien van een brand die was ontstaan op een dak in een door Giesbers Materieel verhuurde zwerfkast:

> 'Daarbij verdient het opmerking dat zelfs als vast zou komen te staan dat de betreffende zwerfkast niet is onderhouden conform NEN 3140 [toevoeging auteur: de norm voor controle van elektrische installaties], dit niet zonder meer betekent dat Giesbers Materieel onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvoor is vereist dat de mate van waarschijnlijkheid van brandschade als gevolg van verhuur van een zwerfkast die niet conform de norm NEN 3140 is onderhouden, zo groot is dat Giesbers Materieel zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van verhuur had moeten onthouden. Of dit het geval is, zal worden beoordeeld aan de hand van de antwoorden van de deskundige. Mocht in rechte vast komen te staan dat Giesbers Materieel ter zake onrechtmatig heeft gehandeld, dan heeft Reaal [toevoeging: de gesubrogeerde verzekeraar ten aanzien van het pand] slechts recht op schadevergoeding indien ook het causaal verband tussen het nalaten van onderhoud conform NEN 3140 en de brand vast komt te staan'.[2043]

Aldus wordt de NEN-norm telkens vertaald en ingepast in de privaatrechtelijke gedragsnorm.[2044]

Bij bouwwerkzaamheden speelt de geschonden norm een prominentere rol bij het vaststellen van de zorgplicht. Zo oordeelde het hof Den Haag over de vraag of dakbedekking deugdelijk was aangebracht door een onderaannemer dat een maatschappelijke verplichting bestond voor de onderaannemer dat de dakbedekking aan NEN 3850 zou voldoen,[2045] maar ook dat deze norm ziet op

---

[2042] Zie bijvoorbeeld HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2204, *NJ* 1998, 567 (*Bos/Althuisius, Bos/erven Althuisius*), waarin bij rechtbank en Hof het verweer wordt gevoerd dat een in bruikleen gegeven ladder gebrekkig is nu de bruikleengever de ladder in strijd met NEN-normen zelf heeft gerepareerd of door een derde zou hebben laten repareren.

[2043] Rb. Arnhem 22 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1090, r.o. 4.11. Zie ook Hof Arnhem 19 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9404 in het kader van een eigenschuld verweer in een geschil tussen twee kabeleigenaren op grond van vermeende gevaarzetting. Zie ook Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11552, r.o. 4.13:'

[2044] Vgl. ook Rb. Arnhem 12 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC7707. In NEN-normen zijn soms procedurevoorschriften voor veilig werken vervat, denk aan brandgevaarlijke werkzaamheden als slijpen. Volgens de Rechtbank Arnhem is ook los van de instructies in een NEN-norm, het slijpen zonder voorafgaand onderzoek naar brandgevaar, in het onderhavige geval onzorgvuldig, omdat betrokkene alternatieve en minder brandgevaarlijke mogelijkheden had moeten onderzoeken.

[2045] Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8168, *RAV* 2009,29, r.o. 14: '*Voormolen had immers, als redelijk bekwaam en er redelijk handelend dakdekker, een zelfstandige (maatschappelijke)*

de voorkoming van een specifiek gevaar (schade aan een dakconstructie door windbelasting), alsmede dat deze norm niet alleen strekt tot bescherming van de belangen van de bij de overeenkomst van onderaanneming betrokken partijen, maar ook de belangen van derden als de eigenaar van het pand. Voor de toepasselijkheid van de norm sluit het hof aan bij het deskundigenbericht.[2046]

Het temporele toepassingsbereik van normalisatienormen wordt veelal gerespecteerd indien van een actor niet een hoger kennisniveau dan kennis van technische normen mag worden verwacht.[2047]

Bij veiligheidsnormen in de vorm van NEN-normen hoeft overigens niet altijd te worden gedacht aan fysieke veiligheid. Ook kan worden gedacht aan digitale veiligheid in de zin van art. 13 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), zo blijkt uit een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof gebruikt NEN 7512 om dit artikel uit de Wbp nader in te kleuren ter beantwoording van de vraag of het elektronisch patiëntendossier onrechtmatig, want onvoldoende veilig is. Dat NEN 7512 de Wbp nader invult, stond tussen partijen vast. Het dossier kan echter de toets aan de NEN-norm doorstaan. Ook andere omstandigheden kunnen niet tot onveiligheid en dus onrechtmatigheid leiden.[2048]

Het bevreemdt overigens niet dat een kort geding naarmate het feitenrelaas bij gevaarzetting in relatie tot normen complexer wordt, zich minder leent voor uitgebreide discussies over normalisatienormen en de toepassing ervan.[2049]

228 Zorgplichten van kabel- en leidingbeheerders

Met enige regelmaat wordt, nadat schade is ontstaan aan kabels of andere opstallen op de openbare weg door onzorgvuldig handelen, betoogd dat de leidingbeheerder in strijd met de NEN-normen een leiding of verdeelkast op

---

verplichting om ervoor te zorgen dat de door haar aan te brengen dakbedekking op zodanig deugdelijke wijze werd aangebracht dat deze aan de veiligheidseisen van NEN-norm 3850 zou voldoen. Bijzondere omstandigheden die een uitzondering op deze zorgplicht kunnen rechtvaardigen, zijn gesteld noch gebleken. Het enkele feit dat er na de onderhavige storm een brochure op de markt is verschenen waarin de gevolgen van storm worden geëvalueerd en waarin wordt geadviseerd ten aanzien van de wijze waarop dakbedekking moeten worden aangebracht, is onvoldoende. Zoals reeds eerder is overwogen, moet er in dit geding van uit worden gegaan dat NEN-norm 3850 ten tijde van de onderhavige werkzaamheden van Voormolen in elk geval al bestond. Voormolen behoorde naar het oordeel van het hof, als redelijk bekwaam dakdekker, in voldoende mate kennis van die norm te hebben. Dit betekent ook dat, anders dan Voormolen meent, zij niet slechts rekening diende te houden met de (contractuele) normen die hoofdaannemer Hijbeek aan de door Voormolen uit te voeren werkzaamheden stelde.'

[2046] Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8168, *RAV* 2009,29, r.o. 18.

[2047] Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1301, r.o. 3.9 over de beoordeling van een anti-sliplaag op tegels in een toilet van een tankstation die de oorzaak zouden zijn van een val, waarvoor de eigenaar van het tankstation aansprakelijk wordt gehouden. Ten tijde van het ongeval waren nog geen NEN-normen beschikbaar, maar wel een zogeheten Nederlands Technische Afspraak c.q. protocol. Het hof acht de enkele schending van dit protocol echter onvoldoende voor onrechtmatigheid en loopt verder de *Kelderluik*-criteria af.

[2048] Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1697, r.o. 17. Eerste aanleg: Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3097

[2049] Vgl. Rb. Limburg 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8581, r.o. 4.2.1.

een bepaalde plek heeft aangebracht.[2050] In een arrest van het hof Arnhem werd de aansprakelijkheid van NUON voor brandschade ontstaan door kortsluiting in een van haar kabels aan andere kabels van KPN gestoeld op art. 6:174 lid 1 BW. NUON verweerde zich door te stellen dat KPN zelf onzorgvuldig zou hebben gehandeld door haar kabels in strijd met NEN-normen 1738 en 1739 (legvoorschriften) te dicht bij de NUON kabels te leggen.[2051] Volgens het hof vormen deze NEN-normen een referentiekader voor de door leidingbeheerders te betrachten zorgvuldigheid, maar daarmee is nog niet gegeven dat de tussen leidingbeheerders in het maatschappelijk verkeer te betrachten zorgvuldigheid meebrengt dat de in de NEN-normen voorgeschreven afstanden zonder meer moeten worden nageleefd. Een en ander hangt volgens het hof af van alle omstandigheden van het geval en van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de verweten gedragingen of nalatigheden, waarbij het hof aansluit bij de *Kelderluik*-factoren, namelijk:

> 'de hoegrootheid van de kans op schade bij het niet naleven van de in de NEN-normen voorgeschreven afstanden, de ernst van de schade en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen ter voorkoming van schade. Daarbij moet het gevaar voor KPN kenbaar zijn geweest.'[2052]

Aangezien KPN ten aanzien van deze overige omstandigheden onvoldoende had gesteld, concludeert het hof tot instandhouding van het vonnis in eerste aanleg. Het resultaat was honderd procent aansprakelijkheid van NUON.[2053] Zie voor leidingschades voorts het arrest van de Hoge Raad als besproken onder nr. 226.

[2050] Zie bijvoorbeeld een arrest van het Hof Arhem-Leeuwarden over het raken van een verdeelkast in een berm bij maaiwerkzaamheden. Het hof komt tot de conclusie dat, mocht de NEN-norm van toepassing zijn, deze in de gegeven omstandigheden in ieder geval niet is geschonden. De overige omstandigheden kunnen evenmin tot onzorgvuldigheid leiden, Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6308. Zie ook Rb. Noord-Nederland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3827.

[2051] Hof Arnhem 19 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9404. Zie ook de uitspraak in eerste aanleg bij dit arrest Rb. Zutphen 23 juni 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AP8627. Zie voor een niet-succesvol eigenschuldverweer op grond van NEN-normen nu een kabelbeheerder onvoldoende zou hebben gewaarschuwd voor de aanwezigheid van een elektriciteitstation in een container die bij wegwerkzaamheden van zijn plaats is geraakt waardoor kortsluiting is ontstaan, Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5256

[2052] R.o. 4.14.

[2053] Vgl. een geschil over de te verwachten diepte van olieleidingen in verband met een leidingschade in cassatie, HR 12 april 2004, ECLI:NL:HR:2002:AD9112, *JBO* 2005/341, r.o. 5.3: '*Het Hof heeft niet miskend dat het bij de Pijpleidingcode en de NEN-norm gaat om niet-bindende regels en evenmin dat deze code en norm niet betrekking hebben op een situatie als hier aan de orde. Uit de onder meer in 1992 noodzakelijk geachte revisie van de Pijpleidingcode en de daarin voor diepteligging gestelde norm kon en mocht het Hof echter afleiden, dat op grond van voortschrijdende kennis omtrent en inzicht in de gevaren van het transport van gevaarlijke stoffen en de noodzaak tot bescherming van het milieu, waaronder het grondwater, in de huidige tijd andere (zwaardere) eisen worden gesteld aan diepteligging van HD-leidingen dan in de tijd van aanleg van de onderhavige leiding. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering.*'

229 Opstalaansprakelijkheid en normalisatienormen

De rechtbank Dordrecht oordeelt ten aanzien van een ongeval waarbij een kind met zijn hand door het glas van een deur is gegaan, dat het niet-voldoen van het glas aan de NEN-norm niet doorslaggevend is voor gebrekkigheid:

> 'Voor een verplichting tot het gebruik van veiligheidsglas bestaat – zoals de Woningstichting terecht heeft aangevoerd – geen wettelijke grondslag. Dienaangaande bestaat wel NEN 3569, maar naleving van deze norm is, anders dan bij sommige andere NEN-normen, niet dwingendrechtelijk voorgeschreven.'

Indirecte toepassing volgt evenmin:

> 'Anders dan zou volgen uit de stellingen van [eiser] maakt het enkele feit dat NEN 3569 als de huidige norm ("state of the art") voor de toepassing van veiligheidsbeglazing zou hebben te gelden, niet dat van deze norm afwijkend glas in een voordeur per definitie gebrekkig is. Temeer niet nu de opstal, meer specifiek (het glas in) de voordeur, blijkens de onbetwist gelaten stelling van de Woningstichting, voldoet aan de in het Bouwbesluit 2003 gestelde vereisten voor bestaande bouw. In het Bouwbesluit 2003 worden geen specifieke eisen gesteld voor de toepassing van (veiligheids-)glas.'[2054]

Andere omstandigheden waren door eiser niet gesteld. Ten aanzien van een vergelijkbaar incident, maar dan in een roc waarbij een student met zijn vuist door een klapdeur gaat, komt een rechtbank op grond van de omstandigheden van het geval tot een ander oordeel:

> 'De rechtbank is van oordeel dat bij dergelijke grote hoeveelheden, volgens ROC Rijn IJssel 'veelal volwassen', maar kennelijk deels dus nog minderjarige, leerlingen die de klapdeur passeren niet onwaarschijnlijk is dat een van hen niet de benodigde oplettendheid en voorzichtigheid in acht neemt en dat daaruit een ongeval ontstaat waarbij glas in de klapdeur breekt. Feit van algemene bekendheid is voorts dat 'normaal' (float)glas breekbaar is en bij breuk scherpe scherven kan opleveren die, mogelijk ernstige snijverwondingen kunnen veroorzaken. ROC Rijn IJssel heeft voorts de stelling van [eiser] dat het voorzien van de klapdeur van veiligheidsglas niet zeer bezwaarlijk is niet gemotiveerd betwist.'[2055]

Het naleven van wettelijke voorschriften en/of normalisatienormen is uiteraard geen verweer tegen gebrekkigheid in de zin van art. 6:174 lid 1 BW indien de norm niet rekening houdt met een gevaar zoals dat zich in de praktijk heeft verwezenlijkt.[2056] Het ging in die zaak om een ongeval met een roltrap: een kind was beklemd geraakt in het gat tussen de draaiende leuning van de

[2054] Rb. Dordrecht 9 december 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6932, *JA* 2010/24, r.o. 4.3 en 4.4.
[2055] Rb. Gelderland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4565, r.o. 4.3.
[2056] Hof Amsterdam 24 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL4918, r.o. 3.1 onder c. alsmede 3.8 en 3.9. Zie ook deze zaak in eerste aanleg, Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558, zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 192.

trap en de vloer, met letsel tot gevolg. In die zaak werd gebrekkigheid aangenomen ondanks dat de NEN-norm was nageleefd.

Gaat het om een NEN-norm die juist expliciet rekening houdt met een bepaald risico, dan komen aan de daarin verdisconteerde risicoanalyse en het gekozen risicomanagement onder omstandigheden groot gewicht toe. Een zaak bij de rechtbank Den Haag zag op een ongeval op een schoolplein met een speeltoestel bestaande uit blokken tot maximaal 50 centimeter hoog waar kinderen van de ene steen naar de andere kunnen springen, waaronder geen rubberen tegels of andere valbescherming was aangebracht. De rechtbank oordeelde dat deze *stepping stones* niet gebrekkig zijn in de zin van art. 6:174 BW indien zij aan de NEN-normen voldoen, omdat daarin een *risk/benefit*-afweging is gemaakt, waarbij de kans om aanvaardbare risico's aan te gaan als onderdeel van een stimulerende leeromgeving onder meer als baten werden gezien.[2057] Aangezien in de NEN-normen ook het risico op springen was verdisconteerd, de vergelijking met het plaatsen van matten tijdens de gymles volgens de rechtbank niet opging en er geen sprake was van andere omstandigheden op grond waarvan bijzonder toezicht moest worden gehouden, was de opstalbezitter volgens de rechtbank niet aansprakelijk.[2058] Door de *risk/benefit*-overwegingen die aan de norm ten grondslag liggen in de motivering te betrekken, krijgt de motivering scherpte en wint deze aan overtuigingskracht.

In de zaak over een ongeval met een brede familiewaterglijbaan in een zwembad – die reeds onder nr. 229 aan de orde kwam voor wat betreft het productaansprakelijkheidsdeel – staat het voldoen van de glijbaan van de producent aan de NEN-EN 1069-1 niet aan gebrekkigheid van de opstal in de weg. De gebrekkigheid was hier volgens de rechtbank gelegen in het gebrekkige toezicht door de opstalbezitter, met name door niet vanaf het platform bovenaan de glijbaan maar slechts vanaf de kant toezicht te houden.[2059] Deze zaak roept overigens wel de vraag op in hoeverre het meenemen van deze gedragingen van de opstalbezitter zich verhoudt tot art. 6:174 lid 1 BW en het gebrekkigheidscriterium, en of art. 6:162 lid 1 BW niet

[2057] Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167, r.o. 4.6: '*In die NEN-normen zijn blijkens de inleiding op die normen de kenmerken van kinderspel en de daaraan verbonden risico's verdisconteerd met daarin een balans tussen enerzijds de kans voor kinderen om aanvaardbare risico's aan te gaan als onderdeel van een stimulerende, uitdagende en gecontroleerde leeromgeving en anderzijds de noodzaak het kind te vrijwaren van ernstig letsel. (...) Blijkens de toepasselijke NEN-normen is in het geval van speeltoestellen met een vrije valhoogte tot maximaal 60 cm, en die geen gedwongen beweging van het lichaam van de gebruiker veroorzaken, geen valdempende ondergrond vereist. Speeltoestellen met een gedwongen beweging, waarbij altijd een valdempende ondergrond aanwezig moet zijn die geschikt is voor een valhoogte van minimaal 100 cm zijn schommels, wippen, veertoestellen, draaitoestellen, kabelbanen en de uitloop van glijbanen. De genoemde eisen werden blijkens de overgelegde informatie van de website "allesoverspelen", onderdeel van de website www.veiligheid.nl als acceptabel gezien omdat de europese normcommissie wilde vermijden dat overal speciaal bodemmateriaal moet worden aangebracht.'*

[2058] R.o. 4.7-4.8. De vordering op grond van art. 6:162 lid 1 BW e.v., mede jegens de exploitant van de school, slaagt evenmin.

[2059] Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055, *VR* 2018/110, r.o. 5.18

een passendere grondslag is in dit soort situaties. (NB: Volgens de rechtbank is aan de vereisten van beide grondslagen voldaan.)[2060]

De rechtbank Oost-Brabant oordeelt over een geval waarin een vrouw van een buiten-fitnessapparaat in een park is gevallen en een dwarslaesie heeft opgelopen, dat de stelling van gelaedeerde dat ondanks conformiteit met de geldende normen er extra voet- en rugsteunen als veiligheidsmaatregelen hadden moeten worden geplaatst, niet kon worden gevolgd. Er zou onvoldoende duidelijk zijn gemaakt in hoeverre zulke maatregelen gebruikelijk zijn, zeker nu het gaat om een openlucht apparaat waaraan andere eisen op het punt van onderhoud en duurzaamheid kunnen worden gesteld dan een sportschoolapparaat, bijvoorbeeld dat deze 'hufter proof' is. Ook hier wordt de conformiteit aan normen dus aan de *Kelderluik*-criteria gerelateerd.[2061]
Ook bij andere kwalitatieve aansprakelijkheden zoals bij mijnbouwschade ex art. 6:177 BW kunnen NEN-normen een rol spelen bij de beoordeling van de constructieve veiligheid van woningen en het bestaan van ernstige en onmiddellijke dreiging in de zin van art. 6:184 lid 1 sub a BW.[2062]

230 Werkgeversaansprakelijkheid en normalisatienormen

In de praktijk wordt bij de beoordeling van de geschiktheid van arbeidsmiddelen door de rechter soms het criterium gebruikt of deze 'voldoen aan de eisen die uit veiligheidsoogpunt daar redelijkerwijs aan konden worden gesteld, gelet op de stand van de wetenschap en techniek'. Hierbij is het al dan niet voldoen aan EN-normen een van de relevante omstandigheden, naast verdere veiligheidskeuringen en dergelijke.[2063] Voldoet een bureaustoel niet aan de NEN-normen, dan is dit een van de omstandigheden die bijdragen aan het oordeel dat de werkgever zijn zorgplicht niet in acht heeft genomen ten aanzien van het voorkomen van RSI.[2064] Een NEN-norm kan alleen relevant zijn

[2060] Als gezegd komt het *Kelderluik*-gezichtspunt 'welke onderhouds en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn' terug in *Wilnis* waar toezicht onder valt te scharen, maar het past wellicht niet bij de ratio van de aansprakelijkheid aangezien het geven van mondelinge waarschuwingen en toezicht op het gebruik van een object meer op het gedrag van de laedens ziet (lees: art. 6:162 lid 1 BW) en niet de veiligheid van het object sec (art. 6:174 lid 1 BW). Voor wegbeheerdersaansprakelijkheid voor op de weg aanwezige, doch daar niet toe behorende objecten heeft de HR inmiddels geoordeeld dat dat geen gebreken zijn ex art. 6:174 lid 1 BW, HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283. Zo zullen zich, zoals al door diverse auteurs is opgemerkt, naar verwachting meer zaken aandienen die om nadere uitwerking van *Wilnis* vragen door de HR.
[2061] Rb. Oost-Brabant 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4414, r.o. 4.7. Bij de beoordeling van gemeentelijke aansprakelijkheid voor onvoldoende algemeen preventief toezicht op opstallen die in strijd met de NEN-normen zijn, wordt rekening gehouden met de gebruikelijke beleidsvrijheid en de vraag of de gemeente zelf het gevaar in het leven heeft geroepen. Zie Rb. Gelderland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2014:8176, *JA* 2015/25, r.o. 4.7, aangaande de val van een persoon in een bouwput die was afgesloten met een tijdelijk hek terwijl het hek langer ter plaatse zou blijven en volgens de NEN-normen daarom aan strengere eisen diende te voldoen. Is de gemeente zelf opstalbezitter of wegbeheerder, dan kunnen NEN-normen mede en rol spelen bij de beoordeling van gebrekkigheid. Zie Hof Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5222, r.o. 3.3.4; Rb. Zeeland-West Brabant (Ktr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:941, *RVR* 2018/70 (*Pannakooi*), r.o. 3.7.
[2062] Rb. Noord-Nederland (vrz.) 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2977.
[2063] Hof ´s-Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1437, r.o. 4.13 en 4.20. Vgl. Rb. Zeeland-Westbrabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2163.
[2064] Hof 's-Gravenhage 1 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU1864, r.o. 11.2.

indien deze ook daadwerkelijk iets regelt ten aanzien van het voor de werknemer aanwezige risico.[2065]

NEN-normen waarnaar in de Arbowet wordt verwezen zijn minimumnormen, aldus hof Leeuwarden, in een zaak over een ladder waar een glazenwasser vanaf is gevallen. Bovendien is de NEN-norm van toepassing op ladders in het algemeen, maar niet toegesneden op gebruik van een ladder in een bijzonder geval, waardoor naleving van de NEN-normen niet altijd naleving van de algemene eisen van het Arbobesluit met zich brengt.[2066] Over een wasmachine met chemische middelen die voldeed aan de toepasselijke EN-normen oordeelde het hof dat de werkgever toch onzorgvuldig heeft gehandeld aangezien vast was komen te staan dat een aanpassing de machine naar alle waarschijnlijkheid nóg veiliger zou hebben gemaakt,[2067] hetgeen de eerder aangegeven samenhang tussen arbowetgeving en productveiligheidsrecht illustreert als het gaat om machineveiligheid. Uit het oordeel blijkt echter niet expliciet dat het hof zich rekenschap heeft gegeven van de overige *Kelderluik*-factoren.[2068]

231 Zorgplicht van anderen dan de producent buiten gevaarzetting en normalisatienormen

Niet alle NEN-normen zijn veiligheidsnormen. In een zaak over stankhinder ex art. 5:37 BW door een pluimveebedrijf liet de Hoge Raad een oordeel van het hof in stand, dat was gebaseerd op een rapport van een deskundige waarin het feitelijke geurniveau was berekend naar 'objectieve maatstaven volgens recente inzichten'. De deskundige had daarbij gebruikgemaakt van de NVN 2818 norm, een zogeheten voornorm of ontwerp-NEN-norm, vooruitlopend op het toen nog niet voor het pluimveebedrijf geldende wettelijk toetsingskader van de Wet geurhinder en veehouderij (Wgv), op grond waarvan de geuroverlast werd vastgesteld op niveau 'onaangenaam' tot 'zeer onaangenaam'.[2069]

