



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

8 Slotbeschouwing

8.1 INLEIDING

260 Algemeen

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

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

Deze slotbeschouwing blikt eerst terug op de stappen die in eerdere hoofdstukken zijn gezet om de onderzoeksvraag te beantwoorden (§8.2). Vervolgens wordt ingegaan op de, in de inleiding geïntroduceerde,²²³¹ vooronderstelling dat een analyse van de rechtspraak over de betekenis van andere wettelijke eisen en normalisatienormen voor privaatrechtelijke normstelling bruikbaar zou kunnen zijn voor het beantwoorden van deze onderzoeksvraag. De algemene bevindingen uit die rechtspraakanalyse zullen in dat verband worden gepresenteerd (§8.3). Hierna wordt een meer normatief standpunt ingenomen over de vraag of, en zo ja waarom, de Nederlandse rechter en partijen meer gebruik zouden moeten maken van Europese productnormen in privaatrechtelijke geschillen (§8.4). Aansluitend zal een algemene gezichtspuntencatalogus worden gepresenteerd voor de beoordeling van de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling (§8.5). Aldus wordt met paragraaf 8.2 tot en met 8.4 en paragraaf 8.5 de onderzoeksvraag beantwoord.

Tot slot worden resterende observaties en aandachtspunten besproken en nadere aanbevelingen gedaan (§8.6) en zal de blik op de toekomst worden gericht (§8.7).

De betekenis van productnormen voor ieder afzonderlijk privaatrechtelijk vereiste in het Burgerlijk Wetboek zal in de slotbeschouwing niet worden herhaald. Daarvoor verwijs ik graag (terug) naar de (tussen)conclusies in de hoofdstukken 6 en 7.

8.2 BEANTWOORDING VAN DE HOOFDVRAAG AAN DE HAND VAN DE VOORGAANDE HOOFDSTUKKEN

261 Europese productnormen en het systeem waarin zij zijn ingebed (hoofdstuk 2)

Europese productnormen zien op de eigenschappen van producten.²²³² Zowel gesloten producteisen als essentiële eisen met daaronder hangende geharmoniseerde normen vormen geen zelfstandige gedragsnormen of algemeen verbindende voorschriften. Zij bepalen namelijk niet *wie* de conformiteit met die normen dient te waarborgen. Europese productnormen krijgen een normadressaat doordat in EU-wetgeving nadere pre- en post-marketingverplichtingen staan opgenomen voor marktdeelnemers als

²²³¹ Hoofdstuk 1, nr. 9.

²²³² Hoofdstuk 2 (en eerder ook nr. 6).

producenten c.q. fabrikanten, importeurs en distributeurs. Producteisen vormen in combinatie met deze pre- en postmarketingverplichtingen bindende rechts- c.q. gedragsnormen en algemeen verbindende voorschriften die de basis zijn voor publiekrechtelijke handhaving. De fabrikant is de primaire normadressaat en verantwoordelijk voor de naleving van producteisen (inclusief de conformiteitsbeoordeling, eventueel met toepassing van geharmoniseerde normen). Producteisen vormen de basis voor de geschreven plichten van andere marktdeelnemers in de keten, zoals de zorgplicht van de distributeur. Hij moet slechts ingrijpen indien hij weet of beroepshalve behoort te weten dat het product niet aan de eisen voldoet.

De Europese wetgever laat de sanctionering van de schending van deze pre- en post-marketingverplichtingen over aan de lidstaten onder de voorwaarde dat deze sanctionering voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is. Hoewel de EU-wetgever het type sanctionering openlaat, lijken de instrumenten van secundair EU-recht ten minste publiekrechtelijk toezicht te vereisen. De nationale wetgever heeft bij de implementatie van het productveiligheidsrecht in het nationale recht gekozen voor publiekrechtelijk toezicht, publiekrechtelijke handhaving en sanctionering via het straf- en het bestuursrecht. Ook stuurt de Europese Commissie op publiekrechtelijk toezicht aan in haar verdere productveiligheidsbeleid.