NEN-normen met geluidslimieten kunnen van toepassing zijn ter beoordeling van geluidshinder tussen buren indien en voor zover deze van toepassing zijn in het concrete geval. Volgens het hof Den Haag maakt het feit dat het een oud pand betrof en het splitsingsreglement evenmin melding maakte van de norm, dat niet tot onrechtmatige hinder op grond van

[2065] Rb. Gelderland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5786, r.o. 4.8.
[2066] Hof Leeuwarden 3 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4480, *JAR* 2009, 74, r.o. 20.
[2067] Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4164, *JA* 2006/95, *VR* 2007/38, r.o. 4.4.4.
[2068] Zie eerdergenoemd arrest HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *JAR* 2005/287 (*Bayar/Wijnen*), r.o. 3.3.2.
[2069] HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106. A-G Langemeijer, die eveneens in deze zin concludeert, wijst hierbij (onder 2.11 en 2.12) op HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1058, *NJ* 2001/420, m.nt. T. Koopmans, *RvdW* 2001/83 (*Luchthaven Soesterberg*). Vgl. ook Hof ´s-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5073, r.o. 6.22 waarin appellanten het naleven van een NEN-norm bij het aanleggen van een hemelwaterafvoer gebruiken om aan te tonen dat geen sprake meer is van hinder ex art. 5:52 BW (gebrekkige afwatering) ook al is de norm volgens appellanten strikt genomen alleen van toepassing bij nieuwbouw, waarna het Hof deze norm eveneens als richtsnoer neemt (6.29).

schending van de NEN-norm kan worden geconcludeerd.[2070] Ten aanzien van hinder in de zin van ontnemen van zonlicht concludeerde de voorzieningenrechter te Maastricht:

> 'Zelfs als juist zou zijn dat de NEN-norm is gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek en wordt gebruikt door gemeenten en de (bestuurs)rechter –het antwoord kan in het midden blijven –, oordeelt de voorzieningenrechter dat wanneer voormelde normen worden overtreden, dit nog niet automatisch betekent dat er sprake is van onrechtmatige hinder.'[2071]

NEN-normen die meetinstructies bevatten worden soms indirect gebruikt ter onderbouwing van de aansprakelijkheid van een makelaar jegens de bank, onder meer voor onjuist opgeven van de maten van een woning, waarna de laatste op basis van een onjuist taxatierapport een te hoge lening in relatie tot het verhypothekeerde heeft verstrekt.[2072] Zoals hiervoor besproken (nr. 145) accepteert Hoge Raad evenwel – anders dan A-G Valk – dat de norm direct wordt gebruikt ter invulling van de betamelijkheid jegens kopers, daar waar het een NVM-makelaar betreft, nu de NVM de meetinstructie verplicht heeft gesteld en potentiële kopers daaraan vertrouwen kunnen ontlenen.[2073]

NEN-normen worden ten slotte soms aangevoerd in geschillen over intellectuele eigendom,[2074] bijvoorbeeld als verweer tegen de stelling dat een ontwerp een onrechtmatige inbreuk zou opleveren omdat de kenmerken van

[2070] Hof 's-Gravenhage 8 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3091, r.o. 14.
[2071] Rb. Maastricht 18 augustus 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY8418, r.o. 3.6.1.
[2072] Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5843, r.o. 2.5.
[2073] Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, *NJF* 2017/120 en daarop volgend HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*NVM, Meetinstructie*), voor aansprakelijkheid van de makelaar jegens de koper. In deze laatste zaak ligt de nadruk op het feit dat het een NVM-makelaar betreft en NVM als beroepsorganisatie de NEN-norm verplicht heeft gesteld. Zie anders en geen relatie met voorgaande zaak, Rb. Noord-Nederland 21 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11289 en Rb. Amsterdam 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8388. Zie ook, in lijn met de HR, Rb. Rotterdam 7 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10074.
[2074] Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8116, r.o. 4.28 t/m 4.31. De zaak is ook in appel en cassatie behandeld, doch in die instanties speelden NEN-normen geen rol (meer), zie o.a. HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:510 (art. 81 RO).

het ontwerp zijn ingegeven door NEN- of arbonormen[2075] of als verweer bij slaafse nabootsing.[2076]

Over het eerdergenoemde risico op marktafscherming door middel van normalisatienormen met daarin gepatenteerde technieken, dat in de literatuur wordt genoemd (nr. 101), lijkt vooralsnog niet te worden geprocedeerd in Nederland.

7.3.2.5 Nederlands recht – betekenis voor de hier onderzochte rechtsverhoudingen

232 Productaansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW: reflexwerking

Om de betekenis van productnormen voor normstelling voor de producent en andere marktdeelnemers via het ongeschreven recht te kunnen bepalen, moet eerst helder zijn welke ongeschreven normen voor deze actoren gelden en aan de hand van welke gezichtspunten deze worden vastgesteld. Het privaatrechtelijke beoordelingskader – kort gezegd: *Kelderluik* of reflexwerking met toerekenbaarheid krachtens schuld – is niet altijd even helder.

[2075] Rb. Arnhem (vrz.) 9 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4917, over het ergonomisch ontwerp van een bureau, r.o. 9: '*Eltink voert aan dat het nog maar de vraag is of de (eventuele) auteursrechten op de asymmetrische lijnen aan achterkant en zijkant maar ook aan de voorzijde (het computerblad) bij Brink rusten. Zij heeft daartoe enkele foto's van andere producenten overgelegd die ook asymmetrische, schuin aflopende zijden vertonen. De schuin aflopende uitsparing aan de voorzijde zou zijn ingegeven door arbo- en NEN-normen. Na bestudering van deze foto's is de voorzieningenrechter van oordeel dat hiermee onvoldoende aannemelijk is geworden dat het ontwerp 'Contour' van Brink niet meer oorspronkelijk dus auteursrechtelijk beschermd is, omdat de schuine, asymmetrische zijden in al deze bureaus van andere fabrikanten anders verlopen (terwijl ze ook aan arbo-eisen moeten voldoen) en ook niet bekend is of deze werken van eerdere datum zijn dan de 'Contour' bureaus van Brink.'* Zie ook het Hof Amsterdam r.o. 3.4.2 alsmede de A-G in cassatie in de *Stokkestoel*-procedure, Conclusie Parket Hoge Raad van 22 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY1529 (*Stokke stoel*), overweging 5.18 van de conclusie. De NEN-EN 1887 wordt door de wederpartij van Stokke aangehaald als één van de omstandigheden ter onderbouwing van het argument dat bepaalde aspecten van het ontwerp zijn ingegeven door functionaliteit (veiligheid voor kinderen) en niet zijn gebaseerd op creatieve keuzes van de eerdere ontwerper. Zie voor een geschil over een mogelijk auteursrecht op bestekken, Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4029.3.3.: '[*gedaagde] voert gemotiveerd verweer. Hij bestrijdt in de eerste plaats dat de bestekvoorwaarden in de Bestekken van Vendrig auteursrechtelijk beschermd zijn. Het gaat volgens [gedaagde] om technische specificaties die regelrecht voortvloeien uit toepasselijke regelgeving en voorschriften, meestal gebaseerd op NEN-normen en ISO-normen. Van oorspronkelijke werken is daarom geen sprake volgens hem.* Hierover oordeelt de rechtbank: *4.2. De bestekvoorwaarden beslaan in de overgelegde Bestekken van Vendrig tussen de 22 en 33 bladzijden. In de overwegingen 2.5 tot en met 2.8 heeft de rechtbank, bij wijze van voorbeelden, een kleine selectie gemaakt van de teksten in die bestekvoorwaarden. Vendrig heeft onweersproken gesteld dat de bestekvoorwaarden geen letterlijke herhaling van de toepasselijke wet- en regelgeving zijn. In die voorwaarden is – naar de rechtbank aanneemt – wel wet- en regelgeving verwerkt. Dat neemt echter niet weg dat de maker bij zijn woordkeus, zinsconstructies, volgorde van behandelde onderwerpen en indeling persoonlijke keuzes heeft gemaakt. (...) Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de door [gedaagde] gebruikte bestekvoorwaarden uit de Bestekken van Vendrig auteursrechtelijk beschermd zijn.'*

[2076] HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, *NJ* 2011, 302 (*Lego*), r.o. 3.5.2: '*Dat een bij afnemers van de producten bestaande behoefte aan standaardisatie een rechtvaardiging kan zijn voor het verwarringwekkend nabootsen van een product, zoals reeds was beslist in HR 12 juni 1970, AC2520, AB7836, 1970/434, brengt niet mee dat bij de aanwezigheid van een dergelijke behoefte op de nabootser niet langer de in HR 1 december 1989, nr. 13682, te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door de als gevolg van de aanpassing aan de standaard bestaande gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt. Beslist is slechts dat gevaar voor verwarring niet in de weg staat aan rechtmatige nabootsing, indien de zojuist genoemde verplichting is nageleefd.'*

De schuldaansprakelijkheid van de producent jegens de gebruiker voor letselschade en schade aan andere zaken was voor invoering van de Richtlijn Productaansprakelijkheid onder de maatschappelijke betamelijkheid reeds tot ontwikkeling gekomen (artikel 1401 oud BW), thans art. 6:162 lid 2 BW). Productaansprakelijkheid was een bijzondere toepassing van het gevaarzettingsleerstuk (*Moffenkit* en *Lekkende Kruik*).[2077]

In de aanloop naar de invoering van de richtlijn is bij de uitleg van deze zorgvuldigheidsnorm op de invoering van de richtlijn door een hof geanticipeerd in de *Halcion*-zaak. Het hof gebruikte in deze zaak voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het in het verkeer brengen van een medicijn tegen slapeloosheid met bijwerkingen het Europese gebrekkigheidscriterium. Hiertegen kwam producent Upjohn op, stellende dat het hof de gevaarzettingsmaatstaf had moeten hanteren nu de richtlijn temporeel niet op het geval van toepassing was. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof de gevaarzettingsmaatstaf in feite had toegepast.[2078] De beoordeling in *Halcion* behelsde mede een *risk/benefit* analyse; het hof woog het risico op ernstige bijwerkingen van het medicijn af tegen het positieve effect van het middel, te weten het bestrijden van de (door het hof niet ernstig geachte) kwaal van slapeloosheid. Dit oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten. In het licht van het betoog onder nr. 181 bevreemdt het niet dat ik deze aanpak toejuich, net als het gegeven dat het hebben van een vergunning de producent niet kon baten (vgl. nr. 178). Mijns inziens komt aan het naleven van productnormen in die omstandigheden wel groot gewicht toe, maar draagt de producent een verzwaarde motiveringsplicht (vgl. nrs. 184 en 213). Overigens achtte het hof voor de verwijtbaarheid mede van belang in hoeverre Upjohn met de mogelijke bijwerkingen bekend was.[2079]

[2077] HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)*). Zie toegespitst op productaansprakelijkheid: HR 2 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6726, *NJ* 1973, 315 (*Lekkende Kruik I*). Op grond van het arrest HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*) werd wel aangenomen dat voor onrechtmatigheid bijkomende omstandigheden nodig waren naast het enkele in het verkeer brengen van een gebrekkig product dat schade veroorzaakt om tot onrechtmatigheid te komen. Deze lijn is later echter losgelaten; zie onder meer HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), r.o. 4.4.2. Het arrest HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982, 614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natronloog*) wordt ook wel in deze lijn genoemd, doch dat zou ik niet als nationale productaansprakelijkheid kwalificeren aangezien de laedens geen deel uitmaakte van de handelsketen.

[2078] HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/652 (*Upjohn/Van Ommeren - Halcion*), r.o. 4.4.2: '*De klachten falen omdat het hof deze norm* [toevoeging: de gevaarzettingsmaatstaf] *in feite heeft toegepast. Het hof heeft — slechts in zoverre de maatstaf van de EEG richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid gebruikende — geoordeeld dat een geneesmiddel gebrekkig is 'wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen'. Dit oordeel is juist.'*

[2079] R.o. 4.4.2 vervolg: '*Daarbij heeft het hof — zoals uit de verdere overwegingen van het arrest blijkt — alle omstandigheden die in de door de onderdelen bedoelde norm worden genoemd in aanmerking genomen: de door Upjohn gestelde geringe frequentie van die ernstige bijverschijnselen enerzijds (r.o. 17), het bestaan van ongevaarlijke andere slaapmiddelen anderzijds (r.o. 5), en de produktinformatie (r.o. 8). Voor de aansprakelijkheid als zodanig heeft het hof, aldus de Hoge Raad, niet de maatstaf van de richtlijn aangehouden, maar onderzocht of een onrechtmatige daad is gepleegd door het middel op de wijze als zij heeft gedaan in het verkeer te brengen, waarbij het hof voor wat betreft de verwijtbaarheid met name van belang heeft geacht in hoeverre Upjohn met de mogelijke ernstige bijwerkingen bekend was.'* Zie voor kritiek op deze laatste zinsnede, Bolt & Spier 1996, p. 239 en 242.

Door de Hoge Raad werd op het *Halcion*-arrest, de daarin gehanteerde invulling van de betamelijkheid aan de hand van de gebrekkigheid en het gemaakte onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld, in verschillende daaropvolgende arresten voortgebouwd. De Hoge Raad oordeelde in *Du Pont/Hermans* en *Koolhaas/Rockwool* dat het in het verkeer brengen van een product dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was schade veroorzaakt, onrechtmatig is (later ook bekend als het *Du Pont*-criterium).[2080]Het ging in beide zaken om schade aan andere zaken van professionele gebruikers, hetgeen niet onder het materiële toepassingsbereik van de richtlijn viel.[2081] Schuld bleef vereist, doch uit het *Du Pont*- arrest werd een verzwaarde motiveringsplicht ter betwisting ervan voor de producent afgeleid.[2082]

De letterlijke bewoordingen van het *Du Pont*-criterium strekten verder dan het gebrekkigheidscriterium uit de richtlijn en het werd daarom terecht bekritiseerd.[2083] In de literatuur werd aangenomen dat het klaarblijkelijk de bedoeling van de Hoge Raad was om de onrechtmatigheid in B2B-rechtsverhoudingen op gelijke wijze in te vullen als de gebrekkigheid onder de richtlijn: zogeheten *reflexwerking*.[2084] Reflexwerking[2085] of *spill over effect*[2086]van EU-consumentenrecht komt wel vaker voor. Het is een niet door EU-recht opgelegde keuze van de nationale rechter om open normen van privaatrecht buiten het materiële toepassingsbereik van het EU-instrument naar analogie met EU-recht te interpreteren, soms ook in andere

---

[2080] '*Ook naar het in 1982 geldende recht ishet in het verkeer brengen van een produkt dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het (...) bestemd was, schade veroorzaakt als hier aan de orde is* [toevoeging GV: namelijk aan andere zaken doch voor professioneel gebruik]*, onrechtmatig.'*

[2081] HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.4 en 3.5 zoals herhaald in HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, *NJ* 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*), r.o. 3.4, waarin de zinsnede 'als hier aan de orde' alleen niet meer terugkomt: Duyvensz 2010,p. 660. In dat laatste arrest merkte de Hoge Raad verder op dat dit criterium ook onder het recht na 1992 geldt. Deze regeling moet volgens de Hoge Raad in dat arrest geen uitzondering lijden op grond van de enkele omstandigheid dat het om een halffabrikaat (steenwol) gaat en dat het product niet in absolute zin ongeschikt is gebleken voor het door de rechtstreekse afnemer beoogde doel.

[2082] *Du Pont/Hermans*, R.o. 3.5. Zie Dommering-van Rongen 2000, p. 33 en 34 onder verwijzing naar Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 118, zoals ook aangehaald door Keirse 2015a, p. 157 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/258. Zie anders Giesen 2001, p. 232.

[2083] Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/259 in navolging van annotator Bloembergen bij HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, *NJ* 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*), mede nu systeemschade bij tabak en geneesmiddelen hier naar de letter van het criterium ook onder vallen. Zij pleitten voor het aansluiten bij het richtlijncriterium, hetgeen het hof deed in HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, *NJ* 2003/50 (*Helm/Aerts, Thiram*).

[2084] Deze vorm van reflexwerking was reeds gesuggereerd door o.a. Dommering-Van Rongen, die als argument hiervoor noemde dat de risicoaansprakelijkheid is voortgevloeid uit een ontwikkeling in de lidstaten die zich niet beperkte tot schade van particulieren, Dommering-van Rongen 1991, p. 67-68. Zie kort voor het eerste arrest nog Spier (in Bolt & Spier 1996, p. 243) die deze vraag al opwierp. Zie later ook Dommering-van Rongen 2000, p. 32 en 33, Bloembergen bij HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, *NJ* 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*), Keirse 2015a, p. 157 onder verwijzing naar Van Doorn & Van Boom 2004, p. 101 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/259.

[2085] Dommering-van Rongen 2000, p. 13 e.v., en Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, afd. 3 Boek 6 BW, inleiding, aant. 2.2.1 en aldaar genoemde bronnen (actueel t/m 04-05-2019).

[2086] O.a. Van Loock e.a. 2017, p. 403 e.v. Dit is één van de vormen van een *spill over effect.*

verhoudingen. De reden om voor reflexwerking te kiezen is vaak het bevorderen van coherentie of omdat achter een instrument een bepaalde beschermingsgedachte schuilgaat, die ook opgaat voor andere partijen in andere rechtsverhoudingen.[2087] Voor schade aan bedrijfsmatig gebruikte zaken is dat op het eerste gezicht een aansprekende gedachte, mede in het licht van art. 1, 1e protocol EVRM, dat ziet op de bescherming van eigendom van zowel natuurlijke als rechtspersonen, mede nu de richtlijn voor wat betreft letselschade evenmin onderscheid maakt tussen particulieren en bedrijfsmatige gebruikers.

De Hoge Raad liet vervolgens in *Helm/Aerts* uit 2002 – eveneens gewezen onder het oude recht – het oordeel van het hof in stand, dat een tussenhandelaar tevens EEG-importeur onrechtmatig zou hebben gehandeld door een schimmelbestrijdingsmiddel in het verkeer te brengen dat bij normaal gebruik waarvoor het product bestemd was 'niet de veiligheid bood die de slatelers mochten verwachten'.[2088] Hier werd voor het eerst een formulering gebruikt die gelijk was aan het gebrekkigheidscriterium onder de richtlijn. Het oordeel van het hof dat erop neerkwam dat uit dezelfde omstandigheden ook verwijtbaarheid volgde, strandde bij de Hoge Raad. Voor zover het hof ervan uit was gegaan dat voor de EEG-importeur in het onderhavige geval een risicoaansprakelijkheid bestond, miskende het – aldus de Hoge Raad – dat *schuld* vereist is aan diens onrechtmatig handelen.[2089] In latere arresten komt de bekritiseerde *Du Pont*-formulering echter toch weer terug.[2090]

De vraag is in welke gevallen enige vorm van reflexwerking geldt (toepassingsbereik), wat de strekking van de met reflexwerking vastgestelde norm is en ten aanzien van welke belangen, schade en wijze van intreden hij geldt (relativiteit). De reflexwerking van het gebrekkigheidscriterium uit de richtlijn lijkt zich, naast bij samenloop van art. 6:162 lid 1 e.v. BW met de richtlijn, ingevolge *Du Pont/Hermans*, *Koolhaas/Rockwool* en *Helm/Aarts* in ieder geval uit te strekken tot producenten en EU-importeurs voor schade aan zaken bestemd voor en/of gebruikt buiten de privésfeer. In het *Haagman/Schoemaker*-arrest – dat voor *Helm/Aarts* werd gewezen – keerde het *Du Pont*-criterium echter niet terug. Een leverancier van plasmapoeder als ingrediënt voor soepballetjes werd aangesproken, niet door een gebruiker van

[2087] Vgl. bijvoorbeeld Ancery & Pavillon 2014 die wijzen op de beschermingsgedachte achter de richtlijn oneerlijke bedingen.

[2088] HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, *NJ* 2003/50 (*Helm/Aerts, Thiram*), r.o. 3.6.3: '*Het oordeel van het Hof getuigt echter niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het gebruik door slatelers van de — door Helm AG als tussenhandelaar in het verkeer gebrachte — TMTD 80 als schimmelbestrijder was blijkens de vaststellingen van het Hof normaal gebruik waarvoor het product — mede — was bestemd en de TMTD 80 bood derhalve, het verwachte gebruik in aanmerking genomen, niet de veiligheid die de slatelers ervan mochten verwachten. In het midden kan blijven of het geleverde in overeenstemming was met de overeenkomst tussen Helm AG en haar directe afnemers: slatelers die hun sla met een schimmelbestrijder bespuiten om die gezond te houden, behoeven er niet op verdacht te zijn dat dit product mede een onkruidbestrijder bevat waardoor de sla juist schade oploopt. De rechtsklacht van onderdeel 3.1 faalt dan ook.*'

[2089] R.o. 3.8.2.

[2090] Bijv. HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, *NJ* 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), r.o. 3.3.2.

het eindproduct, maar door een afnemer van het plasmapoeder die het in de soepballetjes had verwerkt en die reeds de economische schade aan de afnemers van de soepballetjes had vergoed. Het ging in die zaak niet om een veiligheidsgebrek, maar om een smaakafwijking van de balletjes. Het hof gebruikte in die zaak geen reflexwerking maar een strengere maatstaf in het verlengde van het gevaarzettingsleerstuk ter beoordeling van de onrechtmatigheid.[2091] Het oordeel van het hof, dat de gebrekkigheidsregel uit *Du Pont/Hermans* toepassing mist indien de leverancier producent is noch met de producent gelijk kan worden gesteld, getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting.[2092]

In *Eternit/Horsting* werd ten volle gebruikgemaakt van het nationale gevaarzettingsleerstuk bij de beoordeling van de onrechtmatigheid, wellicht omdat het ging om feiten die speelden ruim voor invoering van de richtlijn.[2093] In recente arresten is ook op andere punten aangesloten bij begrippen uit de richtlijn.[2094]

233 Nadelen van reflexwerking vanuit nationaal en Europeesrechtelijk perspectief

Mijns inziens zijn er een aantal belangrijke nadelen verbonden aan reflexwerking van gebrekkigheid, waardoor er behoedzaam mee om moet worden gegaan.

De Richtlijn Productaansprakelijkheid is een strak afgebakende remedie die beperkt is tot specifieke schade en daarvoor aansprakelijke personen, mede doordat de regeling een politiek compromis is. Aan de hand van de meerledige, soms zelfs tegenstrijdige, doelen van de richtlijn productaansprakelijkheid (nr. 177) is het zeer lastig de inhoud, aard en omvang van reflexwerking van die normen te bepalen buiten de daarin geregelde rechtsverhoudingen. Zo is in de feitenrechtspraak met toepassing van reflexwerking al eens schade bestaande uit tijdverlet toegewezen, zijnde

---

[2091] R.o. 6.2 van het tussenarrest, als weergegeven in 1.5.7 van het Hoge Raad arrest, namelijk of de leverancier van het plasmapoeder '*door het onderhavige product in het verkeer te brengen op de wijze als in dit geval is geschied, een bijzonder gevaar, waaronder te begrijpen een aanmerkelijk risico dat het product bij de verwerking schade zou veroorzaken, in het leven heeft geroepen waarop derden niet verdacht behoefden te zijn en dat VSCI als voorzienbaar had kunnen en moeten voorkomen.'* Dit is ook betoogd door A-G Hartkamp in zijn conclusie bij *Haagman/Schoemaker* onder 8, zoals aangehaald door A-G Bakels in zijn conclusie bij *Helm/Aerts* onder 2.27 en noot 35. Bakels noemde de gevaarde koers echter 'ongelukkig'.