262 Het harmonisatie en beschermingsbereik van Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen (hoofdstuk 3)

Zoals besproken in hoofdstuk 3 vormt de summiererechtspraak van het Hof van Justitie een eerste indicatie dat het Europese productveiligheidsrecht het privaatrecht in beginsel niet harmoniseert (*Schmitt/TÜV, James Elliott Construction/Irish Asphalt*). Uit deze rechtspraak volgt evenwel dat het productveiligheidsrecht mede strekt tot bescherming van belangen die corresponderen met individuele personen (*Schmitt/TÜV*). Volgens het Hof van Justitie in *Muñoz* moet aan individuele concurrenten enige privaatrechtelijke rechtsbescherming worden geboden tegen schendingen van ander Europees productenrecht. De naleving van die verplichtingen moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces. Het openstellen van een privaatrechtelijke rechtsingang was volgens het Hof van Justitie vereist voor de nuttige werking van het productenrecht (lees: de doeltreffendheid). Dit oordeel correspondeert met een instrumentele visie op het privaatrecht. Deze minimale rechtsbescherming voor concurrenten leidt het Hof van Justitie af uit algemene belangen zoals genoemd in de considerans van de desbetreffende verordeningen. Het is evenwel aan de lidstaten om deze rechtsbescherming en doeltreffende toepassing van het EU-recht in een privaatrechtelijke context vorm te geven. Het Hof van Justitie functioneert in dat verband als grensrechter die pas ingrijpt indien de rechtsbescherming en doeltreffendheid in zijn ogen onvoldoende worden gewaarborgd. Deze rol kan het Hof van Justitie slechts vervullen indien hem bij twijfel over het doel en de strekking

van deze plichten door de nationale rechter prejudiciële vragen worden gesteld.

263 De randvoorwaarden voor het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen bij privaatrechtelijke normstelling (hoofdstuk 4)

Geharmoniseerde normen vormen een bijzondere categorie productnormen. Zij zijn niet afkomstig van de Staat, hun democratische legitimatie wordt betwijfeld en zij kunnen, gezien de tekst van de wet waaronder zij hangen, marktdeelnemers niet uit zichzelf binden. Een schending van geharmoniseerde normen kan dus nooit een zelfstandige grond voor publiekrechtelijke handhaving vormen.²²³³

Om het gewicht te kunnen bepalen van een geharmoniseerde norm voor privaatrechtelijke normstelling is het, blijkens de doctrine, relevant dat geharmoniseerde normen, als vorm van alternatieve regulering, bijzondere voor- en nadelen kennen. Volgens gezaghebbende auteurs moeten de belangrijkste nadelen van alternatieve normen tot op zekere hoogte zijn ondervangen, wil aan dit soort normen ook in privaatrechtelijke context enig rechtgevolg kunnen worden verbonden. Het ondervangen van deze nadelen door alternatieve waarborgen als randvoorwaarden voor het toekennen van juridische betekenis aan alternatieve normen kan worden omschreven als ‘alternatieve legitimatie’.²²³⁴

Geharmoniseerde normen kennen bijzondere nadelen ten opzichte van traditionele wet- en regelgeving. Zo zijn deze normen alleen tegen betaling verkrijgbaar, omdat er auteursrecht op rust. Voorts kan niet iedereen deelnemen aan het totstandkomingsproces van deze normen. Daarnaast ligt het risico op de loer dat mededingingsbeperkende normen worden vastgesteld.²²³⁵ Uit het onderzoek is echter ook gebleken dat het totstandkomingsproces in hoge mate gereguleerd is.²²³⁶ Verder zijn mechanismen aanwezig ter controle op geharmoniseerde normen nadat zij zijn ingevoerd, doch de mate van controle lijkt beperkt.²²³⁷ Beschouwt men geharmoniseerde normen van een afstand en in het grotere geheel, dan lijken de aanwezige waarborgen misschien wel groter dan bij enige andere vorm van alternatieve regulering.²²³⁸ Dat is ook nodig, aangezien geharmoniseerde normen in de productveiligheidscontext strekken tot bescherming van lijf, leden en eigendom. In het licht van de reeds aanwezige waarborgen is de conclusie gerechtvaardigd dat aan geharmoniseerde normen in een privaatrechtelijke context een belangrijk gewicht kan toekomen. Geharmoniseerde normen moeten als normen die afkomstig zijn van de industrie gezond-kritisch worden benaderd, doch niet bij voorbaat worden