[2092] HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7239, *NJ* 2000/644 (*W. Haagman & co c.s./Vaessen-Schoemaker Chemische Industrie BV, Soepballen*), r.o. 3.5 mede onder verwijzing naar HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, *NJ* 2000/159, m.nt. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*). Dommering-van Rongen 2000, p. 33, meende eerder dat het *Du Pont*-criterium ook voor tussenhandelaren gold, onder verwijzing naar Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 120. Deze laatsten meenden echter dat het gegeven dat de persoon die het product in het verkeer heeft gebracht een tussenhandelaar is, zou kunnen meewegen bij de vraag of die persoon onzorgvuldig heeft gehandeld.

[2093] HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

[2094] Zoals bij het 'in het verkeer brengen' in HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, *NJ* 2017/48 (*DAF/Achmea*), r.o. 3.3.4 onder verwijzing naar HvJ EG 9 februari 2006, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93, *NJ* 2006/402, m.nt. Mok (*O'Byrne/Sanofi Pasteur, O'Byrne I*). De klachten tegen het arrest van het hof in deze procedure beperkten zich tot het 'in het verkeer brengen' en niet tot het oordeel of het *Du Pont*-criterium ook toepassing vindt bij schade aan het product zelf.

economische schade die niet voortvloeit uit schade *aan andere zaken*, waarvan men zich kan afvragen of productaansprakelijkheid daarvoor is bedoeld en of relativiteit van de met reflexwerking vastgestelde norm aanwezig is.[2095]

Voorts is reflexwerking dogmatisch lastig in ons systeem in te passen. Vanuit ons nationale aansprakelijkheidsrecht bezien moeten onrechtmatigheid en toerekenbaarheid strikt worden onderscheiden. De normering van het gedrag van personen vindt traditioneel onder de onrechtmatigheid plaats, en de koppeling van het gedrag aan de persoon onder de toerekenbaarheid.[2096] Het hanteren van een criterium onder onrechtmatigheid voor anderen dan de producent dat de facto niet hun gedrag normeert, maar dat qua perspectief focust op de eigenschappen van het product, vereist een bijzondere rechtvaardiging die er thans niet is.[2097] De Engelse doctrine, het Duitse recht en de nationale literatuur zijn eensgezind in de opvatting dat van andere partijen in de handelsketen in beginsel minder kennis van het product mag worden verwacht dan van de fabrikant (vgl. 7.3.2.1 en 7.3.2.2 hiervoor). Iedere schakel in de handelsketen draagt een eigen bijzondere verantwoordelijkheid, afhankelijk van wat zij wist of behoort te weten van het product. Daarbij wordt gekeken naar haar rol binnen de keten en verdere omstandigheden van het geval. De zorgplicht per actor verschilt dan ook. Een vergelijkbaar verschil in verantwoordelijkheid, de geobjectiveerd te verwachten kennis van de naleving van productnormen en de te verwachten zorg ziet men terug in de sectorspecifieke productveiligheidsinstrumenten en daarin vervatte verplichtingen omschreven in hoofdstuk 2 (met uitzondering van de RAPV). Dogmatisch gezien is het zuiverder dit verschil in verantwoordelijkheid ook tot uiting te laten komen bij de normering van het gedrag onder de onrechtmatigheid in plaats van alleen bij de koppeling van het gedrag aan de persoon onder de toerekenbaarheid. Bij reflexwerking bestaande uit het invullen van de onrechtmatigheid met de gebrekkigheid, toetst men onder onrechtmatigheid de te verwachten veiligheid van het product in het licht van de omstandigheden van het geval en bij de toerekenbaarheid het gedrag van de actor in het licht van de omstandigheden van het geval. Dat is in theorie mogelijk, maar kan door de perspectiefwisseling (product of gedrag)

[2095] Zie HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, *NJ* 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), r.o. 3.2.1, doch tegen het hierin weergegeven oordeel van het hof op het punt van de schade waren in cassatie geen klachten gericht. Zie ook concl. A-G Spier onder 5.18.

[2096] Sieburgh 2000, p. 97-99 en 255; Jansen 2007; Memelink 2009, p. 143-144. Zie voor nadere bronnen: Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant.9.6.1 (actueel t/m 8 maart 2019). Zie anders Giesen in zijn noot bij HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*), onder 9: '*Het vereiste* [lees: toerekenbaarheid] *lijkt zijn functie verloren te hebben aan de 'maatschappelijke zorgvuldigheid'*. In dit arrest werden toerekening en onrechtmatigheid niet expliciet onderscheiden. Dit was anders in eerdergenoemde arresten HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*), HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*) en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, *NJ* 2003/50 (*Helm/Aerts, Thiram*).

[2097] Zie anders en mijns inziens ten onrechte over de invulling van onrechtmatigheid in relatie tot toerekenbaarheid bij aansprakelijkheid voor producten: Concl. A-G Bakels onder *Helm/Aerts*. Zijn opvatting wordt verderop in nr. 233 besproken.

verwarring oproepen en is vanuit proceseconomisch oogpunt niet heel efficiënt.

Een andere opvatting lijkt A-G Bakels in zijn conclusie bij *Helm/Aarts* toegedaan. Hij gaat in zijn conclusie uitgebreid in op het *Haagman/Schoemaker*-criterium en vraagt zich af of hierin een gelukkige koers is gevaren:

> 'Als men, zoals de Hoge Raad, in zaken als deze inderdaad wil onderscheiden tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, valt het naar mijn mening vanuit de gezichtshoek optiek van de benadeelde moeilijk te verklaren waarom het in het verkeer brengen van een gebrekkig product dat bij gebruik overeenkomstig zijn bestemming schade veroorzaakt, wél onrechtmatig is als dit door de producent daarvan geschiedt maar niet als een tussenhandelaar datzelfde doet. Dit neemt niet weg dat, ook naar mijn mening, de aansprakelijkheid van de tussenhandelaar een lichtere dient te zijn dan die van de producent. De Hoge Raad zou m.i. echter beter doen dit tot uiting te brengen in de aan de toerekenbaarheid te stellen eisen.'[2098]

Zijn advies om in *Helm/Aarts*, anders dan in *Haagman/Schoemaker*, het *Du Pont*-criterium tot uitgangspunt te nemen werd gevolgd. Ik vind voornoemde de redenering van Bakels om het gebrekkigheidscriterium ook bij een tussenhandelaar onder onrechtmatigheid toe te passen niet overtuigend, aangezien het perspectief en de verwachting van de benadeelde bij de invulling van de onrechtmatigheid niet doorslaggevend is. Het komt de coherentie van ons nationale recht ook niet ten goede; blijkens de nationale rechtspraak en doctrine is het geobjectiveerde kennisniveau van de actor een belangrijk gezichtspunt voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag en bij de formulering van zorgplichten in andere rechtsverhoudingen (nr. 223).

Een dogmatisch minder overtuigend, doch een praktisch relevant aspect is dat toerekenbaarheid in de praktijk al vaak het ondergeschoven kindje is in het partijdebat. Wanneer ongeschreven zorgvuldigheidsnormen worden toegespitst op of worden geformuleerd aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals bij gevaarzetting, dan worden bij het vaststellen van de zorgvuldigheidsnorm vaak direct aan de persoon gerelateerde omstandighedenomstandigheden en daarmee toerekeningsvragen betrokken.[2099] Toerekenbaarheid krachtens schuld of verkeersopvatting zal daardoor veelal direct zijn gegeven.[2100] Terwijl bij andere

[2098] Concl. onder 2.28 en 2.27, en noot 35. Zie eerder ook Dommering-van Rongen 2000, p. 33 en Jansen & Duyvensz 2001, p. 404.

[2099] Zoals blijkt uit de bekende vraag of de laedens in kwestie wist of behoorde te weten dat zijn gedragschade zou kunnen veroorzaken, als onderdeel van het vaststellen van de onrechtmatigheid, Jansen 2007, p. 225.

[2100] Zie o.a. Giesen 2001, p. 233 en p. 114 en 115, en Keirse & Van den Berg 2002 onder verwijzing naar Lindenbergh, 'Aansprakelijkheid producent van halffabrikaten', *NbBW* 1999, p. 14, Barendrecht & Duyvensz 2000b, p. 118 en HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*), r.o. 3.5, zoals later herhaald in Keirse 2015a, p. 157.

onrechtmatigheidscategorieën onder invloed van (geobjectiveerde) zorgplichten steeds meer convergentie optreedt tussen onrechtmatigheid en toerekening,[2101] zou reflexwerking hier in de praktijk dwingen tot een strak en lastig te hanteren onderscheid.

Vult men ongeschreven zorgplichten een-op-een aan de hand van de gebrekkigheidstoets onder de richtlijn in, dan komt bij andere actoren in de handelsketen noodzakelijkerwijs veel nadruk te liggen op het vereiste van toerekenbaarheid. Uit de rechtspraak over het personele toepassingsbereik van de richtlijn in relatie tot maximumharmonisatie (nr. 176) – en dan met name het *Skov/Bilka*-arrest – wordt in onze nationale literatuur wel afgeleid dat de leverancier bij schade in de zin van de richtlijn op grond van het ongeschreven recht slechts aansprakelijk kan zijn indien het slachtoffer schuld van de leverancier weet te bewijzen.[2102] Indien de zorgplicht van leverancier zou worden ingevuld aan de hand van het gebrekkigheidsvereiste en vervolgens toerekenbaarheid zou worden aangenomen op grond van de verkeersopvatting, dan zou de aansprakelijkheid van de leverancier via het nationale onrechtmatigedaadsrecht gelijk worden gesteld met die van de producent onder de richtlijn. Een dergelijke uitbreiding van de richtlijnaansprakelijkheid via het nationale recht zou in strijd kunnen zijn met de volledige (lees: maximum) harmonisatie onder de richtlijn.[2103] Wordt de zorgplicht van de leverancier bij onrechtmatige daad echter zelfstandig geformuleerd aan de hand van alle omstandigheden van het geval, dan vormt de aansprakelijkheid krachtens onrechtmatige daad in wezen een andere aansprakelijkheid onder andere vereisten dan de richtlijnaansprakelijkheid. Zelfs indien die zorgplicht in enige mate wordt geobjectiveerd, waarna krachtens verkeersopvatting wordt toegerekend, blijft strijd met de richtlijn mijns inziens buiten beeld.

Nog een belangrijk nadeel van het aansluiten bij het gebrekkigheidscriterium onder de richtlijn ter invulling van de maatschappelijke betamelijkheid is dat het nationale recht en de nationale rechtsontwikkeling tot op zekere hoogte niet meer zal worden gestuurd door onze nationale hoogste instantie, maar door het Hof van Justitie.

[2101] Zie over objectivering van het schuldbegrip, namelijk of de laedens rechtens een verwijt kan worden gemaakt ook Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 9.1.5.1, onder verwijzingnaar S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/69 en A.J. Verheij, Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2015, nr. 17.3. Zie ook C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, nr. 909, en C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen (Mon. BW nr. B45)*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 25 waar wordt betoogd dat onder 'schuld' moet worden verstaan zowel het geval dat de dader wist dat hij onrechtmatig handelde als het geval dat de dader dit behoorde te weten. Zie anders Sieburgh 2000, p. 157 en 160.

[2102] Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 5 (actueel t/m 04-05-2019), bij zijn bespreking van het arrest *Skov/Bilka*: '*Het is slechts dan mogelijk de leverancier subsidiair aansprakelijk te stellen, als de benadeelde schuld van die leverancier weet te bewijzen, aldus uitdrukkelijk het Hof.'* Zo uitdrukkelijk staat dat alleen niet in het arrest. Daar staat slechts dat de route van onrechtmatige daad wel open staat, zie HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 (*Skov/Bilka*), overweging 46 t/m 48, alsmede indirect Van Doorn & Pape 2006 onder 7 en noot 24.

[2103] Vgl. ook Hiemstra 2018, p. 325.

Ontwikkelingen in diens rechtspraak zullen hun weerslag hebben op het niet-geharmoniseerde nationale recht, omdat daaronder bij het Europese criterium wordt aangesloten. Daarbij dient men zich te realiseren dat het Hof van Justitie zich soms bevoegd acht om nationaal recht uit te leggen dat buiten het harmonisatiebereik van het oorspronkelijke EU-instrument aansluiting zoekt bij begrippen uit het Europese recht uit een oogpunt van coherentie.[2104] De koers die het Hof zal varen onder de gebrekkigheid is als gezegd ongewis. Wil de Hoge Raad bij aansprakelijkheid voor producten ex art. 6:162 lid 1 BW in de pas blijven lopen met de nationale ontwikkelingen onder onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden, waarbij hij klaarblijkelijk *risk/benefit*-benaderingen toestaat (nr. 221), dan lijkt het mij raadzaam op dit punt een eigen koers te varen. Per actor zouden zelfstandige, geobjectiveerde zorgplichten moeten worden geformuleerd of vastgesteld. Bij de toets aan onrechtmatigheid kan gebrekkigheid in de zin van de richtlijn mijns inziens wel een aanwijzing vormen, bijvoorbeeld een grond voor een vermoeden van onrechtmatigheid of een verzwaarde motiveringsplicht voor de desbetreffende marktdeelnemer, doch het kan niet constitutief zijn. (Vgl. de Duitse *Hühnerpest*-benadering; een vermoeden dat ziet op zowel onrechtmatigheid als schuld, nr. 213). De geschreven plichten voor marktdeelnemers uit hoofdstuk 2 kunnen dan als minimumnormen ter concretisering van de ongeschreven zorgplichten fungeren.

Reflexwerking kan binnen het toepassingsbereik van de richtlijn echter soms noodzakelijk zijn uit een oogpunt van doeltreffende toepassing van de richtlijn, bijvoorbeeld daar waar de tijdelijke regeling verhaalsrechten (art. 6:197 BW) aan toepassing van art. 6:185 lid 1 e.v. BW in de weg staat.[2105] Ook kan via reflexwerking in combinatie met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid worden voldaan aan artikel 6 EVRM indien een vordering onder de richtlijn zou zijn vervallen, maar het slachtoffer geen gelegenheid zou hebben gehad een vordering in te stellen.[2106]

Kiest men uit een oogpunt van coherentie en beschermingsgedachte echter voor ruimere reflexwerking (ook in B2B-verhoudingen), hetgeen niet mijn voorkeur heeft maar thans wel de heersende leer lijkt te zijn, dan dient deze mijns inziens beperkt te blijven tot schade in de zin van de richtlijn en

[2104] Vgl. HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, Jur. 1997, p. I-04161, *NJ* 1998/793 (*Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst*), waarin het HvJ zich bevoegd achtte tot uitleg van begrippen van nationaal recht die waren overgenomen uit het EU-recht. Een plicht tot richtlijnconforme interpretatie bestaat evenwel niet. Vgl. o.a. HvJ EG 7 november 1989, C-125/88, ECLI:EU:C:1989:401 (*HFM Nijman*) en Van Loock e.a. 2017, p. 405 en 406 onder verwijzing naar Duitse literatuur waar onverplichte richtlijnconforme interpretatie ook wel *quasi-richlinienkonforme* of *richlinieorientierte Auslegung* wordt genoemd.

[2105] Zie eerder Veldt & van Boom 2015

[2106] Uit rechtspraak van het EHRM blijkt dat een absolute verjaringstermijn die het voor een slachtoffer feitelijk onmogelijk maakt om op enig moment een claim te hebben kunnen hebben ingediend in strijd kan komen met artikel 6 EVRM, EHRM 11 March 2014, 52067/10 and 41072/11 (*Moor /Suisse*), zoals besproken door De Graaff 2016. Vooralsnog ligt open in hoeverre een beroep op de verjarings- en vervaltermijnen uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn (vgl. de doorbreking van de verjaringstermijn op grond van de redelijkheid en billijkheid uit de nationale asbestjurisprudentie).

zaakschade in bedrijf (*Du Pont* e.a.).[2107] Daarbij dient dan ook reflexwerking toe te komen aan het personele toepassingsbereik uit de richtlijn, waarmee ik bedoel dat de zuivere leverancier die voldoet aan zijn wegwijsplicht alleen aansprakelijk kan zijn voor zaak- en letselschade bij schending van een zelfstandige zorgplicht (mede in het licht van *Skov/Bilka)*. Wordt de zorgvuldigheid bij bijvoorbeeld een importeur een-op-een ingevuld met gebrekkigheid, dan dient het verschil in zorg en verantwoordelijkheid te worden verdisconteerd bij de toerekenbaarheid.

234 Reflexwerking: kenbaarheid en het ontwikkelingsrisicoverweer

In de gevallen waarin reflexwerking van de richtlijn wordt aangenomen binnen de onrechtmatige daad, zou het ontwikkelingsrisicoverweer als ingevuld in *VK/Commissie* in ieder geval tot ondergrens van de aansprakelijkheid moeten worden genomen in verhoudingen tot de gelaedeerde (zie reeds nr. 179 en vgl. nr. 222).[2108] Zou men de strekking van de richtlijn volledig volgen dan zou het verweer – net als onder de richtlijn – een bevrijdend verweer moeten vormen tegen aansprakelijkheid als geheel en niet slechts een verweer tegen gebrekkigheid, of in dit geval de onrechtmatigheid.[2109] Omdat dat dogmatisch echter lastig in ons systeem valt in te passen, kan het als bevrijdend verweer tegen de onrechtmatigheid en/of toerekenbaarheid worden behandeld.[2110]

235 Zorgplichten producent

Aangenomen wordt dat – buiten reflexwerking – uit de maatschappelijke betamelijkheid nog een aantal bijzondere verplichtingen voor de producent voortvloeien, zoals ongeschreven corrigerende actieplichten. Deze plichten vormen door de producent te nemen (voorzorgs)maatregelen bij

---

[2107] Toerekenen krachtens verkeersopvatting zou bij bedrijfsmatige zaakschade mogen, zie HvJ EG 4 juni 2009, C-285/08, ECLI:EU:C:2009:351 (*Moteurs Leroy Somer/Dalkia France en Ace Europe*).

[2108] Het bepalen van het ijkpunt van wetenschap is in het verleden lastig gebleken. In de Nederlandse asbestjurisprudentie over werkgevers aansprakelijkheid is het proefschrift van Stumpius uit 1967 als ijkpunt genomen waarin voor het eerst het verband werd gelegd tussen asbest en mesothelioom. Het verband tussen asbest in hogere hoeveelheden en ziektes als asbestose was al eerder bekend. In HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*) werd vastgesteld dat producent Eternit, in 1967 op de hoogte was van het risico. Dat objectieve kenbaarheid van het risico ook de ondergrens vormt bij andere nationale kwalitatieve aansprakelijkheden lijkt te volgen uit HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.5.

[2109] De Hoge Raad lijkt het ontwikkelingsrisico bij opstalaansprakelijkheid niet als bevrijdend verweer te zien tegen de aansprakelijkheid maar als onderdeel van het tegenbewijs tegen een vermoeden (*res ipsa loquitur)* van gebrekkigheid van de dijk door de kadeverschuiving, HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen, Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*), r.o. 4.4.5. Zowel de A-G (concl. onder 6.42) als annotator Hartlief onder 10, onder verwijzing naar andere auteurs, meenden dat op het punt van het ontwikkelingsrisico moest worden aangesloten bij de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Het verweer is in een productaansprakelijkheidszaak door de Rechtbank Haarlem gehonoreerd, Rb. Haarlem 18 februari 1992, *NJ* 1993/521 (*Forbo*), zoals besproken door Giesen 2001, p. 236.

[2110] Vgl. Dommering-van Rongen 2000, p. 36, die het verweer als schuldelement onder de richtlijn bestempeld, doch over het algemeen wordt aangenomen dat 'niet kunnen weten' ook de onrechtmatigheid aan de daad ontneemt. Zie in deze zin over het kennisvereiste, Jansen 2012, p. 367 e.v.

gevaarzetting. Importeurs en distributeurs kunnen onder het ongeschreven recht slechts tot het nemen van zulke maatregelen gehouden zijn voor zover redelijkerwijs bekend waren dan wel zijn geworden met het gevaar (zie nrs. 237 en 238).[2111] Deze plichten vormen een bevestiging dat ook onder het ongeschreven recht qua zorgplicht wordt gedifferentieerd al naar gelang de hoedanigheid van de diverse actoren.

236 Zorgplicht producent en gesloten producteisen vastgesteld uit hoofde van het voorzorgsbeginsel

De grootste aanscherping van de privaatrechtelijke zorgplicht van de producent door productnormen vindt plaatst door producteisen die zijn vastgesteld uit hoofde van voorzorg. Indien bij onzekere risico's een geschreven norm ontbreekt, zal een rechter de grootst mogelijke moeite hebben te bepalen of een product gebrekkig is (zie nr. 232), zeker nu hij voor wat betreft de feiten gebonden is aan het partijdebat.[2112] Indien die geschreven productnorm van toepassing is en door de producent is geschonden, zal niet alleen direct sprake zijn van schending van een wettelijke plicht ex art. 6:162 lid 1 BW, maar in beginsel ook van strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Relativiteit in de zin van art. 6:163 BW lijkt evenmin een moeilijke hobbel: de norm strekt immers tot bescherming van het belang van mogelijke toekomstige potentiële slachtoffers tegen vooralsnog onbekende zaak- en letselschade. (Causaliteit kan echter wel een grote hobbel zijn voor schadevergoeding, zie nr. 254 e.v.). Daar waar de gesloten producteis

[2111] Storm 1985, p. 23; Kuipers 2001, p. 107; Kroes 2004; Kroes 2005; Van Boom & Van Doorn 2006, p. 267. Zie ook Schuurmans 2013, p. 1 e.v. onder verwijzing naar HR 22 november 1974, *NJ* 1975/149 (*Heddema/De Coninck, Struikelende broodbezorger, Springtouwtje*). Vgl. ook HR 7 mei 1982 ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478, m.nt. Brunner (*Omgewaaide boom*) en HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/720, m.nt. Scheltema (*August de Meijer, Wrakopruimingsarrest*). Zie ook Rb. Haarlem 18 februari 1992, *NJ* 1993/521 (*Forbo*) en Rb. Alkmaar 30 december 1999, *NJ Kort* 2000/11 (*Mazda*)(*Vlaar/APB*). Naar analogie met voornoemde arresten wordt in de literatuur wel betoogd dat voor aansprakelijkheid van importeurs en distributeurs voor schade als gevolg van niet door hen veroorzaakte gebreken subjectieve wetenschap bij hen nodig is (bewust zijn of weten van het gevaar). Geobjectiveerde kennis (redelijkerwijs kunnen of behoren te weten) lijkt mij gezien de professionele hoedanigheid van deze partijen mede voldoende. Hijma ziet de corrigerende actie als de nawerking van een contractuele zorg- of garantieplicht in het kader van koop en de schadebeperkingsplicht ex art. 6:101 BW (in dat geval een *obligenheit):* reeds in Asser-Hijma, 5-I, 2001, nr. 320, zoals ook aangehaald door Meijer 2002, p. 96. Voorts kan corrigerende actie onderdeel zijn van de bereddingsplicht in het verzekeringsrecht ex art. 7:957 lid 1 en 2 BW, *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/416 onder verwijzing naar Wansink 2006, p. 347 e.v. Zie ook HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7230, *NJ* 1998/281, m.nt. M.M. Mendel (*Centraal Beheer/Forbo*), welk arrest zag op de vraag in hoeverre het ontwikkelen van een verwijderingsmethode voor Novilon met asbest en de kosten voor het waarschuwen van consumenten voor vergoeding onder een AVB-verzekering in aanmerking moet komen.

[2112] Zie voor een uitgebreid theoretisch kader en een bespreking van diverse soorten van onzekerheid, De Jong 2016, p. 1 e.v. De rechtspraak over ongeschreven voorzorgsplichten is schaars, vgl. bijv. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda, eerste aanleg*), waarbij de rechtbank t.a.v. het onrechtmatigheidsoordeel sterk werd geholpen door het zeer beperkte partijdebat over de waarde en inhoud van het door Urgenda aangedragen wetenschappelijke onderzoek over klimaatverandering. Zie Castermans 2016, p. 38. Zie later ook Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *JA* 2019/37. Vgl. Van der Wiel 2017, p. 17 die terecht opmerkt dat de hamvraag op het gebied van voorzorgsaansprakelijkheid is waar het omslagpunt ligt tussen aanvaardbaar nietsdoen en de rechtsplicht om in beweging te komen.

voldoende specifiek, up-to-date en adequaat is, treedt de externe norm in de plaats van de ongeschreven norm die mede aan de hand van de *Kelderluik*-criteria dient te worden vastgesteld. Onzekerheid over de effectiviteit van voorzorgsmaatregelen, de kans op schade, de aard en de ernst van de gevolgen, hoeven dan niet meer aan een positief onrechtmatigheidsoordeel in de weg te staan; het product is simpelweg niet op de markt toegestaan. De geschreven norm kan zodoende vele malen strikter zijn dan de ongeschreven norm en meer bescherming bieden.

237 Zorgplicht van de quasi-producent en de importeur jegens de gebruiker

Over de zelfstandige zorgplichten van de importeur en quasi-producent in Nederland is nauwelijks geschreven en rechtspraak ontbreekt.[2113] Gaat men uit van reflexwerking, dan is onduidelijk in welke omstandigheden het in het verkeer brengen van een gebrekkig product krachtens schuld of verkeersopvatting aan de EER-importeur of de quasi-producent valt toe te rekenen. De omstandigheden die in de Duitse en Engelse rechtspraak en doctrine zijn geïnventariseerd (nr. 214 respectievelijk nr. 219) zijn mijns inziens voor ons nationale recht bij de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid eveneens van belang en daarbij kan aansluiting worden gezocht.

Zoals in hoofdstuk 2 en onder nr. 214 is opgemerkt, worden onder de RAPV de importeur en de quasi-producent volledig met de producent gelijkgesteld. De importeur of quasi-producent pleegt jegens de gebruiker een onrechtmatige daad wegens strijd met de wet bij schending van art. 18 Warenwet jo. art. 1 lid 1 sub b Warenwetbesluit algemene productveiligheid, dat in het licht van art. 2 sub b RAPV (veilig product) jo. art.2 sub c onder ii of iii RAPV (dat de importeur en quasi-producent met de producent gelijkstelt) en art. 3 lid 1 RAPV (dat een gebod inhoudt veilige producten op de markt te brengen) dient te worden geïnterpreteerd. Deze actoren hebben onder de RAPV dus voor de veiligheid van het product in te staan. Vergelijken we het geschreven kader met de uitgangspunten onder het ongeschreven recht dan kan de RAPV via de categorie 'strijd met de wet' ten opzichte van het ongeschreven recht ook in Nederland aansprakelijkheidverhogend werken. Zo geldt op basis van het ongeschreven recht immers slechts incidenteel een testplicht voor de importeur/quasi-producent (vgl. nr. 214). Bovendien is toerekenbaarheid vereist van de onrechtmatige daad en voor die toerekenbaarheid zijn – ook bij reflexwerking van de gebrekkigheid – bijkomende omstandigheden nodig. De toegevoegde waarde van deze aanscherping is als gezegd echter beperkt in het licht van de Richtlijn Productaansprakelijkheid die sowieso meer bescherming biedt.

Onder het sectorspecifieke productveiligheidsrecht heeft de importeur alleen een controleplicht of de fabrikant de juiste conformiteitsbeoordelingsprocedure heeft uitgevoerd, of de technische documentatie is opgesteld, of het product voorzien is van de vereiste

[2113] Slechts summier Dommering-van Rongen 1991, p. 129-131 die met name ingaat op de richtlijnaansprakelijkheid van deze actoren.

conformiteitsmarkering(en) en of het vergezeld gaat van de vereiste documenten. Kan schending van een producteis door de producent voor de importeur kenbaar zijn uit deze stukken en is het product toch in de handel gebracht, dan zal daarmee een zelfstandige onrechtmatige daad wegens strijd met diens wettelijke plicht alsmede wegens strijd met de maatschappelijke betamelijkheid en toerekenbaarheid veelal gegeven zijn. Kan schending van een geharmoniseerde norm voor de importeur kenbaar zijn uit deze stukken, dan is schending van de geharmoniseerde norm een belangrijke aanwijzing voor strijd met het ongeschreven recht en toerekenbaarheid hiervan aan de importeur (gelaagde toepassing). De concretisering van de zorgplicht in het sectorspecifieke productveiligheidsrecht kan gevolgen hebben voor de toerekenbaarheid, die bij niet-naleving van geschreven plichten veelal zal zijn gegeven (vgl. eerder nr. 207). Dit is met name van belang voor bedrijfsmatige gebruikers die geen direct beroep kunnen doen op productaansprakelijkheid. Voor privégebruikers voegt het productveiligheidskader niet veel toe aan de privaatrechtelijke bescherming onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid vanwege de vereiste toerekenbaarheid ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW.

De ongeschreven zorgplichten van fulfilmentdienstverleners zijn thans nog onduidelijk. Vanaf 2021 worden zij krachtens de Markttoezichtverordening wat betreft hun takenpakket met de importeur gelijkgesteld. Mijns inziens worden hun ongeschreven zorgplichten op vergelijkbare wijze door het geschreven recht geconcretiseerd (nr. 65).

238 Zorgplicht van de zuivere leverancier jegens gebruikers

Zoals ik hiervoor heb betoogd handelt een leverancier die bij zaakschade heeft voldaan aan zijn wegwijsplicht alleen onrechtmatig indien hij een eigen zorgplicht heeft geschonden (nr. 233).

De hogere rechtspraak in Nederland over de vraag welke zorg een zuivere leverancier die niet met de producent gelijk kan worden gesteld in acht moet nemen jegens gebruikers van het product ter voorkoming van zaak en/of letselschade alvorens hij het product op de markt brengt, is zeer beperkt (vgl. *Haagman/Schoemakers* voornoemd).[2114] Zowel in de Nederlandse doctrine[2115] als naar Duits (nr. 215) en Engels recht (nr. 219) wordt aangenomen dat een leverancier minder kennis en middelen heeft dan een producent om productgevaren te herkennen en tegen die gevaren in te grijpen en dat in dat kader minder van hem mag worden verwacht om schade als gevolg van onveilige producten te voorkomen.[2116] Voor een zelfstandige beperkte

[2114] Dommering-Van Rongen wijst er terecht op dat *Du Pont* in eerdergenoemd arrest niet de producent was van het product, maar dat niet ter verdediging had aangevoerd, Dommering-van Rongen 2000, p. 33.

[2115] Barendrecht & Duyvensz 2000b, p.102, die opmerken dat de omstandigheid dat de persoon die het product in het verkeer brengt enkel tussenhandelaar is, kan meewegen bij de beantwoording van de vraag of de tussenhandelaar onzorgvuldig heeft gehandeld. Zie ook Dommering-van Rongen 2000, p. 33. Zie eerder onder vermelding van Amerikaanse rechtspraak Dommering-van Rongen 1991, p. 135.

[2116] Deze argumenten worden ook door de Europese Commissie genoemd tegen uitbreiding van de richtlijnaansprakelijkheid tot de zuivere leverancier buiten de reeds in art. 3 van de richtlijn genoemde

zorgplicht kan voorts steun worden gevonden in de ratio achter de Richtlijn Productaansprakelijkheid, waarin juist van een ruime aansprakelijkheid van de leverancier is afgezien (nr. 177).

De leverancier in het privaatrecht is veelal distributeur onder het productveiligheidsrecht; hun zorgplichten zijn vergelijkbaar. De distributeur heeft niet de zelfstandige plicht om een product te testen of conformiteitsbeoordelingsprocedures (opnieuw) te doorlopen. De zorgplicht van de distributeur onder het geschreven recht op het moment van het op de markt brengen van het product is afhankelijk van wat hij weet of op grond van de hem ter beschikking staande gegevens beroepshalve had moeten concluderen. Een schending van een geharmoniseerde norm kan relevant zijn ter vaststelling of hij een wettelijke plicht, namelijk zijn geschreven zorgplicht heeft geschonden, maar de schending van de geharmoniseerde norm is daarvoor niet doorslaggevend. De zorgplicht van de leverancier onder het ongeschreven recht wordt vastgesteld aan de hand van het gevaarzettingsleerstuk, waarbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen de gevallen waarin:

1. de leverancier het gebrek zelf veroorzaakt en onrechtmatig en toerekenbaar handelt (door bijvoorbeeld in strijd met het geschreven recht, nr. 68, elektronica in een vochtige omgeving op te slaan waardoor een verhoogd risico op kortsluiting ontstaat);
2. de leverancier het gebrek niet zelf heeft veroorzaakt, maar een onrechtmatige gevaarzetting creëert door een gevaarlijk product op de markt te brengen een terwijl hij beroepshalve wist of behoorde te weten dat het gevaarlijk was, of;
3. nadat de leverancier rechtmatig een product op de markt brengt, nieuwe informatie over het product bekend wordt die de leverancier heeft bereikt, waarna hij alsnog niet tijdig tegen het gevaar heeft ingegrepen. In privaatrechtelijke zin gaat het dan om een zuiver nalaten en in publiekrechtelijke zin om het niet naleven van post-marketingverplichtingen als het waarschuwen voor of het terughalen of -roepen van een product (nr. 54). Over zuiver nalaten in het privaatrecht wordt wel gezegd dat subjectieve bekendheid van het gevaar nodig is voor onbetamelijkheid en toerekening,[2117] maar bij professionele partijen als leveranciers/distributeurs, die krachtens het productveiligheidsrecht ook registratieplichten hebben, is mijns inziens voorzienbaarheid in de zin van geobjectiveerde bekendheid (behoren te kennen) voldoende (vgl. nr. 223).

Deze zorgplichten komen zowel in het geschreven (§ 2.4.4) als ongeschreven recht terug.[2118] Schending van een producteis of een geharmoniseerde norm is een belangrijke aanwijzing voor schending van alle

gevalllen, COM(2000) 893 def. - (Tweede) Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, p. 26.

[2117] Op grond van o.a. HR 22 november 1974, *NJ* 1975/149 (*Heddema/De Coninck, Struikelende broodbezorger, Springtouwtje*), zoals ook aangehaald door Jansen 2012, p. 436 e.v.

[2118] Voor het ongeschreven recht in Nederland zie kort, Dommering-van Rongen 2000, p. 97 e.v.

drie de categorieën. Of de plichten nu vastliggen in een geschreven of een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, de werking van de productnorm is indirect in die zin dat zij slechts één aanwijzing vormt in een grotere catalogus van omstandigheden. Hoewel de leverancier/distributeur niet de primaire normadressaat is, hoeft dit niet aan indirecte werking van productnormen in de weg te staan. Er zijn echter bijkomende omstandigheden nodig, wil het in het verkeer brengen of houden van een inbreukmakend product door een leverancier/distributeur zowel onrechtmatig als toerekenbaar zijn. Net als het gebruik van normalisatienormen in andere rechtsverhoudingen dienen productnormen te worden gerelateerd aan de *Kelderluik*-factoren in het licht van de overige omstandigheden van het geval om vast te stellen welke concrete ongeschreven gedragsnorm door de distributeur is geschonden (vgl. 7.3.2.3 en 7.3.2.4).

Andere productveiligheidsverplichtingen kunnen de gebruiker helpen bij het bewijs van onrechtmatig en toerekenbaar handelen van de leverancier/distributeur. Zo bestaat voor de distributeur geen gecodificeerde plicht tot het bijhouden van RAPEX-meldingen online, maar kan mijns inziens worden betoogd dat het onderdeel is van diens algemene zorgplicht om deze database met enige regelmaat te raadplegen. Zoals besproken in hoofdstuk 2 hebben de grote online platforms zich reeds vrijwillig hiertoe gecommitteerd.

Het invoeren van een plicht tot publicatie van de *DoC* zou een eveneens grotere betekenis van geharmoniseerde normen in de keten tot gevolg kunnen hebben: waar distributeurs nu niet wettelijk gehouden zijn de verklaring op te vragen, kan uit zo'n nieuwe plicht wellicht onder omstandigheden een ongeschreven plicht voor de distributeur worden afgeleid om te controleren of de producent de verklaring van overeenstemming openbaar heeft gemaakt. Heeft de producent de verklaring niet openbaar gemaakt en brengt de distributeur het product toch in de handel, dan doet hij dit mijns inziens voor eigen risico. Heeft de producent de verklaring wel openbaar gemaakt, dan kan echter niet van hem worden gevergd dat hij deze inhoudelijk op juistheid controleert.

Voor zuivere vermogensschade van opvolgende leveranciers in de keten moet schending van een op dat geval toegesneden zorgvuldigheidsnorm worden gevonden (met het oog op die belangen en die schade, zoals in *Haagman/Schoemaker*). Mijns inziens mag niet te gemakkelijk worden geoordeeld dat de tussenhandelaar jegens een afnemer eenzelfde zorg dient te betrachten met een oog op diens economische belangen als jegens een eindgebruiker met het oog op diens lichaam en zaken (zie nader nr. 240 en 241).

239 Zorgplichten jegens concurrenten

Zoals besproken bestaat onduidelijkheid over de relativiteit van de geschreven verplichtingen in relatie tot concurrentiebelangen (hoofdstuk 3 en nr. 204). Onder het ongeschreven recht komt het vaststellen van de norm die geldt tussen concurrenten veelal neer op een belangenafweging. In de regel plegen

belangen van concurrenten door het ongeschreven recht te worden beschermd.[2119] Een schending van productnormen kan via de correctie-Langemeijer – die juist voor het eerst is aangenomen in een zaak waarin de relativiteit van marktregulering ontbrak– extra gewicht in de schaal leggen voor het aannemen van onbetamelijkheid.[2120] Vanuit een oogpunt van preventie lijkt dat in theorie ook wenselijk nu concurrenten de markt het beste kennen en snel door zullen hebben welke concurrent zich niet aan de regels houdt. Voor geharmoniseerde normen zou deze constructie naar analogie kunnen worden toegepast, ook al zijn die normen niet bindend. De geharmoniseerde norm wordt dan gebruikt ter invulling van de geschreven norm, die als extra argument bij de correctie-Langemeijer wordt meegewogen (lees: gelaagde toepassing binnen de correctie-Langemeijer).

Vanwege het eerdergenoemde risico op marktafscherming via geharmoniseerde normen (nr. 101) rijst de vraag of het toekennen van privaatrechtelijke rechtsbescherming aan concurrenten op basis van de schending van geharmoniseerde normen in dit soort verhoudingen de eventuele marktverdelende werking van een geharmoniseerde norm kan versterken. In zeer uitzonderlijke gevallen zou de 'normsteller', indien de invloed van een marktdeelnemer op het normalisatieproces extreem groot is, dan via het privaatrecht ook tot 'handhaving' kunnen overgaan. Dit risico ligt op de loer bij internationaal samenwerkende producenten (kartels), die samen de normstelling binnen de normcommissies beïnvloeden. Hoe dient de civiele rechter in de praktijk met dit risico om te gaan? De heersende opvatting in de nationale en internationale literatuur lijkt te zijn dat de rechter in zo'n geval dient na te gaan of procedurele waarborgen – zoals die genoemd in hoofdstuk 4 – in acht zijn genomen,[2121] omdat een inhoudelijke toets of een norm bijvoorbeeld mededingingsbeperkend is in de praktijk zeer lastig zal zijn. Of de civiele rechter in de praktijk wel aan een dergelijke procedurele beoordeling toekomt is echter de vraag in het licht van het partijdebat (nr. 267).

240 Zorgplichten van marktdeelnemers in de keten met het oog op transactieschade en productnormen

Transactieschade, waaronder ik hier versta de schade aan het product zelf,[2122] komt traditioneel gezien niet voor vergoeding in aanmerking op grond van productaansprakelijkheid, niet op grond van de richtlijn maar ook niet onder

[2119] Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad,* IV Ongeoorloofde mededinging, paragraaf IV.2.2.18 (actueel t/m 14 oktober 2018), mede onderverwijzing naar Verkade 1986, p. nr. 18 en 19.
[2120] HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos, Tandartsen*). Zie ook HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, *JGR* 2006/35 (*Pfizer Health, Pharmacia/Cosmétique, vervolg*) (nr. 206)
[2121] Zie hoofdstuk 4, alsmede o.a. Kristic e.a. 2009, p. 578 die voor toepassing in de rechtzaal enige 'principes van de interne moraliteit van private regelgeving' formuleren die voornamelijk zien op procedurele waarborgen. Zie ook Lee 2011 p. 752-758 die voor de betekenis van allerlei vormen van regulering voor normstelling in het delictuele aansprakelijkheidsrecht focust op '*three process questions (purpose, tools and participation)*'.
[2122] Transactieschade is een begrip met een contractuele lading. De koper krijgt minder dan dat het op grond van de overeenkomst voor de overeengekomen prijs was toegezegd.

het nationale ongeschreven recht.[2123] Van het risico op schade aan het product zelf wordt aangenomen dat deze contractueel worden gealloceerd binnen de handelsketen (met uitzondering van dwingend recht en de regresregelingen bij consumentenkoop, zie nr. 170).[2124] De introductie van een directe actie jegens de producent voor transactieschade in het kader van de harmonisatie van het consumentenkooprecht strandde eerder.[2125] Hartkamp en Sieburgh menen in navolging van Duyvensz dat de transactieschade op grond van een reguliere onrechtmatige daad van de producent zou kunnen worden gevorderd.[2126] Duyvensz noemt als belangrijkste argument hiervoor het beginsel van volledige compensatie.[2127] Tegelijkertijd meent ook hij dat daarvoor aanvullende omstandigheden nodig zijn,[2128] zoals bijzondere mededelingen die over het product zijn gedaan[2129] of een marktdeelnemer die het product blijft verhandelen terwijl hij wist dat het product ondeugdelijk was of indien het product zich al bij de kopers bevindt en hij nalaat hen daarover te informeren.[2130] De enkele gebrekkigheid van het product is daarvoor onvoldoende. De Hoge Raad heeft zich nog niet over deze vraag uitgelaten.

Lagere rechters wijzen een vordering op de producent tot vergoeding van transactieschade wel eens toe met toepassing van het *Du Pont*-criterium, zoals in *DAF/Achmea* in lagere instantie. Het cassatiemiddel was echter niet gericht tegen de door het hof toegewezen transactieschade, maar tegen het oordeel over het in het verkeer brengen. Uit dit arrest mag dan ook niet de conclusie worden getrokken dat het vorderen van transactieschade met toepassing van het lichte criterium voor productaansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 1 e.v. BW op basis van dit arrest is toegestaan.[2131] Desalniettemin acht ook ik het voorstelbaar dat indien de gedraging maar voldoende ernstig is, de vergoeding van transactieschade op enig moment toch in beeld kan komen in de zin dat ook een ongeschreven norm die strekt tot vergoeding van transactieschade

[2123] Keirse 2015a, p. 151 voor productaansprakelijkheid. Du Perron 1999, p. 286 voor art. 6:162 lid 1 e.v. BW zoals ook aangehaald door Duyvensz.

[2124] Art. 9 richtlijn resp. art. 6:190 BW. Zie ook Veldt & van Boom 2015, p. 389 met de kanttekening dat het hof in *Boston* spreekt over de vervangingskosten, waar wellicht onbedoeld ook de transactiekosten ook onder zouden kunnen vallen. HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13*), r.o. 50.

[2125] Zie hierover uitgebreid alsmede, Ebers e.a. 2009, p. 1 e.v.

[2126] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/259 onder verwijzing naar Duyvensz 2010, p. 659 e.v.

[2127] Duyvensz 2010, p. 661.

[2128] Duyvensz verwijst in dat verband de gezichtspunten uit HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

[2129] HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279 (*Moffenkit*).

[2130] Het enkel rekening hoeven houden met de belangen van derden acht hij een relevante, doch niet doorslaggevende omstandigheid, omdat in de praktijk een koopovereenkomst veelal deeluitmaakt van een keten, Duyvensz 2010, p. 663. Hij trekt een parallel met HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, *NJ* 2010/83 (*Moerings/Mol, Pootaardappelen*) dat echter een contractueel geschil betrof waarbij verplaatste schade, namelijk schade van de afnemers van Mol, van Moerings als producent van pootaardappelen werd gevorderd.

[2131] A-G Hartlief haalt in zijn conclusie bij HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, *NJ* 2017/48 (*DAF/Achmea*) onder 5.6 en 5.8 reflexwerking van de gebrekkigheid aan, doch in de procedure werd de schade aan de gebrekkige DAF zelf gevorderd. Zie enthousiast positief, doch later in de tekst met dezelfde belangrijke nuanceringook Van Huizen 2017, p. 12 en 16.

wordt geschonden. Ik betwijfel of de drempels hiervoor niet nog hoger liggen dan door Duyvensz aangegeven, waarbij ik denk aan opzet of bewuste roekeloosheid (vgl. Duitsland nr. 210 en Engeland nr. 217). De enkele schending van productnormen lijkt voor de vergoeding van transactieschade in ieder geval niet voldoende. Anders gezegd; zou men eventuele relativiteit van productnormen en de daarmee samenhangende plicht voor de producent aannemen in de zin van een beschermd belang van marktdeelnemers in de handelsketen of van eindgebruikers met het oog op transactieschade (of verplaatste schade),[2132] dan zou dat mijns inziens een verzwaring van de thans bestaande aansprakelijkheid van de producent krachtens het ongeschreven recht met zich kunnen brengen.

241 Zorgplichten van marktdeelnemers in de keten met het oog op economische belangen en zuivere vermogensschade: een economisch *Kelderluik*

In de praktijk zal het regelmatig voorkomen dat het schenden van productnormen een productcrisis binnen de handelsketen veroorzaakt en grote economische schade teweegbrengt; denk aan terughaal- en vernietigingskosten, kosten als gevolg van bedrijfsstagnatie, gederfde winst, reputatieschade en verlies aan marktaandeel. Keirse wijst erop dat dit soort gevallen zich met enige regelmaat – naar mag worden aangenomen – voordoen, waarbij het om aanzienlijke bedragen zal gaan. Zij vindt het daarom verrassend dat er relatief weinig jurisprudentie bestaat.[2133] Naast diverse praktische verklaringen voor het uitblijven van rechtszaken (zie ook nr. 9),[2134] bestaat er een juridische verklaring voor dit fenomeen. Hoewel de wet en de jurisprudentie geen onderscheid maken in de vergoedbaarheid van zaak-, letselschade of zuivere vermogensschade, lijkt de Nederlandse doctrine wel van een terughoudendere benadering van de vergoeding van economische schade uit te gaan.[2135] Het Nederlandse privaatrecht gaat niet zover als

---

[2132] Vgl.over verplaatste schade HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, *NJ* 2010/83 (*Moerings/Mol, Pootaardappelen*).

[2133] Keirse 2015a, p. 156.

[2134] Zo kan marktmacht in de keten en wederzijdse afhankelijkheid maken dat kosten worden gemaakt, maar geen rechtzaken worden aangespannen, vgl. De Hoon & Van Doorn 2013. Dergelijke schade is – met uitzondering van bereddingskosten bij een onmiddellijk dreigend gevaar – bovendien niet onder reguliere AVB-verzekeringen verzekerd, waardoor regres door een verzekeraar wellicht uit zal blijven, *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/546. Daar waar die afhankelijkheid niet bestaat, volgen op wanpresteren in de keten veelal niet-juridische sancties zoals het beëindigen van een relatie of passeren van een leverancier voor een latere transactie. Dit wordt ook wel de *rational theory of contracts* genoemd: Van Erp 2013, p. 352 onder verwijzing naar uitgebreide theorievorming en empirische studies.