²²³³ Paragraaf 4.2

²²³⁴ Paragraaf 4.2.

²²³⁵ Paragraaf 4.3.1.

²²³⁶ Paragraaf 4.3.2.

²²³⁷ Paragraaf 4.3.3.

²²³⁸ Hoofdstuk 4, nr. 125.

gekwaliceerd als volstrekt onbetrouwbaar. Het huidige systeem volgens de Nieuwe Aanpak blijft echter voor verbetering vatbaar.²²³⁹

Uit hoofdstuk 4 volgt dat geharmoniseerde normen (en andere normalisatienormen waar in de wet naar wordt verwezen) als recht kunnen worden gezien, ook al binden ze de burger de jure niet.²²⁴⁰ Een verschuiving van de kwalificatie van geharmoniseerde normen van feit naar recht zou niet alleen een grotere rechterlijke controle op deze normen mogelijk kunnen maken, maar zou – net als wel werd aangenomen voor andere vormen van alternatieve regulering – de mogelijkheid tot nadere inkadering door de Hoge Raad van het gebruik van geharmoniseerde normen binnen het privaatrecht kunnen vergroten.²²⁴¹

264 Privaatrechtelijke normstelling en productnormen in theorie: een streven naar coherente, doch autonome normstelling (de hoofdstukken 5, 6 en 7)

De theoretische en rechtsvergelijkende analyse in de hoofdstukken 5, 6 en 7 laat zien dat – net als ten aanzien van het gebruik van andere wettelijke eisen of soorten alternatieve regulering in het privaatrecht²²⁴² – privaatrechtelijke gedragsnormen wel worden beïnvloed door productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen, doch afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval in hoge mate autonoom door de rechter worden ingevuld c.q. geformuleerd. Dit ziet men eveneens terug in de feitenrechtspraak over normalisatienormen.²²⁴³

Voor deze grotendeels autonome positie van privaatrechtelijke normstelling bestaan meerdere verklaringen en rechtvaardigingen. Privaatrechtelijke normstelling in de voornoemde rechtsverhoudingen kent ten opzichte van het productveiligheidsrecht een aantal bijzondere eigen functies in het licht van bijzondere privaatrechtelijke beginselen. Zo speelt bij contractuele normstelling het beginsel van de partijautonomie een grote rol. Een productnorm kan betekenis krijgen doordat partijen deze zelf op hun rechtsverhouding van toepassing hebben verklaard of via uitleg.²²⁴⁴ In samenhang met het beginsel van de rechtszekerheid maakt het beginsel van partijautonomie dat, op het moment dat een overeenkomst een leemte bevat, voor partijen duidelijk moet zijn welke wettelijke plichten de strekking hebben om de desbetreffende overeenkomst automatisch aan te vullen. Europese productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen lijken dergelijke contractuele rechtsgevolgen niet te dicteren,²²⁴⁵ noch de strekking te hebben het overeenkomstenrecht te harmoniseren of overeenkomsten automatisch

²²³⁹ Zie voor de uitleg van de Nieuwe Aanpak nr. 1 en 2. Zie voor concrete suggesties nr. 125.

²²⁴⁰ Vgl. nr. 124.

²²⁴¹ Nr. 126.

²²⁴² O.a. paragraaf 7.3.2.3.