[2135] Zie Barendrecht 1998, p. 115 e.v., die erop wijst dat de terughoudende benadering impliciet blijkt, onder meer uit de invulling van andere vereisten, zoals ook aangehaald door Hesselink 1999, p. 220. Vgl. Hijma in zijn noot bij HR 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*) in het kader van relativiteit: '*Voor een verschil in bejegening pleit, dat personenschade in ons recht een hogere status heeft dan andere schadesoorten en in diverse opzichten eerder voor vergoeding in aanmerking komt*.' Vgl. ook het uitgangspunt dat economische schade voor wat betreft de omvangfase ex art. 6:98 BW minder snel kan worden toegerekend dan personen- of zaakschade, alsmede de aanname dat economische schade eerder kan worden gematigd ex art. 6:109 BW, Hartlief 2015, p. 255.

bijvoorbeeld het Engelse of het Duitse recht waaronder *pure economic loss* onder het ongeschreven recht in de regel uitgesloten is, maar de categorieën van normen die strekken tot bescherming tegen zuivere vermogensschade lijken in de praktijk toch beperkt te zijn. Het beschermen tegen letsel- en zaakschade lijkt van groter normatief gewicht en van groter belang dan het beschermen tegen economische schade.[2136] Een opvallende zaak vormt het arrest *Amlin/Deutz* (*scheepsdieselmotor*) waarin het hof schade bestaande uit tijdverlet (gemiste omzet door stilliggen) heeft toegewezen onder de noemer productaansprakelijkheid.[2137] Dit soort gevallen vallen mijns inziens echter buiten enige vorm van reflexwerking. Qua materieel criterium valt men onder het Nederlandse recht terug op de kern van het leerstuk van de betamelijkheid, namelijk de gerechtvaardigde verwachting van justitiabelen onderling en de vraag in hoeverre een actor op het belang van de ander bedacht moet zijn en zijn gedrag hierdoor mede moet laten leiden.[2138] Aan de hand van de omstandigheden van het geval dient te worden bepaald of een professionele partij in bepaalde situaties rekening dient te houden met de (economische) belangen van een andere professional. Buiten traditionele gevaarzetting met het oog op fysieke gevaren, zijn de gevallen waarin rechtens rekening moet worden gehouden met financiële gevaren voor andere professionals vrij beperkt. Als besproken vormt concurrentievervalsing of oneerlijke mededinging een categorie waartegen het ongeschreven recht van oudsher beschermt. Buiten concurrentievervalsing lijkt in *B2B*-verhoudingen echter veel toegestaan.

Vanuit normatief oogpunt lijkt geen twijfel mogelijk of een schending van productnormen via het ongeschreven recht tot een onrechtmatige daad zou moeten leiden. Opvolgende schakels in de handelsketen worden het eerst geraakt door niet-naleving van producteisen of geharmoniseerde normen door voorschakels. Dat opvolgende schakels als eerste – veelal economische – schade zullen ondervinden bij de niet-naleving van productnormen lijkt evident en voorzienbaar. In dat licht lijkt de verwachting dus meer dan gerechtvaardigd dat voorschakels hun gedrag daarop afstemmen en zich mede door die economische belangen laten leiden. Zeker aangezien de bescherming van die economische belangen indirect zou kunnen bijdragen aan de bescherming van het fysieke en zakelijke belang van de uiteindelijke gebruiker. Aanname van een zorgplicht met die strekking zou – in ieder geval in theorie – een prikkel kunnen vormen voor marktdeelnemers tot het voorkomen van schade. Op die manier zou het toestaan van schadevergoeding in dat soort gevallen in theorie kunnen bijdragen aan de preventie van schade bij deze

[2136] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/61 noemen als categorieën van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen die strekken tot bescherming tegen economische schade o.a. ongeoorloofde mededinging, miscbruik van machtspositie, misleidende reclame, benadeling van schuldeisers, overeenkomsten en derden en beroepsfouten.

[2137] HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5803, *NJ* 2011/69 (*Scheepsdieselmotor*), zoals blijkt uit r.o. 1.6 en 2.2 waarin het hof mijns inziens ten onrechte het Du Pont-criterium hanteert.

[2138] *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/56 en 75. Vgl. ook HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, *NJ* 1996/196 (*Staat/Shell*).

partijen en bij derden. Marktdeelnemers in de keten bevinden zich immers in een optimale informatiepositie waar het gaat om inbreuken (nr. 87),[2139] zeker omdat zij op grond van het verdere productveiligheidsrecht klachten en andere incidenten door te geven aan eerdere schakels in de keten (zie eerder hoofdstuk 2). Economische schade treedt naar verwachting eerder op dan zaak- of letselschade, waardoor marktdeelnemers een niet-naleving van productnormen eerder in de portemonnee zullen voelen. Bovendien zullen zij veelal over meer middelen beschikken dan de gemiddelde productgebruiker. De twijfel slaat echter toe wanneer we kijken naar de bredere ratio achter een terughoudende vergoeding van *pure economic loss* in delictuele verhoudingen. Economische schade behoort tot het bestaande bedrijfsrisico. Dit wordt binnen de keten via contracten gealloceerd en aan de marktwerking overgelaten. Een terughoudendere vergoeding van zuiver economische schade is mede gelegen in macro-economische argumenten als het voorkomen van *floodgates* en hoge systeemkosten, de eerdergenoemde betaalbaarheid van producten die moet worden gewaarborgd en de verzekerbaarheid van risico's.[2140] Productaansprakelijkheid vormt van oudsher een belangrijke uitzondering op het uitgangspunt dat risico's op schade binnen de handelsketen worden gealloceerd.[2141] Om aan te nemen dat in het belang van de rechtsbescherming en een doeltreffende toepassing van EU-recht relativiteit in dit soort gevallen klakkeloos moet worden aangenomen, is te kort door de bocht. Voor deze rechtspolitieke keuzes die – bij gebreke van aanwijzingen van de EU-wetgever en het Hof van Justitie – thans op het bord van de nationale civiele rechter liggen, bestaat thans onvoldoende informatie over onder meer de invloed van aansprakelijkheid op het gedrag van dit soort professionele actoren ter bepaling of een prikkel bestaat dan wel nodig is en over de impact op de verzekerbaarheid en de kosten van producten. Ik kom hier in de slotbeschouwing nader op terug (nr. 285). De vraag is of de civiele rechter zich in deze omstandigheden maar afwachtend moet opstellen en aansprakelijkheid stelselmatig moet afwijzen. Ik meen dat indien bijkomende omstandigheden aanwezig zijn naast de schending van productnormen – vgl. de genoemde omstandigheden bij transactieschade, nr. 240 – en de opvolgende marktdeelnemers in de keten de hoge drempel van het bewijzen van een causaal verband kunnen overwinnen er thans reeds voldoende normatieve rechtvaardiging bestaat om schadevergoeding toe te wijzen op

[2139] Vgl. Van Boom maar dan ten aanzien van de handhaving van het privaatrecht zelf via privaatrechtelijke remedies, van Boom 2007b, p. 9. Zie meer in het algemeen Van Boom 2006a, p. 30 onder verwijzing naar Shavell 1984b, p. 271 e.v.

[2140] Vgl. Van Boom e.a. 2004, p. 43-46. Vgl. voor Engels recht Bernstein 2013, paragraaf 1.4, waarin wordt geïllustreerd dat de achterliggende rechtvaardiging voor de beperkte vergoeding van *pure economic loss* in de rechtspraak naar Engels recht niet zo zeer was gelegen in een principieel verschil in de aard van de schade alswel in het voorkomen van een situatie van onbeheersbare aansprakelijkheid. Onbeheersbare aansprakelijkheid zou dreigen indien te ver verwijderde schade voor vergoeding in aanmerking zou komen.

[2141] Dommering-van Rongen 1991, p. 8 e.v. voor de historische ontwikkeling van het productaansprakelijkheidsrecht. Zie ook Stapleton 1994, p. 89 e.v. over de onderliggende theorieën van aansprakelijkheid voor producten.

grond van schending van het ongeschreven recht. De schending van een productnorm kan bijdragen aan het oordeel dat een ongeschreven norm is geschonden, maar resulteert mijns inziens niet een-op-een in schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm jegens deze partijen. Voor de wetgever (denk aan impact assessments) en de rechtswetenschap is hier echter nader werk aan de winkel voor onderzoek naar het nut en de effecten van dit soort aansprakelijkheden.

Ten slotte is nog denkbaar dat een fabrikant betoogt te zijn aangetast in zijn eigen economische belangen door schending van productveiligheidsverplichtingen door een distributeur, indien de laatste bijvoorbeeld in strijd met het productveiligheidsrecht niet tijdig melding maakt bij de producent van een ontdekte inbreuk op productnormen, waardoor de producent zijn schade niet heeft kunnen beperken (denk aan extra productaansprakelijkheidsclaims die voorkomen hadden kunnen worden of reputatieschade). Thans is nog onduidelijk wanneer op grond van ongeschreven recht een meldplicht bestaat, of deze meldplicht onder invloed van het geschreven recht kan worden aangescherpt en of deze meldplicht strekt tot bescherming van de economische belangen van de fabrikant en diens economische schade. Ook hier wreekt zich het gebrek aan kennis over de effecten van vergaande aansprakelijkheid.

242 Marktdeelnemers als opstal- en zaakbezitters en productnormen

Een dienstverlenende fabrikant, importeur of distributeur, die de eigendom van zaken niet overdraagt en ter uitvoering van de dienst gebruikmaakt van een product of zaak die hij bezit, zal bij schade aan personen of andere zaken veelal (ook) aansprakelijk kunnen worden gehouden als bezitter ex art. 6:173 BW voor gebrekkige roerende zaken en ex art. 6:174 lid 1 BW voor gebrekkige opstallen voor zover het product daar bestanddeel van is geworden (behoudens onder de eerste grondslag de kanalisatie naar de producent bij productaansprakelijkheid ex art. 6: 173 lid 2 BW). Productnormen kunnen onder de gebrekkigheid aan de geobjectiveerde *Kelderluik*-factoren worden gerelateerd, zoals dat thans ook al gebeurt met andere wettelijke normen en normalisatienormen (§§ 7.3.2.3 en 7.3.2.4).

7.3.3 Tussenconclusie

243 Strijd met de wet, de hoge eisen in de Nederlandse jurisprudentie aan relativiteit en het vereiste van toerekenbaarheid

Uit de voorgaande uiteenzetting volgt dat voor een beroep op ‘strijd met de wet’ schending van een AVV vereist is. Producteisen vormen in combinatie met de verplichtingen voor marktdeelnemers AVV’s. Een schending van een geharmoniseerde norm kan nooit resulteren in ‘strijd met de wet’, maar geharmoniseerde normen kunnen wel een belangrijke aanwijzing vormen voor ‘strijd met de wet’ en gelaagd van toepassing zijn.

Naar Engels en Duits recht lijkt relativiteit van producteisen met het oog op de belangen van gebruikers in ieder geval aanwezig. Voor concurrenten en

andere marktdeelnemers lijkt echter geen schadevergoedingsactie uit reguliere onrechtmatige daad wegens strijd met de wet open te staan. *Pure economic loss* lijkt in ieder geval niet onder het beschermingsbereik van de nationale implementatiebepalingen van het productveiligheidsrecht te vallen. Zie voor een verbodsactie voor concurrenten in Duitsland echter nr. 246. Naar Nederlands recht lijkt relativiteit bij schending van de verplichtingen door marktdeelnemers veelal te ontbreken door de hoge eisen die blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad voor de aanwezigheid van relativiteit worden gesteld. Het Europese recht focust namelijk op algemene doelen en de nationale wetgever heeft geen expliciete aanwijzingen gegeven over eventuele privaatrechtelijke remedies. Men zou ervoor kunnen kiezen om op nationaal niveau minder strenge eisen aan de aanwijzingen voor relativiteit te stellen door uit de bescherming van algemene belangen de bescherming van individuele belangen af te leiden. Op die manier worden producteisen in de rechtsverhouding tussen producent en de gebruiker daadwerkelijk minimumnormen. In het licht van de doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming als genoemd in hoofdstuk 3 kan ervoor worden gekozen zo'n ruime benadering ook te hanteren voor de belangen van bijvoorbeeld concurrenten; hun individueel belang correspondeert met het algemene belang van een eelijke mededinging. Rechtsbescherming kan echter ook worden gecreëerd via het ongeschreven recht met toepassing van de correctie-Langemeijer. Deze correctie hoeft echter niet altijd te worden gehonoreerd, hetgeen tot meer rechtsonzekerheid zal leiden. De correctie geeft wel ruimte voor maatwerk.

Schending van een AVV is – anders dan naar Engels recht – naar Nederlands recht niet per definitie toerekenbaar, maar aannemelijk is dat op grond van de verkeersopvatting zo'n onrechtmatige daad al snel aan een marktdeelnemer kan worden toegerekend in het licht van onder andere het profijt- en het gevaarzettingsbeginsel. De slechte kenbaarheid van geharmoniseerde normen staat mijns inziens vooralsnog niet aan toerekening van een met gelaagde toepassing vastgestelde onrechtmatige daad in de weg.

244 Strijd met het ongeschreven recht: het relateren van productnormen aan het kennisniveau van de actor en aan de gezichtspunten bij gevaarzetting

Naar Nederlands recht zijn de objectieve kenbaarheid van het risico en de voorzienbaarheid van het risico voor de laedens in kwestie belangrijke factoren voor het bepalen van de ongeschreven zorgplicht van de desbetreffende persoon. Wij hanteren in ons nationale recht – anders dan in Duitsland – echter geen nadere indeling in het type kennis dat van een laedens mag worden verwacht dat kan worden gerelateerd aan het informatieniveau dat vastligt in een bepaalde norm. In Duitsland hanteert men een indeling in diverse kennisniveaus: *'anerkannte Regeln der Technik'*, *'Stand der Technik'* en '*Stand von Wissenschaft und Technik*'. In het licht van het productveiligheidsrecht kan daar nog een niveau aan toe worden gevoegd:

producteisen die zijn vastgesteld uit voorzorg (nr. 236). Deze indeling kan ook onder ons nationale recht bruikbaar zijn voor het vertalen van de inhoud van de norm en het informatieniveau dat daarin vastligt, naar de kennis die van een bepaalde laedens mag worden verwacht (zie slotbeschouwing nr. 276 en 279) als factor waarom aan een productnorm meer of minder betekenis toekomt.

In Nederland is in de jurisprudentie een ontwikkeling gaande waarbij de gezichtspunten die onder het ongeschreven recht bij gevaarzetting relevant worden geacht, geobjectiveerd worden gebruikt bij de invulling van andere kwalitatieve aansprakelijkheden. Bij het bepalen van de betekenis van andere wettelijke normen en normalisatienormen voor privaatrechtelijke normstelling in andere rechtsverhoudingen ziet men dat deze normen indirect relevant worden geacht en veelal moeten worden gerelateerd aan de gezichtspunten bij gevaarzetting (of buiten gevaarzetting: de gezichtspunten voor andere zorgplichten). De betekenis en toepassing lijkt in de praktijk echter altijd indirect te zijn in de zin dat de norm slechts één relevante factor is. De geschreven norm is zelden doorslaggevend, of het nu een AVV, vergunningsvoorwaarden, andere alternatieve normen of normalisatienormen betreft. Het gewicht van de norm wordt groter naar mate zij concreter is. Het gewicht wordt ook groter naar mate de norm meer is toegespitst op het risico in kwestie en rekening houdt met het mogelijke management ervan (lees: de te treffen voorzorgsmaatregelen). Zie nader nr. 278.

245 Strijd met het ongeschreven recht: reflexwerking van gebrekkigheid en productennormen en de aansprakelijkheid van andere marktdeelnemers

Als gezegd is het onduidelijk welke invulling het Hof van Justitie in de toekomst aan het gebrekkigheidsvereiste zal geven. Indien reflexwerking wordt aangenomen van de gebrekkigheid in de zin dat het gebrekkigheidscriterium de maatschappelijke betamelijkheid een-op-een invult dan is aannemelijk dat in de praktijk meer nadruk zal komen te liggen op het vereiste van toerekenbaarheid, aangezien de heersende opvatting is dat de zorgplichten en verantwoordelijkheden van de diverse partijen in de handelsketen onderling verschillen. Aangezien de ongeschreven plichten van andere markdeelnemers in de keten jegens gebruikers in de doctrine nauwelijks zijn uitgewerkt, kan inspiratie worden geput uit het geschreven recht (hoofdstuk 2) alsmede het uit het Duitse en het Engelse recht. In de buitenlandse jurisprudentie zijn concrete omstandigheden genoemd aan de hand waarvan de ongeschreven zorgplichten van deze actoren ook in Nederland nader kunnen worden vormgegeven. Productnormen zijn voor deze zorgplichten indirect van betekenis; de norm vormt slechts een eerste aanwijzing en is slechts een van de relevante omstandigheden van het geval. De zorgplichten van marktdeelnemers met het oog op de belangen andere partijen in de handelsketen (*B2B*) zijn het meest onduidelijk. Voor zover relativiteit van de geschreven plichten met het oog op deze belangen ontbreekt, meen ik dat er

thans al goede argumenten zijn om via het ongeschreven recht toch al enige rechtsbescherming aan deze partijen toe te kennen. Nader onderzoek is echter nodig om een vollediger beeld te krijgen over de daadwerkelijke effecten van dergelijke aansprakelijkheden (nr. 285).

De verschillende doorwerkingsmechanismen die in paragraaf 7.3 zijn geïnventariseerd, zijn in een schema weergegeven dat als Annex II bij dit onderzoek is gevoegd.

7.4 BIJZONDERE BUITENCONTRACTUELE EN HYBRIDE NORMEN

246 Duitsland: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Onder Duits recht bestaan voor concurrenten ruimere mogelijkheden om te ageren tegen schendingen van productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen op grond van de Duitse mededingingswet (UWG). Deze remedies staan ook open voor consumenten – zowel individueel als ook via een collectieve actie – en consumentenorganisaties. De UWG functioneert mede als implementatiewet voor de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame.[2142] Aangezien die normen hierna separaat worden behandeld en richtlijnconform dienen te worden geïnterpreteerd, zullen de bepalingen uit de UWG die daarop zien niet worden besproken. Binnen de UWG vormt § 3a UWG (voorheen § 4 Abs. 11 UGW), beter bekend als de *Rechtsbruch*, de voor dit onderzoek een bijzonder onderscheidende en belangrijke categorie.[2143] Voor een *Rechtsbruch* is vereist dat 1) in strijd is gehandeld met een voorschrift dat bestemd is om in het belang van de marktdeelnemer marktgedrag te reguleren, 2) de schending het marktgedrag van marktdeelnemers, consumenten of concurrenten merkbaar kan beïnvloeden en 3) er tussen de overtreder en de concurrent een concurrentieverhouding bestaat.[2144] Uit de rechtspraak van het Bundesgerichtshof blijkt dat bepalingen die strekken tot bescherming van de volksgezondheid tegen productrisico's als normen ad 1 – zijnde bestemd om in het belang van de marktdeelnemer marktgedrag te reguleren – kunnen worden gekwalificeerd.[2145] Van de meeste productformaliteiten (nr. 20), zoals de CE-markering (nr.49) en de identificatieplichten voor producenten (nr. 50) is in de feitenrechtspraak deze strekking eveneens aangenomen.[2146] Ook tegen

[2142] Richtlijn 2005/29/EG (Oneerlijke handelspraktijken) en § 4 UWG met een negatieve lijst die grotendeels overeenstemt met die van voornoemde richtlijn, respectievelijk Richtlijn 2006/114/EG (Misleidende en vergelijkende reclame) en § 5 en 6 UWG.

[2143] § 3a UWG: '*Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen*.'

[2144] Götting/Hetmank UWG § 3a Rechtsbruch, Rn. 3.

[2145] Weiß 2008, p. 415 onder verwijzing naar oudere rechtspraak. Zie ook Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler* 2019 Rn. 1.25.

[2146] Zie uitgebreid Hartmannsberger & Herzig 2016. p. 434 onder verwijzing naar feitenrechtspraak. Vgl. ook BGH 9.7.2015, I ZR 224/13, *GRUR* 2015, 1021 (*Kopfhörer-Kennzeichnung*) over § 3 Nr. 9 ElektroG, dat een identificatieplicht van de fabrikant inhoudt; de fabrikant moet kenbaar worden gemaakt op de verpakking van het product, omdat hij krachtens het EU-recht met het oog op het milieu verplicht is voor de afvoer van oude apparaten zorg te dragen. Importeurs en distributeurs mogen geen elektronica op de markt brengen waarop

een importeur of distributeur kan ex § 3a UWG worden geageerd, mits zij krachtens het productveiligheidsrecht een uitdrukkelijke plicht hebben om de aanwezigheid van een CE-markering en de andere gegevens te controleren.[2147] Over de niet-naleving van normalisatienormen wordt opgemerkt dat zij niet direct kunnen resulteren in een *Rechtsbruch*, omdat het geen bindende rechtsnormen zijn. Het ten onrechte propageren dat een product aan normalisatienormen voldoet, kan evenwel een oneerlijke handelspraktijk vormen (§ 5 UWG).[2148]

Hoewel bepalingen die strekken tot bescherming van de belangen van marktdeelnemers *in de keten* als bepalingen ad 1 kunnen worden gezien (vgl. ook het beschermingsdoel van de UWG als genoemd in § 1 UWG), staan hen zolang zij niet concurreren met hun voor- of naschakel geen remedies ten dienste op grond van de UWG. Slechts indien zij concurrent (*Mitbewerber*) zijn, kunnen zij ageren (zie § 8 Abs. 3 UWG en § 9 Abs. 1 UWG).[2149]

Als remedies kunnen een vordering tot staken van wederrechtelijk handelen of een gebodsactie tot recall of vernietiging van de goederen (*Beseitigungsanspruch of Unterlassungsanspruch*, § 8 Abs. 1 en 3 UWG), schadevergoeding (*Schadenersatzanspruch*, § 9 Abs. 1 UWG) of winstafdracht aan de Staat (§ 10 Abs. 1 UWG) worden ingesteld. Conform § 8 Abs. 4 UWG moet een *Beseitigungsanspruch* of *Unterlassungsanspruch* worden afgewezen indien er sprake is van misbruik. Conform § 9 Abs. 1 UWG is schuld vereist voor schadevergoeding.[2150]

---

een vermelding van de fabrikant ontbreekt. Deze plicht vormt volgens het BGH ook een *Rechtsbruch* in voornoemde zin.

[2147] Zie uitgebreid Hartmannsberger & Herzig 2016, p. 434.

[2148] Götting/Hetmank UWG § 3a Rechtsbruch,Rn. 58 en Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler* 2019, Rn 159.