²²⁴³ Paragraaf 7.3.2.4.

²²⁴⁴ Hoofdstuk 6, nr. 136 e.v. en de feitenrechtspraak uit nr. 149.

²²⁴⁵ Hoofdstuk 2.

aan te vullen.²²⁴⁶ In het licht van de twee voornoemde privaatrechtelijke beginselen lijkt de aanvullende werking van productnormen daarom afhankelijk te zijn van de overige omstandigheden van het geval. De redelijkheid en billijkheid is in dat verband de meest voor de hand liggende route voor aanvulling van leemtes in overeenkomsten, waarvoor productnormen van betekenis kunnen zijn.²²⁴⁷

Daarnaast vervult privaatrechtelijke normstelling een belangrijke vangnetfunctie; daar waar Europese productnormen of daarmee samenhangende verplichtingen tekortschieten, kan het privaatrecht aan normstelling doen. Zo kan bij de vaststelling van het ongeschreven recht nieuwe kennis en informatie worden meegenomen die nog niet in de productnorm is verdisconteerd. Ook kan een wettelijke eis in het privaatrecht buiten het materiële en temporele toepassingsbereik van een wettelijk instrument worden toegepast.²²⁴⁸ Het privaatrecht is dan ook een belangrijke stok achter de deur: het vraagt van marktdeelnemers een continue staat van paraatheid en kan – in ieder geval in theorie – een prikkel voor private partijen zijn om niet klakkeloos de wet te blijven volgen, maar zelf te blijven nadenken.

In het aansprakelijkheidsrecht speelt het compensatiebeginsel een grote rol. Traditioneel gezien worden met name de vereisten van causaliteit en relativiteit daarmee in verband gebracht. Het compensatiebeginsel kan echter ook zijn weerslag hebben op normstelling in enge zin,²²⁴⁹ zoals op het gebrekkigheidsvereiste onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Sommige auteurs leiden uit recente rechtspraak van het Hof van Justitie af, dat het Hof een (nieuwe) materiële invulling van het gebrekkigheidsbegrip voorstaat waarbij *risk/benefit*-benaderingen een beperktere rol spelen.²²⁵⁰ Hoewel ik hier vooralsnog geen aanleiding toe zie en ik pleit voor het toestaan van *risk/benefit*-benaderingen bij ontwerpgebreken, acht ik het wel voorstelbaar dat het gebrekkigheidsbegrip in de toekomst in incidentele gevallen materieel anders kan worden ingevuld dan de wijze waarop dit thans op nationaal niveau gebeurt. Een andere invulling van het gebrekkigheidsvereiste zou kunnen worden gebruikt om op grond van rechtspolitieke argumenten in bepaalde gevallen toch schadevergoeding toe te wijzen. De invulling van de privaatrechtelijke norm wordt dan gebruikt om tot compensatie te (kunnen) komen.²²⁵¹ Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling kunnen dan evenwel nog verder uiteen gaan lopen dan zij thans al doen.

De privaatrechtelijke mantra die de relatie tussen algemeen verbindende voorschriften en privaatrechtelijke normstelling duidt en die in de internationale en nationale literatuur diverse malen doorklinkt, luidt als volgt:

²²⁴⁶ Hoofdstuk 3, nr. 83.

²²⁴⁷ Hoofdstuk 6, nr. 139 en 141.

²²⁴⁸ Vgl. *Vrieling/Rürode*, nr. 225.

²²⁴⁹ Hoofdstuk 1, nr. 7.

²²⁵⁰ Het Hof van Justitie legt zowel in *Sanofi* als in *Boston* de nadruk op sub 2 van de considerans van de richtlijn, die spreekt over ‘een rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico’s’, zie nr. 186 en nr. 189.