[2149] Hoewel dit wellicht vreemd doet voorkomen in het licht van de algemene doelstelling van § 1 UWG, waarin *sonstige Martteilnehmer* wel zijn genoemd, zijn de remedies beperkt opengesteld. Een niet-concurrerende marktdeelnemer in de keten is geen *Mitbewerber* in voornoemde zin. Zie bijvoorbeeld Büscher/Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG 3. Auflage 2016 § 8 Beseitigung und Unterlassung, Rn. 14-15: '*Gläubiger des Beseitigungsanspruchs sind die in § 8 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 aufgeführten Mitbewerber, Verbände, Einrichtungen, Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern. Das ergibt sich nunmehr kraft ausdrücklicher Verweisung in § 8 Abs. 3 auf die in § 8 Abs. 1 angeführten Ansprüche, war jedoch zuvor schon allgemein anerkannt*.' En Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler* 2019§ 9, Rn. 1.10: '*§ 9 S. 1 ist nicht analog auf Verbraucher und sonstige Marktpartner anzuwenden. Die Normen des Wettbewerbsrechts bezwecken nämlich keinen Individualschutz im Vertikalverhältnis für Verbraucher und sonstige Marktpartner (zum früheren Recht bereits Bornkamm GRUR 1996, 527 (528 f.)). Ein Schadensersatzanspruch lässt sich auch nicht auf dem Umweg über § 823 II BGB begründen. Denn § 3 stellt kein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB dar. (...) Der Schutz im Vertikalverhältnis wird vielmehr ausreichend durch die Normen des Bürgerlichen Rechts gewährleistet. Soweit es um den außervertraglichen Rechtsgüterschutz geht (zB Schutz der Privatsphäre vor belästigender Werbung), sind die §§ 823 ff. BGB einschlägig. Soweit es um den Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit und den quasivertraglichen und vertraglichen Schutz von Vermögensinteressen geht, geben die §§ 119, 123 BGB, die Vorschriften über die Widerrufsrechte bei bestimmten Absatzverträgen (zB §§ 312 ff. BGB), über die Mängelhaftung (§§ 434 ff. BGB) sowie über die culpa in contrahendo (§§ 311 II, 280 BGB) usw ausreichenden Schutz. Eine Schutzlücke ist insoweit nicht zu erkennen.'*

[2150] Hetgeen blijkt uit de woorden *'vorsätzlich oder fahrlässig'*, Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler* 2019, § 9 UWG, Rn. 1.17.

247 Hybride: oneerlijke handelspraktijken

De Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken (hierna 'Richtlijn OHP') laat de sanctionering aan de lidstaten. Deze richtlijn is in ons nationale recht oorspronkelijk als bijzondere categorie van onrechtmatigheid geïmplementeerd (art. 6:193a e.v. BW), hetgeen de reden is waarom ik haar op deze plek behandel. In 2014 is in ons nationale recht echter mede een vernietigingsactie voor overeenkomsten gesloten onder invloed van oneerlijke handelspraktijken opgenomen (art. 6:193i lid 3 BW).[2151] Doordat de regeling ingrijpt op zowel het contractuele als het buitencontractuele recht is hij hybride. De Richtlijn OHP biedt in het licht van dit onderzoek en de reeds ruime bescherming onder de Richtlijn Consumentenkoop met name aanvullende bescherming buiten koop. Art. 6:213 BW voor gemengde overeenkomsten schept de mogelijkheid om de levering van een product in het kader van een dienst toch via de koopbepalingen te normeren, waardoor de praktische relevantie van de Richtlijn OHP waar het gaat om de schending van productnormen beperkt zal zijn.[2152] De vereisten onder de regeling OHP zijn bovendien erg hoog. Voorts ontbreekt rechtspraak over oneerlijke handelspraktijken in relatie tot producteisen, geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen. De norm zal hier dan ook zeer beperkt aan de orde zal komen.

Ten onrechte propageren dat een product voldoet aan producteisen of geharmoniseerde normen is een vorm van onjuiste informatieverstrekking, hetgeen op grond van art. 6 lid 1 aanhef en sub b Richtlijn OHP een misleidende handelspraktijk kan zijn,[2153] mits de informatie van de ondernemer de gemiddelde consument ertoe brengt een besluit over een transactie te nemen die hij anders niet had genomen (causaal verband). Het weglaten van *essentiële informatie* kan voorts een misleidende omissie ex art. 7 lid 1 en 2 Richtlijn OHP vormen, mits het gebrek aan informatie de gemiddelde consument brengt of kan brengen tot een besluit over een transactie dat hij anders niet had genomen (causaal verband).[2154] Art. 7 lid 4 en 5 Richtlijn OHP geven aan welke informatie als essentieel kan worden beschouwd (o.a. lid 4 sub b, informatie over '*de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin zulks gezien het medium en het product*

[2151] Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193j BW, aant. 6.

[2152] Vgl. ook Richtlijn (EU) 2019/771 (Consumentenkoop).

[2153] Art. 6 lid 1 OHP: '*Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen (...) b) de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles.*' Het artikel is in Nederland geïmplementeerd in art. 6:193c BW, in Duitsland in § 5 Abs. 1 UWG en in het VK in Reg. 5 (2) jo (4 t/m 6) CPR 2008.

[2154] Art. 7 lid 1 en 2 OHP zijn in Nederland geïmplementeerd in art. 6:193d lid 1 t/m 3 BW, in Duitsland in § 5A Abs.2 UWG en in het VK in Reg. 6 (1) CPR 2008.

passend is' en in lid 5; '*overeenkomstig de communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie, inclusief reclame en marketing, wordt als essentieel beschouwd* (*een niet-limitatieve lijst staat in bijlage II)*)'. Secundair productveiligheidsrecht staat niet in Bijlage II opgenomen. Desalniettemin kan secundair productveiligheidsrecht dwingen tot het geven van bepaalde informatie en kunnen producteisen en geharmoniseerde normen – net als andere geschreven normen – betrekking hebben op informatie die in voornoemde zin essentieel kan zijn voor de consument. Denk bijvoorbeeld aan eisen aan de informatie op speelgoed over de leeftijd van gebruikers,[2155] de identiteit van de fabrikant (nr. 50) en geharmoniseerde normen die testmethoden geven ten aanzien van stoffen die uiteindelijk op het etiket van cosmetica moeten worden vermeld.[2156] Voorts verklaart de producent met het aanbrengen van de CE-markering dat het product overeenstemt met het toepasselijke producteisen, hetgeen misleidend kan zijn indien het product daar niet aan voldoet.[2157] Hetzelfde kan gelden voor de geharmoniseerde normen genoemd in de *DoC* indien het product daaraan niet voldoet (nr. 48).[2158] De vraag is alleen hoe aannemelijk het is dat een consument zich bij een aankoopbeslissing laat leiden door technische informatie uit een *DoC* (causaal verband).

Pavillon en Tiggelaar stellen met betrekking tot de vernietigingsactie naar aanleiding van de Volkswagen-affaire de vraag aan de orde in hoeverre (niets vermoedende) professionele verkopers het risico van oneerlijke praktijken van producenten moeten dragen. Art. 6:193j lid 3 BW vereist namelijk een '*door hem* [lees: handelaar] *gepleegde oneerlijke handelspraktijk'*. Volgens hen kan, mits de causaliteit wordt aangetoond, de koopovereenkomst met een officiële dealer zonder meer worden vernietigd. De niet-erkende dealer of garage zou volgens hen langs de weg van art. 6:193j lid 2 BW kunnen aantonen dat de misleidende praktijk hem niet kan worden toegerekend: '*Dan is van een oneerlijke handelspraktijk gepleegd door de wederpartij geen sprake en is vernietiging op de voet van artikel 6:193j lid 3 BW niet mogelijk.'*[2159] In het licht van het productveiligheidsrecht werkt het verschil in onderszoekplicht van distributeurs onder de diverse instrumenten (hoofdstuk 2) op vergelijkbare wijze door. Is de distributeur niet gehouden noch in staat om bijvoorbeeld de aanwezigheid van een verklaring van overeenstemming te controleren – hetgeen een aanwijzing kan vormen of de CE-markering wel of niet terecht is aangebracht – dan kan bij het op de markt brengen van product met ten onrechte aangebrachte CE-markering in beginsel geen sprake zijn van een 'door hem gepleegde' oneerlijke handelspraktijk, waardoor uit hoofde van deze grondslag niet kan worden vernietigd.

[2155] Art. 14 lid 2 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed) alsmede bijlage V daarbij.
[2156] Overweging 53, art. 19 en art. 20 lid 1 Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica).
[2157] Art. 6:193g sub b en sub i BW dat Bijlage I onder 2 en onder 9 OHP implementeert.
[2158] Beweren dat een NB het product heeft gekeurd is tevens misleidend ex art. 6:193g sub d alsmede sub i BW.
[2159] Pavillon & Tiggelaar 2018, p. 78.

Handelaren kunnen zich als 'klant van een andere handelaar ('B2B')' niet beroepen op art. 5, 6 en 7 en bijlage I van de Richtlijn OHP als geïmplementeerd in het BW.[2160] Of een concurrent een beroep op een oneerlijke handelspraktijk jegens een andere concurrent ('B2B') toekomt is onderwerp van debat, hetgeen samenhangt met onduidelijkheid over de relativiteit van de in het nationale recht geïmplementeerde normen. De oorzaak voor deze onduidelijkheid is met die van het productveiligheidsrecht vergelijkbaar:[2161] de EU-wetgever laat de sanctionering van de OHP expliciet aan de lidstaten ex art. 11 OHP (vgl. nr. 72). De considerans van de OHP noemt echter mede het belang van concurrenten als beschermd belang (vgl. nr. 86).[2162] De nationale wetgever implementeerde de OHP in het BW echter als remedie voor consumenten (separaat van de misleidende reclame voor B2B-verhoudingen) en de parlementaire geschiedenis zwijgt over de bescherming van de belangen van concurrenten (vgl. nr. 74). De feitenrechtspraak loopt in de toepassing van de regeling tussen concurrenten uiteen (vgl. nr. 202).[2163]

De argumenten in het academische debat voor of tegen relativiteit in voornoemde zin kunnen worden teruggevoerd op drie klassieke verschillen in opvattingen over de rol en functie van het privaatrecht:

- Op het punt van de taakverdeling tussen de wetgever(s) en de civiele rechter. Dit leidt tot een verschil in interpretatie van de opmerkingen in de considerans van de richtlijn en het zwijgen van de nationale wetgever. Sommige auteurs zien het zwijgen van de wetgever als een vrijbrief voor de rechter tot het aannemen van relativiteit.[2164] Volgens anderen pleit dit voor een terughoudende opstelling van de rechter (vgl. nr. 203).[2165]
- Over de vraag of rechtssubjecten via het privaatrecht alleen voor zuiver eigen belangen kunnen optreden of mede voor die van anderen.[2166]

[2160] Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW nr. B49a*) 2009/7.

[2161] Zie voor een overzicht van het debat Van Nispen, G*S Onrechtmatige daad, afd. 3A Boek 6 BW,* aant. 13 en Tigelaar 2017, p. 188-192. Over het antwoord op de vraag of relativiteit aanwezig is, zijn de meningen verdeeld. Zie voor een volmondig 'ja' o.a. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW nr. B49a*) 2009/7, de aldaar genoemde auteurs en feitenrechtspraak, omdat art. 11 de lidstaten de mogelijkheid zou laten een actierecht aan concurrenten toe te kennen, de bescherming van hun belang met zoveel woorden uit de considerans blijkt en uit het zwijgen van de nationale wetgever niet zomaar mag worden afgeleid dat relativiteit zou ontbreken. Zie voor een 'nee', omdat de Nederlandse wetgever niet expliciet voor sanctionering door concurrenten zou hebben gekozen, uit het systeem van de wet een onderscheid tussen oneerlijke handelspraktijken (B2C) en misleidende en vergelijkende reclame (B2B) blijkt en concurrenten niet zouden opkomen voor eigen belangen maar voor belangen van derden, o.a. Van Boom 2008b, p. 17; Kroon & Mastenbroek 2008, p. 260 en 261.

[2162] Overweging 6 en 8 van de considerans.

[2163] Tigelaar 2017, p. 193; Van Nispen, G*S Onrechtmatige daad, afd. 3A Boek 6 BW,* aant. 13.

[2164] Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Mon. BW nr. B49a*) 2009/7 en aldaar genoemde auteurs.

[2165] Van Boom 2008b, p. 17.

[2166] Van Boom 2008b, p. 17 in relatie tot art. 6:162 BW en mogelijke reflexwerking daaronder, hetgeen volgens hem een nieuwe interpretatie van relativiteit zou zijn. Zie ook Kroon & Mastenbroek 2008, p. 260 en 261, zoals ook aangehaald door Tigelaar 2017, p. 88, onder vermelding van nog meer auteurs. Anders: Verkade voornoemd, die het eigen belang van concurrenten beschermt ziet, een belang dat al sinds *Lindebaum/Cohen* ook in het ongeschreven recht bescherming toekomt.

- Over de vraag of privaatrechtelijke sanctionering in potentie zou kunnen bijdragen aan de handhaving van plichten. Overigens lijken ook de auteurs die strenger in de leer zijn en die relativiteit thans nog niet aanwezig achten, uiteindelijk voor het toekennen van een remedie voor concurrenten te zijn. Concurrenten zitten immers vaak in een betere informatiepositie, zullen eerder willen ageren tegen deze praktijken dan consumenten en beschikken veelal over grotere financiële middelen.[2167] Vergelijkbare argumenten noemde ik eerder reeds onder nr. 239 t/m 241 ter beantwoording van de vraag of markdeelnemers in de keten en concurrenten rechtsbescherming zou moeten worden geboden op schendingen van productveiligheidsrecht. Zie nader nr. 285.

248 Misleidende en vergelijkende reclame ('B2B')

De Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame is in ons BW geïmplementeerd in art. 6:194 BW als bijzondere categorie van onrechtmatig handelen.[2168] Sinds de invoering van de bepalingen over oneerlijke handelspraktijken staat een beroep op art. 6:194 BW slechts open voor personen die handelen in beroep of bedrijf (handelaren). De rechtsgrond is derhalve tot B2B-verhoudingen beperkt. Handelaren kunnen concurrenten zijn of marktdeelnemers in dezelfde handelsketen.[2169] Er moet sprake zijn van een mededeling met betrekking tot goederen of diensten die openbaar is gemaakt. De reeds onder oneerlijke handelspraktijken genoemde mededelingen over de gevolgde productnormen die uit hoofde van het productveiligheidsrecht op of bij het product moeten zitten, kunnen een mededeling in deze zin zijn, ervan uitgaande dat deze veelal gericht zijn op zowel opvolgende schakels in de keten als de eindgebruiker.[2170] Ter beantwoording van de vraag of de mededeling misleidend is, wordt volgens de MvT gekeken of 'deze zodanige onwaarheden of halve waarheden bevat dat het publiek in goed vertrouwen afgaat op de juistheid van de gedane mededelingen en als gevolg daarvan bijvoorbeeld tot aankoop van de aangeprezen goederen overgaat'.[2171] Daarbij werd in de zaak *Gut Springerheide* onder de oude richtlijn nog de consument-maatman tot uitgangspunt genomen. Thans betoogt Verkade om naar analogie een handelaar-maatman tot uitgangspunt te nemen voor mededelingen die

[2167] O.a. Van Boom 2008b, p. 17 en aldaar genoemde auteurs. Zie ook Van Nispen, Huydecoper, Cohen Jehoram, *Industriële eigendom 3*, 2012, nr. 6.2.6. Van Bochhove 2013, p. 330 pleit voor een oplossing via reflexwerking. Zie voor andere bronnen, Van Nispen, G*S Onrechtmatige daad, afd. 3A Boek 6 BW,* aant. 13.
[2168] Richtlijn 2006/114/EG (Misleidende en vergelijkende reclame). Art. 6:194 aanhef BW: '*Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is, zoals ten aanzien van: (…)'*
[2169] Verkade *(Mon. BW nr. B49b)* 2011, nrs. 8 en 14.
[2170] Vgl. Verkade *(Mon. BW nr. B49b)* 2011, nr. 20 onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en *Asser, Hartkamp & Sieburgh 6-VI** 2011, nr. 316.
[2171] Verkade *(Mon. BW nr. B49b)* 2011, nr. 33 onder verwijzing naar Kamerstukken II 1975/1976, 13 611, nr. 3, p. 10 (MvT).

alleen op handelaren zijn gericht, hetgeen mij juist lijkt.[2172] Het ten onrechte aanbrengen van een CE-markering en het ten onrechte hanteren van een markering die door een ander is aangevraagd, is in de feitenrechtspraak meermaals bestempeld als een misleidende mededeling zijn ex art. 6:194 sub f en i BW.[2173] Het ten onrechte melden dat een product conform de geharmoniseerde normen een bepaald energieverbruik heeft eveneens.[2174] Een productnorm kan direct voor de mededeling van betekenis zijn indien conformiteit met een productnorm of andere normalisatienorm wordt beweerd. Productnormen kunnen ook indirect worden gebruikt om de juistheid van een andere claim – bijvoorbeeld dat een product veilig of geschikt is – of de onjuistheid daarvan aan te tonen. In een procedure die de Hoge Raad heeft gehaald gebruikte een gerechtsdeskundige uit eigen beweging een zuiver private KIWA-norm (BRL 4101-4) ter beoordeling van de juistheid van de mededeling dat gevelbekleding uv-bestendig was. De zaak werd in cassatie ex art. 81 RO afgedaan.[2175]

Overigens valt op dat alle procedures ex art. 6:194 BW in relatie tot productnormen tot nu toe concurrenten betroffen. Een vordering tot een ge- of verbod zal door concurrenten veelal worden ingesteld in kort geding. Voor zover de juistheid van tests of een certificering bij de voorzieningenrechter in twijfel wordt getrokken, is voor de rechter uiteraard terughoudendheid geboden aangezien in kort geding slechts beperkte bewijsverrichtingen kunnen plaatsvinden en een verbod of gebod vergaande gevolgen kan hebben.[2176] Art.

[2172] HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *NJ* 2000/374 (*Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*) en Verkade *(Mon. BW nr. B49b)* 2011, nr. 12 en 35. Vgl. Rb. Amsterdam 19 januari 2011, zaaknummer /rolnummer: 428586 / HA ZA 09-1631, *IEPT* 20110119 (*Stybenex/Rockwool*), welke uitspraak Verkade enigszins kritisch benaderd (zie nr. 12).

[2173] Rb. Arnhem 22 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO2174 (*Basic Holdings, Glen Duplex/Bouwmaterialenhandel De Heuning*); Rb. Arnhem (vrz.) 23 juni 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU1580 (*Microtek Medical/Beldico*).

[2174] Rb. Breda 28 juli 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AQ5694, *IER* 2004, 98.

[2175] Conc. A-G Harlief van 18 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:244, onder 18.1.6 bij HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:444.

[2176] Vgl. Rb. Dordrecht (vrz.) 13 oktober 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU4279, waarin een verbod op het verhandelen van een Kedge wordt afgewezen, doch een gebod tot staken van de mededeling dat de Kedge voldoet aan de EN 795 en een gebod tot rectificatie wordt toegewezen. In r.o. 36: '*KSS bestrijdt de testmethodes en -resultaten van Satra (en andere onderzoeksinstituten) waaruit blijkt dat de Kedge niet aan EN 795 voldoet. De omstandigheid dat de betreffende beproevingen van de Kedge door Satra (en andere onderzoeksinstituten) niet zijn uitgevoerd ten overstaan van KSS of na behoorlijke oproeping van deze brengt met zich dat in het beperkte kader van dit kort geding niet van de juistheid en volledigheid van die beproevingen c.q. resultaten kan worden uitgegaan. Hetzelfde geldt voor de in opdracht van Latchways in september 2005 in Houston, Verenigde Staten uitgevoerde beproevingen, waartoe Latchways KSS wel heeft uitgenodigd, omdat van KSS in redelijkheid niet verwacht kon worden (financieel bij te dragen aan de uitvoering van die beproevingen en) daarvoor naar Houston te reizen, terwijl de voor de testen gewenste gunstige weersomstandigheden zich in die maand aanmerkelijk dichterbij het bedrijf van KSS voordeden.'* En r.o. 46: *'Weliswaar zijn in kort geding de regels omtrent bewijslastverdeling niet (zonder meer) van toepassing, maar gelet op de voor het onderhavige rechtsgebied uit art. 6:195 BW voortvloeiende bewijslastverdeling, de gedocumenteerde onderbouwing van de stellingen van Latchways c.s. en de omstandigheid dat de discussie tussen partijen over dit onderwerp kennelijk al sedert begin juli 2005 gaande is, lag het op de weg van KSS om de juistheid en volledigheid van haar onder 44. bedoelde mededelingen in kort geding te staven, althans de gedocumenteerde falsificatie van die mededelingen door Latchways c.s. te ontzenuwen. KSS heeft, echter, niet*

6:195 BW bevat een omkering van de bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid; de laedens dient de juistheid of volledigheid van de feiten en/of de mededeling te bewijzen.[2177] Naast schadevergoeding kan een verbod of rectificatie worden gevorderd (art. 6:196 BW), eventueel ook door middel van een collectieve actie (art. 3:305a BW).[2178] In de zaak *Stybenex/Rockwool* werd een collectieve actie ingesteld door piepschuimhandelaren tegen Rockwool als producent van isolatiemateriaal met steenwol in verband met een brochure, waarin onder verwijzing naar testmethoden uit EN-normen werd betoogd dat steenwol onbrandbaar zou zijn. De piepschuimhandelaren achtten dit misleidend, omdat steenwol in de praktijk nooit puur wordt toegepast, maar in ander materiaal wordt verwerkt om als isolatie kunnen dienen. Opvallend is dat de rechter in deze zaak mede keek naar het doel en de strekking van de EN-normen aan de hand van de toelichting daarbij, ter bepaling of de daaraan verbonden conclusie in brochure misleidend was. Uiteindelijk achtte de rechter de verwijzing naar de EN-norm, de daaraan verbonden conclusie en het gebruik van een tabel uit een andere NEN-norm niet, maar de rest van de brochure wel misleidend.[2179]

In relatie tot misleidende mededelingen is nog een zaak bij de rechtbank Den Haag noemenswaardig. De rechtbank oordeelde dat de Consumentenbond, die beschermfactor voor zonnebrand had getest overeenkomstig de NEN-EN-ISO-normen, de vervolgens bekendgemaakte testresultaten niet hoefde te rectificeren.[2180]

249 Vreemde eend: de aansprakelijkheid van de gemachtigde onder de Verordeningen Medisch hulpmiddelen

In nr. 58 is een revolutionaire bepaling uit de nieuwe Verordeningen voor medische hulpmiddelen behandeld, namelijk de aansprakelijkheid van de gemachtigde. De overeenkomst met de gemachtigde (de interne verhouding) is onder nr. 146 besproken. Hier komt de vordering van de patiënt op de gemachtigde aan de orde (de externe verhouding). Voor deze norm is de niet-naleving van producteisen direct en van geharmoniseerde normen gelaagd relevant, omdat de gemachtigde door de patiënt aansprakelijk kan worden gehouden voor schendingen van beide door de fabrikant terwijl de gemachtigde zelf niet hoeft te hebben gehandeld.

De nieuwe aansprakelijkheid vormt een breuk met onze nationale kwalitatieve aansprakelijkheden voor het handelen van andere personen, nu deze veelal zijn gebaseerd op het profijtbeginsel (art. 6:170 of 6:171 BW). Wat

---

gedocumenteerd gestaafd dat de Kedge "in de praktijk [is] getest en is goedgekeurd volgens EN 795", respectievelijk dat de Kedge is "getest op diverse daksystemen in praktijkomgeving (...) door ZS (...) volgens EN 795", respectievelijk bij "gebruikstemperatuur [is] getest bij -20ºC tot +60ºC".'

[2177] Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, 6:195 BW, aant. 2 (actueel t/m 11-10-2018). De stelplicht blijft bij de wederpartij liggen.

[2178] Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, 6:196 BW, aant. 2 en 5.

[2179] Rb. Amsterdam 19 januari 2011, zaaknummer /rolnummer: 428586 / HA ZA 09-1631, *IEPT* 20110119 (*Stybenex/Rockwool*).

[2180] Rb. Den Haag (vrz.) 6 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13142.

het profijt is van de gemachtigde van het gedrag van de producent, anders dan dat hij naar verwachting voor zijn werkzaamheden betaald zal krijgen, is onduidelijk. Ook het aloude privaatrechtelijke beginsel van *culpa in eligendo* dat bij contractuele wettelijke toerekening een rol speelt (zoals art. 6:76 BW), op grond waarvan men aansprakelijk is voor het laten uitvoeren van een eigen taak door iemand anders die men zelf heeft gekozen, lijkt geen verklaring te bieden. Dit lijkt een spiegelbeeldig geval, aangezien de gekozene – de gemachtigde – aansprakelijk is voor het nalaten door de kiezer, de producent. De aansprakelijkheid lijkt zuiver ingegeven door slachtofferbescherming. Doordat de aansprakelijkheid uit art. 11 lid 5 Verordening Medische hulpmiddelen een volledig accessoire aansprakelijkheid is, biedt het artikel een grote versterking voor de verhaalspositie van de patiënt. De bepaling roept ook nieuwe vragen op. Kan de gemachtigde bijvoorbeeld ook aansprakelijk worden gehouden voor opzet of bewuste roekeloosheid van de fabrikant of in geval van doelbewuste misleiding? En wat als een exclusieve en financieel afhankelijke importeur of distributeur door zijn fabrikant wordt gevraagd om als gemachtigde op te treden en deze vanwege een bestendige handelsrelatie feitelijk geen keus heeft dit te weigeren? Mij lijkt het aannemelijk dat dergelijke factoren voor de interne verhouding relevant zijn, maar in de externe verhouding uit hoofde van patiëntenbescherming niet relevant worden geacht. Het causale verband en de omvang van de schade is niet nader in de verordeningen gereguleerd, waardoor naar alle waarschijnlijkheid terug moet worden gevallen op het nationale recht.

250 Tussenconclusie

Oneerlijke handelspraktijken en misleidende en vergelijkende reclame zijn normen waarvoor productnormen direct dan wel indirect van betekenis kunnen zijn, mits sprake is van een naar buiten toe kenbare uiting dat een product aan bepaalde productnormen voldoet of eigenschappen heeft waarvoor die normen relevant zijn. Indien het sectorspecifieke productveiligheidsrecht van toepassing is, zal een uiting veelal aanwezig zijn in de vorm van de CE-markering of de *DoC*. Bij producten die vallen onder RAPV ontbreken de CE-markering en *DoC* echter, waardoor een andere verklaring van een marktdeelnemer nodig is om deze grondslagen bij schending van productnormen van toepassing te laten zijn.

7.5 HET VEREISTE VAN CAUSAAL VERBAND

251 Introductie

Het vereiste van causaal verband in de zin van het condicio sine qua non-verband in de vestigingsfase van buitencontractuele aansprakelijkheid is in beginsel slechts van toepassing indien schadevergoeding wordt gevorderd. Europese productnormen vormen een belangrijk middel tot bewijsverlichting voor de benadeelde, waardoor het past dit vereiste hier uitgebreid te behandelen. In deze paragraaf zal ook worden ingegaan op causaal verband in de omvangfase, de toerekening naar redelijkheid.

Ter voorkoming van het stranden van een vordering op het causaliteitsvereiste zullen veel gelaedeerden hun vordering niet snel alleen stoelen op een schending van een wettelijke plicht, maar mede voor het brede anker van de maatschappelijke betamelijkheid gaan liggen. Bij die laatste categorie kunnen immers veel meer omstandigheden bij de privaatrechtelijke norm en dus ook mogelijke oorzaken van de schade worden betrokken dan bij de eerste. Doordat zorgvuldigheidsnormen worden geformuleerd met het oog op alle omstandigheden van het geval en we eerder hebben gezien dat de rol van externe normen dan verwatert of indirecter wordt (§ 7.3.2), betekent dit dat bij causaliteit de betekenis van productnormen ook vaak – maar niet altijd – indirect is.

Aan de orde komen wederom het buitenlandse recht (§ 7.5.1). Bij die bespreking zal alleen het Duitse recht worden besproken. Het Engelse recht zal niet separaat aan de orde komen, omdat de aanwezigheid van een productnorm geen bijzondere betekenis voor de invulling of de toets aan dat vereiste lijkt te hebben. Hierna zal het Nederlandse recht worden behandeld (§ 7.5.2). De Nederlandse feitenrechtspraak over normalisatienormen in relatie tot causaal verband ziet met name op de omkeringsregel en zal daaronder eveneens aan de orde komen. De paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie (§ 7.5.3).

7.5.1 Buitenlands recht

252 Duitsland: bewijsvermoedens en productnormen

Naar Duits recht kan schending van een *Schutzgesetz* dat strekt tot de voorkoming van een specifiek gevaar aanleiding vormen voor *Indizien*- respectievelijk *Anscheinsbeweis* van causaal verband, indien dat specifieke gevaar waartegen de norm beschermt zich na de *Schutzgesetzverletzung* voordoet.[2181] In de literatuur wordt aangenomen dat indien het verbod ex § 3 Abs. 1 ProdSG wordt geschonden en producten in het verkeer worden gebracht die niet voldoen aan het geharmoniseerde producteisen (§ 8 Abs. 1 S. 1 ProdSG) die tegen een bijzonder gevaar beschermen, een vermoeden van toepassing kan zijn. Daarvoor is wel vereist dat de aard en wijze van ontstaan van de schade (bijvoorbeeld letselschade) het typische gevolg zijn van dat bijzondere gevaar waartegen de norm beschermt. Hoe specifieker de norm en het met de schending ervan ontstane gevaar, hoe eerder de op een schending van de norm volgende schade naar ervaringsregels aan de normschending kan

[2181] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 13, Rn. 13 t/m 15. In uitzonderlijke omstandigheden heeft het BGH ook zuivere omkering toegestaan bij schending van *Schutznormen*. Zuivere omkering kan worden toegepast indien '*Wesen und Inhalt der materiellen Schutznorm und der in ihr enthaltenen Verhaltensanweisung es gebieten, den Schädiger aufgrund einer von ihm geschaffenen unklaren Beweislage die Sachverhaltsaufklärung und ihre Risiken aufzuerlegen*'. Aangenomen wordt echter dat zuivere omkering van de bewijslast van causaal verband terughoudend wordt toegepast en in de regel niet wordt toegepast bij producenten, Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 13, Rn. 11-12 onder verwijzing naar BGH 07.06.1988, VI ZR 91/87, *NJW* 1988, 2611 (*Limonadenflasche*) en verdere rechtspraak die ziet op andere rechtsverhoudingen.

worden gerelateerd.[2182] Gaat het om schending van een wettelijk voorgeschreven waarschuwingsplicht, dan is in feitenrechtspraak een vermoeden aangenomen dat de waarschuwing zou zijn gevolgd, ware die aanwezig geweest, waardoor de schade zich niet zou hebben voorgedaan.[2183]

In de feitenrechtspraak vormde schending van een DIN-norm die tot de *anerkannte Regeln der Technik* behoort eveneens grond voor het aannemen van een weerlegbaar vermoeden van causaal verband tussen de ontstane schade en de schending van de norm, in welk geval de *laedens* dient te bewijzen dat de schade niet het gevolg is van de normschending en dat deze ook zou zijn ontstaan indien de norm wel zou zijn nageleefd. Het betrof een zaak over grond van de buren die verschoof in een bouwput, doordat in strijd met de DIN-normen onvoldoende veiligheidsmaatregelen waren getroffen.[2184]

7.5.2 Nederlands recht

253 Omkeringsregel en productnormen

In de Nederlandse jurisprudentie is een zogeheten rechterlijk vermoeden tot ontwikkeling gekomen dat wel bekendstaat als de omkeringsregel. Indien sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en degene die zich op schending van deze norm beroept heeft bij betwisting aannemelijk gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden zich heeft verwezenlijkt, dan mag het condicio-sine-qua-non-verband worden aangenomen.[2185] Deze regel gaat op, tenzij degene die wordt aangesproken dit vermoeden ontzenuwt door aannemelijk te maken dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging

---

[2182] Foerste & v. Westphalen 2012, Prod.H.H., § 4, Rn. 15.

[2183] OLG Stuttgart 07-10-1991 - 7 U 3/91, *NJW-RR* 1992, 670 (*Spannungsprüfer*), over een spanningsmeter die werd geimporteerd uit Zuid-Korea en die bij gebruik boven een bepaalde spanningsgrens tot brandwonden leidde. Hiervoor werd niet gewaarschuwd in de door de importeur vertaalde gebruiksaanwijzing.

[2184] BGH 19.04.1991, V ZR 349/89, *NJW* 1991, p. 2021 (*Schade naburig perceel na grondwerkzaamheden*), r.o. III: '*Die DIN-Normen des Deutschen Instituts für Normung e.V. stellen anerkannte Regeln der Technik dar (BGHZ 103, 338, 341 f). Werden sie bei der Aushebung und Sicherung von Baugruben nicht eingehalten, insbesondere die für die Standsicherheit und Festigkeit eines Nachbargrundstückes anerkannten und für notwendig gehaltenen Maßnahmen nicht durchgeführt, so spricht wegen der damit verbundenen Gefahrerhöhung eine - widerlegliche - Vermutung dafür, daß im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Aushebung einer Baugrube auf dem Nachbargrundstück entstandene Schäden bei Beachtung der DIN-Normen vermieden worden wären und auf die Verletzung der DIN-Norm zurückzuführen sind (vgl. Marburger, Die Regeln der Technik, 1979, S. 448 ff, insbes. 453 f mit eingehenden Nachweisen). Die auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Beklagten hätten daher darzulegen und zu beweisen, daß die Schäden nicht auf der Verletzung anerkannter Regeln der Technik beruhen, also auch im Falle der Beachtung entstanden sein würden. In diesem Zusammenhang verbleibende Zweifel gehen zu Lasten der Beklagten und nicht des Klägers gehen*.' Zie ook Falke 2000, p. 423.

[2185] Zie voor de ontwikkeling o.m. HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*), r.o. 3.4.1; HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304, m.nt. Asser (*TFS/NS)*; HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*). Thans is leidend HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.7.

of tekortkoming zou zijn ontstaan.[2186] Voor de toepassing is niet vereist dat de normschending het gevaar aanmerkelijk moet hebben vergroot.[2187] De regel moet duidelijk worden onderscheiden van wettelijke of rechterlijke omkeringen van het bewijs*risico* (lees: zuivere of volledige omkering): toepassing van de omkeringsregel betreft slechts een vermoeden en het bewijsrisico wordt niet verplaatst.[2188]

De regel heeft bekendheid verworven bij schending van concrete veiligheidsnormen bij werkgeversaansprakelijkheid, beroepsaansprakelijkheid en wegbeheerdersaansprakelijkheid,[2189] maar is niet tot deze grondslagen en rechtsverhoudingen beperkt.[2190] De norm die kan zijn geschonden kan een geschreven dan wel ongeschreven (veiligheids)norm zijn, mits hij maar strekt tot bescherming tegen een specifiek gevaar dat zich vervolgens manifesteert. Meerdere auteurs hebben erop gewezen dat de overtreding van wettelijke of technische normen een grond kan vormen voor toepassing van de omkeringsregel bij productaansprakelijkheid. [2191] Schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm lijkt vooralsnog onvoldoende,[2192] maar uit een bijzondere ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zoals onrechtmatige gevaarzetting kan wel een bijzondere norm ter voorkoming van gevaar worden afgeleid (bijvoorbeeld een plicht tot het treffen van specifieke veiligheidsmaatregelen).[2193] Voor toepassing van de omkeringsregel moet de gelaedeerde niet de oorzaak van het ongeval bewijzen, maar wel feiten en gegevens stellen over de toedracht

---

[2186] HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.7.

[2187] HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.7.

[2188] Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/214; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/302. Reden om wel een volledige omkering van bewijsrisico aan te nemen bij wet of in rechte kan een structurele procedurele onevenwichtigheid zoals bewijsnood zijn, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017 /294. Giesen noemt in zijn dissertatie als mogelijke rechtvaardigingen: gevaarzetting, preventie, slachtofferbescherming, het domein of de invloedssfeer van de activiteit waar die aan de schade ten grondslag ligt (*Gefahrenbereich*), profijtgedachte, de strekking van de norm, een afhankelijkheidsrelatie, grondrechten, de informatieverdeling, gewekt vertrouwen, Giesen 2001, p. 409 e.v.

[2189] HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890, *NJ* 2009/28 (*Smeets/Gemeente Heerlen*), r.o. 3.6.

[2190] Voor het eerst ook buiten de schending van verkeers- of veiligheidsnormen toegepast voor wanprestatie of onrechtmatige daad (doch niet gehonoreerd) in HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, *NJ* 2001/524, m.nt. Vranken (*Ter Hofte/Oude Monnik*), r.o. 3.6 en 3.7. Zie voor een afwijzing van een beroep op de omkeringsregel bij aansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 1 BW voor schade aan andere zaken voor professioneel gebruik, Hof Arnhem 28 oktober 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AT9190, *NJ* 2003/305 (*Koolhaas/Rockwool, na verwijzing*).

[2191] Vgl. Snijders 1987, p. 80 die eerder betoogde dat de schending van producteisen een vermoeden kan rechtvaardigen van causaal verband, zoals ook Dommering-van Rongen 1991, p. 292 e.v. en Dommering-van Rongen 2000, p. 292 e.v. zoals ook aangehaal door Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:188 BW, aant. 2.3.

[2192] Snijders 2015, p. 2669.

[2193] Vgl. ook de voorbeelden uit de medische aansprakelijkheid waarin bij concreet nalaten ten aanzien van een gevaar (het niet tijdig uitvoeren van een keizersnede, het niet toepassen van permanente CT-bewaking van een foetus) de omkeringsregel wel toepassing vindt (*NJ* 2005/78 en *NJ* 2012/669), maar het schenden van de algemene norm van 7:453 BW niet tot toepassing van de omkeringsregel kan leiden (*NJ* 2004/307). Zie later o.a. HR 25 november 2005, ECLI:HR:2005:AU4042, *NJ* 2004/141, m.nt. Brunner (*Eurosportief c.s./Wesselink*), r.o. 3.4.5 en verdere rechtspraak hierna.

van het ongeval waaruit volgt dat het gevaar ter voorkoming waarvan de norm strekt zich heeft verwezenlijkt.[2194]

Voor toepassing van de omkeringsregel bij schending van producteisen, geharmoniseerde normen of andere normalisatienormen zal telkens concreet moeten worden bezien wat de exacte inhoud en strekking van die normen is, tegen welk gevaar ter zake van het ontstaan van schade ze beschermen en of schending ervan directe toepassing van de omkeringsregel rechtvaardigt.[2195] Ziet een Europese productnorm op een specifiek gevaar dat is ingetreden en kan worden aangenomen dat de laedens deze norm in acht had moeten nemen, dan kan de omkeringsregel *direct* toepassing vinden. Niet alle Europese productnormen hebben echter een dergelijke specifieke inhoud of strekking. De vraag is of 'essentiële eisen' als genoemd in wetgeving op zichzelf altijd voldoende specifiek zijn, of beter gezegd strekken tot bescherming tegen een voldoende specifiek gevaar, om een beroep op de omkeringsregel te rechtvaardigen.[2196] Deze normen zijn niet altijd even specifiek over de concrete gevaren of typen schade waartegen ze beschermen. Indien echter vast komt te staan dat de essentiële eisen zijn geschonden – hetgeen zonder toepassing van

---

[2194] Het schenden van een verplichting om een tankcontainer ter keuring aan te bieden, levert niet automatisch het vermoeden op dat een ongeval is ontstaan vanwege een gebrek aan de container wanneer de exacte toedracht van het ongeval niet is komen vast te staan (NB: het ging om vervuiling ontstaan door het lekken van de container op moment van overslag). HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304, m.nt. Asser (*TFS/NS)*, r.o. 3.5.4. Zie later ook r.o. in *Smeets/Gemeente Heerlen*: '*Indien een openbare weg niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, zodat de wegbeheerder op de voet van art. 6:174 aansprakelijk is tegenover degene die daardoor schade heeft geleden, zal hij die stelt als gevolg van een ongeval op die weg schade te hebben geleden en ten aanzien van het causaal verband tussen dat ongeval en de gevaarlijke toestand van de weg een beroep doet op de omkeringsregel, omtrent de toedracht van het ongeval feiten dienen te stellen en zonodig aannemelijk te maken waaruit volgt dat een bepaald, uit die toestand voortvloeiend gevaar zich heeft verwezenlijkt, zonder dat nodig is dat hij ook de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk maakt. In gevallen als het onderhavige wordt hij immers tegen het bewijsrisico dat is verbonden aan de dienaangaande bestaande onzekerheid, nu juist beschermd door de omkeringsregel.'*

[2195] HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890, *NJ* 2009/28 (*Smeets/Gemeente Heerlen*), r.o. 3.4: '*In deze regel ligt besloten dat, wanneer partijen erover strijden of is voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid daarvan, de rechter in beginsel steeds mede de aan de vordering ten grondslag gelegde normschending moet beoordelen. De inhoud en strekking van de geschonden norm zijn immers van belang om vast te stellen tegen welk specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade zij bescherming biedt. Dit laatste is weer van belang voor hetgeen de benadeelde dient aan te voeren om aannemelijk te maken dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.'*

[2196] Vgl. Rb. Zwolle-Lelystad (vrz.) 15 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW4108, r.o. 4.5 waarin de voorzieningenrechter ten overvloede oordeelde dat art. 4 en 15 van het Warenwetbesluit Attractie- en Speeltoestellen onvoldoende beschermen tegen een specifiek gevaar in de zin van HR 2 februari 2007, *NJ* 2007/92. Dit Warenwetbesluit is één van de weinige voorbeelden van puur nationaal productveiligheidsrecht (zie de Nota van Toelichting daarbij). Art. 4: '*Attractie- en speeltoestellen zijn zodanig ontworpen en vervaardigd, hebben zodanige eigenschappen en zijn van zodanige opschriften voorzien, dat zij bij redelijkerwijs te verwachten gebruik geen gevaar opleveren voor de veiligheid of de gezondheid van de mens. Zij voldoen daartoe aan de in bijlage I genoemde voorschriften*.' Art. 15: '*Degene die een attractie- of speeltoestel voorhanden heeft, zorgt ervoor dat het toestel zodanig is geïnstalleerd, gemonteerd en zodanig is beproefd, geïnspecteerd en onderhouden en zodanig van opschriften is voorzien, dat er bij gebruik geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid van personen bestaat'.* In bijlage 1 waarnaar in art. 4 naar wordt verwezen staan nadere eisen gesteld – vergelijkbaar met essentiële eisen zoals die op EU-niveau worden geformuleerd – die beduidend specifieker zijn dan de algemene artikelen 4 en 15.

een geharmoniseerde norm qua bewijs al een fikse hobbel kan zijn – dan kan het schenden van deze eis mede van belang zijn bij het vaststellen van een specifiekere ongeschreven veiligheidsnorm die wel degelijk strekt tot bescherming tegen een specifiek gevaar (lees: *indirecte* toepassing van de productnorm). In zo een geval kan de omkeringsregel mijns inziens toepassing vinden. Daarbij is mede de gekozen reguleringsmethode relevant: prestatie-eisen beschermen tegen specifiekere gevaren dan kwaliteitsmanagementstandaarden. Kwaliteitsmanagementstandaarden strekken tot bescherming tegen het algemene gevaar dat non-conforme producten de fabriek verlaten, doch lijken als normen niet voldoende specifiek genoeg voor toepassing van de omkeringsregel.

In een recent arrest is te zien dat uit een essentiële eis een specifiekere (ongeschreven) norm kan voortvloeien die dwingt tot toepassing van de omkeringsregel. De zaak betrof een soldeermachine die brand zou hebben veroorzaakt met schade aan een bedrijfshal en een naastgelegen woning tot gevolg.[2197] In deze zaak wees de gerechtsdeskundige in zijn rapport op het niet-voldoen van de machine aan punt 1.5.7 – zijnde een van de essentiële eisen – uit de machinerichtlijn en de ATEX-richtlijn.[2198] De schending van deze normen was volgens de deskundige gelegen in het feit dat het ontwerp toeliet dat ontbrandbare fluxdampen uit de lekbak langs hete verwarmingselementen van de machine konden lopen met een risico op een ontbranding en een ontploffing tot gevolg. Volgens het hof kon geen causaal verband worden vastgesteld nu een alternatieve oorzaak – namelijk een latere wijziging van de machine door de gebruiker – niet kon worden uitgesloten.[2199] De Hoge Raad oordeelde als volgt:

> 'Reaal heeft zich beroepen op schending van een uit de Machinerichtlijn en de ATEX-richtlijn voortvloeiende concrete norm die erop neerkomt dat de verwarmingselementen in een soldeermachine als deze moeten zijn afgeschermd tegen brandbare dampen. Deze norm strekt specifiek ertoe bescherming te bieden tegen het gevaar van een interne ontploffing.(…). Uit het hiervoor in 3.2.3 weergegeven oordeel van het hof over de oorzaak van de brand vloeit voort dat het gevaar van een interne ontploffing zich hier heeft verwezenlijkt. Onder die

[2197] HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45.

[2198] Punt 1.5.7 van Bijlage I van Richtlijn 98/37 (Machinerichtlijn (oud)): '*De machine moet zodanig zijn ontworpen en gebouwd dat de machine zelf of de gassen, vloeistoffen, stofdeeltjes, dampen en andere door de machine geproduceerde of gebruikte stoffen geen gevaar voor ontploffing opleveren.*
Hiertoe neemt de fabrikant maatregelen om:
- een gevaarlijke concentratie van de producten te voorkomen;
- ontbranding van de omgeving met ontploffingsgevaar te verhinderen;
- de ontploffing, indien deze zich toch voordoet, zo klein mogelijk te maken zodat zij geen gevaarlijke gevolgen voor de omgeving heeft.
Dezelfde voorzorgsmaatregelen dienen te worden genomen indien de fabrikant verwacht dat de machine in een omgeving met ontploffingsgevaar wordt gebruikt.
Het elektrisch materieel dat deel uitmaakt van deze machines, moet wat betreft het ontploffingsgevaar in overeenstemming zijn met de vigerende bijzondere richtlijnen.' Daarnaast is ook Richtlijn 94/9/EG (Equipment for explosive atmospheres, ATEX (oud)) van toepassing.

[2199] R.o. 9.4 en 9.5 van het eindarrest van het hof.

> omstandigheden kon het hof niet de vordering afwijzen op de enkele grond (rov. 9.4) dat niet kan worden uitgesloten dat de wijziging van de machine de oorzaak van de brand in de machine is geweest. Bij die stand van zaken had het hof, als er nog onzekerheid bestond over het condicio sine qua non-verband tussen de schending van de norm en de schade, de omkeringsregel dienen toe te passen.'[2200]

Ook geharmoniseerde normen kunnen indirect relevant zijn voor de nadere invulling van een ongeschreven, privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, die – mits hij voldoende specifiek is – ook een omkering kan rechtvaardigen. Bij het onderzoek naar de strekking van geharmoniseerde normen stuit men wel op een complicatie: waar men bij een producteis nog in de wetsgeschiedenis kan kijken om te kunnen bepalen tegen welke gevaren de norm strekt, ontbreekt dergelijke informatie bij een geharmoniseerde norm en andere normalisatienormen. Het exacte doel, de strekking en de wijze waarop tegen bepaalde gevaren of risico's wordt beschermd, is zonder hulp van een deskundige bij die normen lastiger vast te stellen. Dat alternatieve normen desalniettemin een directe basis kunnen vormen voor de omkeringsregel volgt uit een arrest van de Hoge Raad over gasinstallatievoorschriften (GAVO), die mede zagen op de installatie van geisers. De normen schreven voor dat de instructies van de fabrikant dienden te worden gevolgd. Uit deze instructies bleek dat een mantel op de geiser diende te worden gemonteerd. Het niet-opvolgen van deze instructie vormde een grond voor toepassing van de omkeringsregel.[2201]

254 Omkeringsregel en gesloten producteisen uit hoofde van het voorzorgsbeginsel

Voorgaande roept de vraag op naar de toepassing van de omkeringsregel bij onzekere risico's. Over de rechtvaardiging van de omkeringsregel, en daarmee de gevallen waarin hij moet worden toegepast, bestaat al lang discussie. Enerzijds wordt de aanwezigheid van een feitelijk vermoeden als rechtvaardiging genoemd.[2202] Anderzijds vindt men de rechtvaardiging in een normatief oordeel,[2203] namelijk de waarborging van – in de woorden van Giesen – de 'effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm'.[2204] Het effectiviteitsargument van Giesen, dat hij de primaire rechtvaardiging noemt, ziet op het voorkomen dat een materiële zorgvuldigheidsnorm vanwege het causaliteitsvereiste inhoudsloos wordt.[2205]Akkermans beschrijft de normatieve rechtvaardiging mede als 'het nauwe verband tussen de beschermende strekking van de geschonden norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt'.[2206]

[2200] HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45, r.o. 3.3. Zie anders t.a.v. dit onderdeel: Concl. A-G Hartlief, overweging 3.17 t/m 3.19.
[2201] HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200, *NJ* 2007/644, RvdW 2007, 705 (*Ouders/MCL*), r.o. 3.3.1, waar het oordeel van het hof over de inhoud, doel en strekking van de normen in stand wordt gelaten.
[2202] Akkermans 2002, p. 9 alsmede p. 123-124.
[2203] Akkermans 2002, p. 9, mede onder verwijzing naar zijn proefschrift uit 1997 en p. 123 en 127-132.
[2204] Giesen 2001, p. 449.
[2205] Giesen 2004, p. 93 onder verwijzing naar Akkermans 2002, p. 131.
[2206] Akkermans 2002, p. 113, 123-131.

Volgens recentere jurisprudentie van de Hoge Raad dient terughoudendheid te worden betracht bij toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel indien het verband tussen het werk en de ziekte te onzeker of te onbepaald is.[2207] De rechtvaardiging van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel ligt volgens de Hoge Raad mede in het feitelijke vermoeden dat schending van de norm de daadwerkelijke oorzaak is,[2208] waarmee mijns inziens vaststaat dat een enkelvoudige normatieve benadering in de ogen van de Hoge Raad niet voldoende is. Dit lijkt mij ook juist en wenselijk, omdat een enkelvoudige normatieve rechtvaardiging op basis van puur effectieve rechtsbescherming – zoals Giesen bepleitte[2209] – een ongelimiteerde toepassing van de omkeringsregel in de hand kan werken, waardoor men het risico loopt dat de laedens ook veroordeeld wordt tot het vergoeden van schade die hij niet heeft veroorzaakt, hetgeen in strijd is met het compensatiebeginsel.[2210]

In dit licht kan de omkeringsregel mijns inziens niet snel worden toegepast bij gesloten producteisen die met voorzorg zijn vastgesteld, indien de risico's waartegen de norm beschermt nog volledig onzeker zijn. Van deze normen is niet altijd duidelijk tegen welk exact gevaar ze beschermen.[2211] Blijkt echter later, wanneer in de wetenschap meer duidelijkheid ontstaat over een risico, dat de naleving van een voorzorgsnorm tegen een bijzonder gevaar zou hebben beschermd, dan kan de omkeringsregel op dat moment wel toepassing vinden. Het gaat dan om een toepassing van de omkeringsregel vergelijkbaar met die in *Hertel/Van der Lugt*, die in de latere rechtspraak ook bij de reguliere onrechtmatige daad is toegepast.[2212] In de *Westfriese Flora*-zaak, waarin de vraag naar toerekenbaar onrechtmatig handelen centraal stond, werd door de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand gelaten dat uit gebruiksaanwijzingen bij whirlpools een ongeschreven veiligheidsnorm voor whirpoolhandelaren kan worden afgeleid dat zij chloor dienen te gebruiken bij tentoongestelde whirlpools ter voorkoming van bacteriegroei, ook al hoefden zij niet bekend te zijn met het bijzondere gevolg van legionella (vgl. hiervoor bij het ontwikkelingsrisicoverweer, nr. 179 respectievelijk bij objectieve

[2207] HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, *NJ* 2014/99, m.nt. Hartlief (*Lansink/Ritsema*), r.o. 4.1.3; HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, *NJ* 2014/98, m.nt. Hartlief (*SVB/Van de Wege, RSI*), r.o. 4.2.3

[2208] HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, *NJ* 2018/291, m.nt. J. Spier, r.o. 3.3.2. Vgl. eerder ook Akkermans 2002, p. 140; en r.o. 3.9 van HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*) waarin door de HR wordt opgemerkt; '*In gevallen als de onderhavige is het immers, gelet op de bescherming die de geschonden norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te verbieden, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.*' En Snijders 2015, paragraaf 3.

[2209] Giesen 2004, p. 92.

[2210] Vlg. eerder Snijders 2015, paragraaf 3.

[2211]Uiteraard bestaan er voor wat betreft de specificiteit van de norm gradaties. Vgl. Akkermans 2002, p. 139 en 140.

[2212] HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, *RvdW* 2005/4 (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.12-3.14. Het niet-nemen van maatregelen tegen asbestose zou de kans op het destijds onbekende mesothelioom hebben vergroot.

kenbaarheid, nr. 222).[2213] Door het hof Amsterdam is in een latere procedure, waarin causaliteit werd betwist, aangenomen dat schending van deze ongeschreven veiligheidsnorm een beroep op de omkeringsregel rechtvaardigt, ook al hoefde de handelaar in kwestie wellicht niet bedacht te zijn op de ernstige gevolgen van legionella.[2214] Toepassing van omkering acht ik bij schending van gesloten producteisen uit hoofde van het voorzorgsbeginsel in vergelijkbare gevallen, waarin de zaak met voortschrijdend inzicht wordt behandeld, niet bezwaarlijk, omdat dan een minder groot risico bestaat dat de laedens aansprakelijk wordt gehouden voor schade die hij feitelijk niet heeft veroorzaakt.[2215] Daarvoor is wel noodzakelijk dat ten tijde van de beoordeling het verband tussen de normschending en schade niet te onzeker of te onbepaald is: de kans dat causaal verband bestaat moet – in de bewoordingen van Spier – 'reëel' zijn.[2216]

255 Omkering en waarschuwings- en informatieplichten uit productnormen

Bij informatieplichten in relatie tot de omkeringsregel wordt in de doctrine wel eens onderscheid gemaakt tussen waarschuwingsplichten die beschermen tegen een gevaar en informatieplichten die strekken tot het maken van een geïnformeerde keuze. In theorie zou men bij een productnorm ook onderscheid kunnen maken tussen een informatieplicht die ziet op het voorkomen of beperken van een bijzonder gevaar dat kan resulteren in gevolgschade (beter bekend als een waarschuwingsplicht, zoals de instructie 'Vermijd contact met de ogen; bij contact met de ogen uitspoelen met water en een arts raadplegen') of een plicht die tot doel heeft de consument de gelegenheid te geven een geïnformeerde keuze te maken (zoals bij medicijnen: 'kan hoofdpijn als bijwerking hebben'). In dat laatste geval zou de omkeringsregel als bedoeld in nr. 254 ten aanzien van gevolgschade geen toepassing vinden, omdat de informatieplicht niet strekt tot voorkomen van een specifiek gevaar (de plicht tot voorlichting is immers niet gericht op het voorkomen van hoofdpijn).[2217] Bij een informatieplicht is het in de regel aan de

[2213] HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, *NJ* 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella besmetting Westfriese Flora*), r.o. 3.6.3 en 3.6.4.
[2214] Hof Amsterdam 16 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, *NJF* 2007, 523, r.o. 6.35.
[2215] Op dit risico is al eens gewezen door Snijders 2015, paragraaf 3.
[2216] Spier onder 2 in zijn noot bij HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, *NJ* 2018/291, m.nt. J. Spier en r.o. 3.3.2. Tegelijkertijd geldt niet de eis dat dat de kans op verwezenlijking van het (door de normovertreding in het leven geroepen) specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot, HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669, *VR* 2014/19 (*Beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog*), r.o. 3.6.
[2217] Zie ook Dommering-van Rongen 1991, p. 295. Vgl. de informatieplichten van beroepsbeoefenaars. Zie voor een overzicht Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/217 onder noot 87, en *informed consent* bij medische aansprakelijkheid, HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, *NJ* 2002/386 (*Ingenhut*), r.o. 3.5.3 en 3.5.4. Anders en kritisch Giesen & Maes 2014, paragraaf 4.2.2, die menen dat ook bij *informed consent* de omkeringsregel zou moeten gelden. Zie eerder al kritisch over dit onderscheid Akkermans & Van Dijk 2012 en Vranken noot nr. 5 bij HR 23 november 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD3963, *NJ* 2002/387, m.nt. Vranken (informed consent) . Zie voor buitenlandse rechtspraak nog Dommering-van Rongen 2000, p. 158-160. Eerder ook Giesen 2001, p. 228 en 239 zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen soorten informatieplichten.

gebruiker van het product om aan te tonen dat hij, indien hij wel was geïnformeerd, het product in het geheel niet had gekocht. Bij prospectusaansprakelijkheid en effectenleaseovereenkomsten is met het oog op effectieve rechtsbescherming door de Hoge Raad evenwel aangenomen dat bij schending van dergelijke informatieplichten causaal verband kan worden aangenomen tussen de normschending en de economische schade die is geleden. Aangenomen wordt dan dat de informatie beslissend is geweest voor de consument voor de transactie en hij bij juiste informatie de overeenkomst niet zou hebben gesloten.[2218] De vraag is of deze lijn mag worden doorgetrokken bij verzuim van productnormen die waarschuwingseplichten inhouden, aangezien die veelal niet primair het maken van geïnformeerde beslissingen door gebruikers tot doel hebben. Het ligt minder voor de hand dat de gebruiker bij een volledigere gebruiksaanwijzing het product niet zou hebben gekocht, doch het is niet ondenkbaar. De vraag is bovendien of het onderscheid tussen informatieplichten en waarschuwingsplichten in de praktijk altijd even scherp valt te maken. Incidenteel zijn plichten die strekken tot het maken van geïnformeerde keuzes ook binnen het secundaire productveiligheidsrecht te vinden.[2219] Volgt men een redenering als die van J Burton bij productaansprakelijkheid in het Engelse *National Blood Authority*-arrest, dan hebben ongeschreven waarschuwingsplichten bij productaansprakelijkheid mede het faciliteren van geïnformeerde keuzes van de eindgebruiker als doel.[2220] Voor productnormen die waarschuwingsplichten behelzen, zou de omkeringsregel in deze vorm onder omstandigheden ook kunnen opgaan. Uiteindelijk dient mijns inziens per productnorm te worden geoordeeld of dit doel en deze strekking aanwezig zijn en of de regel zich voor toepassing leent in het licht van de overige omstandigheden van het geval.

[2218] HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 (*Dexia/ De Treek*), r.o. 5.5.2 en 5.5.3; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. Vranken (*Effectenlease Levob*), r.o. 4.7.9 en 4.7.10; HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, *RvdW* 2009/1403 (*VEB/World Online*), r.o. 4.11.2: '*Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat condicio sine qua non-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is. Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet — of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden — tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan. De rechter kan echter naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten (waarbij zo nodig de juistheid van daarbij aangevoerde feiten door de meest gerede partij aannemelijk moet worden gemaakt), en mede in aanmerking genomen de aard van de desbetreffende misleidende mededeling(en) en de verder beschikbare informatie, tot de conclusie komen dat voormeld uitgangspunt in het concrete geval niet opgaat. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn indien aannemelijk is dat de beleggingsbeslissing is genomen voordat de desbetreffende misleidende mededeling openbaar gemaakt was. Overigens zal in het algemeen bij een professionele belegger, gelet op diens kennis van en ervaring met (het analyseren van) de beschikbare informatie en de relevante markt, eerder dan bij een particuliere belegger aanleiding kunnen bestaan voor de conclusie dat hij, ondanks de misleidende informatie in het prospectus, daardoor bij zijn beleggingsbeslissing niet daadwerkelijk is beïnvloed.*'

[2219] Zie bijv. overweging 53 en art. 19 van Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica) en art. 14 lid 2 Richtlijn 2009/48/EG (Speelgoed) alsmede bijlage V daarbij die zien op 'geïnformeerd beslissen'. Daarnaast bestaan productrichtlijnen die expliciet zien op bijvoorbeeld eerlijke handelspraktijken, zoals food claims e.d., doch deze staan niet in dit onderzoek centraal.

[2220] A v The National Blood Authority [2001] 3 All ER 289. Zie ook Howells 2009.

256 Omkeringsregel en rechtspraak over andere normalisatienormen

In de praktijk blijkt dat normalisatienormen niet snel individueel een beroep op omkering rechtvaardigen. In een geval van brandschade, vermoedelijk door onjuiste installatie van een rookkanaal c.q. afvoerbuis, overweegt het hof Arnhem-Leeuwarden dat indien sprake is geweest van schending van één of meer brandveiligheidsvoorschriften van het Bouwbesluit en/of installatievoorschriften, plaats is voor toepassing van de omkeringsregel:

> 'Deze voorschriften strekken immers ter voorkoming van een specifiek gevaar, te weten het ontstaan van brand, welk gevaar zich in casu heeft verwezenlijkt. Dit zou betekenen dat wordt vermoed dat de brand is veroorzaakt door overtreding van deze norm(en), behoudens door [geïntimeerde] te leveren tegenbewijs.'[2221]

Gelaedeerde had een beroep gedaan op schending van het Bouwbesluit in samenhang met schending van NEN 6062 en de installatievoorschriften van de fabrikant. In een later arrest in deze zaak concretiseert het hof het gevaar en oordeelt het dat de opdrachtgevers niet zijn geslaagd in het bewijs dat het specifieke gevaar waartegen de geschonden normen bescherming beogen te bieden zich heeft verwezenlijkt vanwege een mogelijke alternatieve oorzaak, namelijk een schoorsteenbrand.[2222] Het hof plaatst deze alternatieve oorzaak dus niet in de sleutel van het tegenbewijs (in de zin van aannemelijk maken) dat dient te worden geleverd door de opdrachtnemer/installateur; het ziet überhaupt onvoldoende aanleiding voor de toepassing van de omkeringsregel. Een eindarrest was ten tijde van de afronding van het manuscript (nog) niet gepubliceerd.

Een voorbeeld van directe toepassing van de omkeringsregel op grond van schending van een NEN-norm is een zaak van de rechtbank Den Haag. De NEN 1010 voor elektrische installaties heeft volgens de rechtbank de strekking te beschermen tegen het specifieke gevaar van brand.[2223] Het ging in die procedure om een brand ontstaan in een deel van het gehuurde, waardoor schade bij een medehuurder in een ander deel van het pand was ontstaan. De brandoorzaak was onbekend. Hoewel de onrechtmatigheid mede aan de hand van de *Kelderluik*-factoren nog moet worden vastgesteld, oordeelt de rechtbank voorshands dat mocht dat bewijs slagen, de omkeringsregel toepassing vindt. Deze omkering wordt niet alleen gebaseerd op de vermeend geschonden NEN-norm, doch tevens op de andere verwijten die de medehuurder aan het adres van de vermoedelijke veroorzaker maakt over maatregelen die eveneens strekken tot voorkomen van brand (zoals het niet

[2221] Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243, r.o. 5.21.
[2222] Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8308, r.o. 4.16.
[2223] Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11552, r.o. 4.15. Gelet op de tekst van deze norm, die onder meer bepaalt dat elektrisch materieel, leidingen en bijbehoren zo gekozen, geïnstalleerd en beveiligd moeten zijn dat zij geen brandgevaar opleveren, heeft deze norm naar het oordeel van de rechtbank mede de strekking te beschermen tegen het (specifieke) gevaar van brand.

treffen c.q. handhaven van brandpreventiemaatregelen in het kader van brandgevaarlijke werkzaamheden en schenden van een rookverbod).[2224]

De rechtbank Arnhem oordeelt in een zaak over aansprakelijkheid voor brand, vermoedelijk ontstaan door dakdekkingswerkzaamheden, dat het verweer van de dakdekker dat de elektrische installatie van de woning niet aan de NEN 1010 norm voldeed en als alternatieve oorzaak voor de brand kon gelden, in de gegeven omstandigheden nader had moeten worden uitgewerkt.[2225]

Uit het voorgaande beperkte rechtspraakoverzicht blijkt dat NEN-normen in de praktijk niet snel individueel tot toepassing van de omkeringsregel kunnen leiden, maar indirect, in samenhang met andere normen en/of omstandigheden, daarvoor wel relevant kunnen zijn. Dit verbaast niet nu we in de eerdere paragraaf al hebben gezien dat een normalisatienorm zelden de zorgvuldigheidsnorm, en daarmee dus de ongeschreven veiligheidsnorm, een-op-een invult.

257 Feitelijke vermoedens

De omkeringsregel als ongeschreven rechtsregel staat los van de mogelijkheid om op basis van de concrete feiten van de zaak een feitelijk vermoeden van causaal verband aan te nemen. Veelal wordt een vermoeden in een tussenvonnis tot uitdrukking gebracht door te oordelen dat een causaal verband tussen normschending en schade voorshands aannemelijk of zelfs bewezen is.[2226] Hoewel er geen feitenrechtspraak voorhanden is over feitelijke vermoedens op grond van schending van productnormen, zou mijns inziens schending ervan als omstandigheid bij het aannemen van een vermoeden moeten kunnen meewegen. Een feitelijk vermoeden kan met name diensten bewijzen waar de overige omstandigheden van het geval duidelijk voor onzorgvuldigheid of nalatigheid pleiten, zij mede in de richting van condicio sine qua non wijzen en een rechter het slachtoffer bij een aantoonbare normschending wil behoeden voor complexe discussies over het doel en de strekking van de norm in relatie tot het verwezenlijkte gevaar. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval heeft de rechter tot aanname van dergelijke vermoedens veel ruimte.[2227]

258 Omvangsfase: redelijke toerekening

Ten slotte pleit schending van verkeers- en veiligheidsnormen via de gezichtspunten ‘de aard van de aansprakelijkheid’ en ‘de aard van de schade’ onder art. 6:98 BW in de schadebegrotingsfase voor ruimere toerekening van letsel-en zaakschade.[2228] Het moet dan bijvoorbeeld gaan om het niet nemen

---

[2224] R.o. 4.16.

[2225] Rb. Arnhem 1 november 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BC4427, *SES* 2008, 10, r.o. 5.21.

[2226] Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/214; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/303.

[2227] Aanname van een onbegrijpelijk vermoeden kan in cassatie slechts stranden op een motiveringsklacht, Snijders, Klaassen & Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/214.

[2228] Stuurman 1995, p. 268 wijst ook op de invloed van normalisatienormen op de redelijke toerekening.

van maatregelen in het belang van de veiligheid van de ander.[2229] Rechtspraak waarin productnormen of andere normalisatienormen voor de toerekeningsvraag relevant zijn, ontbreekt echter. Ik meen echter dat indien een productnorm de strekking heeft om als veiligheidsnorm te fungeren een ruime toerekening op zijn plaats is. Ook indien een productnorm indirect relevant is voor een ongeschreven veiligheidsnorm zou mijns inziens ruime toerekening plaats kunnen vinden.[2230]

7.5.3 Tussenconclusie

259 Vooral indirecte betekenis van productnormen voor het vereiste van causaal verband

In deze paragraaf stond de vraag centraal welke betekenis productnormen kunnen hebben voor het vereiste van causaal verband in de vestigingsfase van buitencontractuele aansprakelijkheid, alsmede voor de toerekening naar redelijkheid in de omvangfase (art. 6:98 BW).

Productnormen kunnen in Duitsland een grond vormen voor bewijsvermoedens in het kader van het causaliteitsvereiste in de vestigingsfase (§ 7.5.1). De Duitse bewijsconstructie doet erg denken aan de regel van ongeschreven bewijsrecht die in de Nederlandse doctrine wordt omschreven als de 'omkeringsregel'. De omkeringsregel zou ook toepassing kunnen vinden bij productnormen. Is een productnorm een veiligheidsnorm die strekt tot bescherming tegen specifiek gevaar en heeft dat gevaar zich verwezenlijkt, dan zou dit naar Nederlands recht een beroep op de omkeringsregel kunnen rechtvaardigen (§ 7.5.2). Bij producteisen die uit voorzorg zijn vastgesteld moet de omkeringsregel mijns inziens echter geen toepassing vinden, omdat de laedens dan het risico loopt schade te moeten vergoeden die zijn product in het geheel niet veroorzaakt heeft.

In de feitenrechtspraak buiten de context van productveiligheid zie men dat normalisatienormen niet direct een grondslag voor toepassing van de omkeringsregel vormen, maar dat de rol van normalisatienormen veelal indirect is voor het causaliteitsvereiste en het bewijs daarvan. Uit de normalisatienorm kan in combinatie met de overige omstandigheden van het geval soms een ongeschreven veiligheidsnorm worden afgeleid die een beroep op omkering rechtvaardigt (§ 7.5.3). Gezien de eerdere constatering dat normalisatienormen veelal indirect zorgvuldigheidsnormen invullen verbaast het niet dat in de rechtspraak de omkeringsregel bij schending van normalisatienormen nog niet direct wordt toegepast. De verwachting lijkt daarom gerechtvaardigd dat productnormen bij causaliteit op vergelijkbare

[2229] Ook schade die buiten de normale lijn der verwachting ligt, zie o.a. HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175, m.nt. Brunner, *VR* 1995/96 (*Korver/De Heel*), r.o. 2.4.1 over ongeschreven normen. Zie voor zaakschade het *bussluis*-arrest. Zie voor nadere rechtspraak, Hartlief 2015, p. 278 en 281.

[2230] Zie over de discussie of naast geschreven veiligheidsnormen ook ongeschreven veiligheidsnormen tot ruime toerekening kunnen leiden, Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.4.3.4 (actueel t/m 09-09-2018). Ik meen in navolging van Hartlief van wel.

wijze indirect zullen worden toegepast. Productnormen zouden daarnaast de basis kunnen vormen voor feitelijke vermoedens.

Voor wat betreft de toerekening naar redelijkheid geldt dat de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm een ruimere toerekening kan rechtvaardigen. Hoewel rechtspraak ontbreekt, rechtvaardigt de schending van een productnorm die tevens een veiligheidsnorm is mijns inziens in beginsel een ruimere toerekening.

7.6 CONCLUSIE

259a Verwijzing en schema Annex II

Zoals in de inleiding is aangekondigd, sluit dit hoofdstuk niet af met één samenvattende eindconclusie. Voor de bevindingen ten aanzien van de vereisten en grondslagen die in dit hoofdstuk zijn besproken, verwijs ik derhalve naar de tussenconclusies bij paragraaf 7.2 over productaansprakelijkheid (§7.2.4), paragraaf 7.3 over de onrechtmatige daad (§7.3.3) en paragraaf 7.4 over bijzondere buitencontractuele en hybride normen (nr. 250). Kort en goed volgt uit deze paragrafen dat de betekenis van productnormen afhankelijk is van het type rechtsgrondslag waarbinnen normstelling plaatsvind. De verschillende wijzen waarop Europese productnormen betekenis kunnen krijgen voor buitencontractuele normstelling in enge zin – dat wil zeggen exclusief de remediegerelateerde vereisten causaliteit en relativiteit – zijn gesimplificeerd weergegeven in het schema in Annex II, figuur 2.

In de slotbeschouwing (hoofdstuk 8) worden de bevindingen uit hoofdstukken 6 en 7 op hoofdlijnen geresumeerd (§§8.2 en 8.3). Paragraaf 8.5 resumeert de gezichtspunten aan de hand waarvan het concrete gewicht van een productnorm in een concreet geval kan worden bepaald.