²²⁵¹ Hoofdstuk 7, nr. 189.

schending van de norm leidt snel tot gebrekkigheid of onrechtmatigheid, maar zich hieraan houden bevrijdt niet per definitie van aansprakelijkheid. Dat uitgangspunt wordt ook wel samengevat met de stelling dat Europese producteisen en geharmoniseerde normen in private verhoudingen veelal als minimumnormen fungeren. Deze stelling is wat kort door de bocht. Bij de toepassing van een productnorm in het kader van productaansprakelijkheid zal een productnorm in de praktijk vaak een minimumnorm zijn. In de relatie distributeur-gebruiker bij onrechtmatige daad is de betekenis van de schending of naleving van een productnorm minder groot; schending van een productnorm kan een eerste aanwijzing zijn voor schending van een zorgplicht, maar is voor onrechtmatigheid verre van constitutief. Het daadwerkelijke gewicht van een productnorm voor privaatrechtelijke normstelling is bovendien afhankelijk van een groot aantal andere omstandigheden. De rechtspraak en doctrine waarin voornoemde verhoudingen wordt uitgediept, is het meest ontwikkeld in Duitsland. In Nederland kan op de daar gecategoriseerde feiten en omstandigheden deels worden voortgeborduurd. Zie nader nrs. 275 en 276.

265 Privaatrechtelijke effectieve rechtsbescherming en productnormen (hoofdstuk 3 vergeleken met hoofdstukken 6 en 7)

De gebruiker van een product komt juridisch gezien een grote privaatrechtelijke bescherming uit hoofde van productnormen toe; in het contractuele recht via het consumentenkooprecht voor de transactieschade en op grond van de regeling productaansprakelijkheid voor de gevolgschade. Door de informatieachterstand van gebruikers, het veelal kleine belang bij een rechtsvordering en hun veelal beperkte financiële middelen, is echter de vraag in hoeverre zij tot een procedure zullen overgaan. Collectieve acties zouden wellicht uitkomst kunnen bieden, maar die lossen de informatieachterstand van gebruikers ten aanzien van de inbreuken op productnormen naar verwachting slechts gedeeltelijk op.²²⁵²

De rechtsbescherming voor andere partijen dan de gebruiker is minder sterk. Voor concurrenten bestaat in sommige gevallen privaatrechtelijke rechtsbescherming. Indien eerlijke mededinging expliciet in de considerans van een instrument wordt genoemd, vallen de belangen van concurrenten in beginsel onder het beschermingsbereik van de daarin vervatte productnormen en verplichtingen.²²⁵³ Uit het geschetste privaatrechtelijke kader van de reguliere onrechtmatige daad blijkt dat het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad in het algemeen strikt wordt geïnterpreteerd. Sommige auteurs leiden hieruit af dat het noemen van algemene belangen onvoldoende is voor het bestaan van relativiteit, waardoor aansprakelijkheid op grond van handelen in strijd met een wettelijke plicht is uitgesloten.²²⁵⁴ Rechtsbescherming lijkt bij een dergelijke strikte toepassing van het relativiteitsvereiste alleen te kunnen

²²⁵² Hoofdstuk 7, nr. 190.

²²⁵³ Hoofdstuk 7, par. 7.3.1.4.

²²⁵⁴ Hoofdstuk 7, nr. 204.

worden geboden op grond van het ongeschreven recht met behulp van de correctie-Langemeijer.²²⁵⁵ Indien publiekelijk onjuiste mededelingen over de naleving van productnormen zijn gedaan (denk aan de CE-markering en de *DoC*), dan kan – afhankelijk van welke visie men aanhangt –²²⁵⁶ ook rechtsbescherming aan concurrenten worden geboden op grond van de regeling Oneerlijke handelspraktijken. Bij zulke mededelingen is een beroep op de regeling Misleidende en vergelijkende reclame in ieder geval mogelijk.²²⁵⁷

Het is ongewis of aan marktdeelnemers in de handelsketen uit hoofde van EU-recht rechtsbescherming moet worden geboden in geval van schending van productnormen en daarmee samenhangende verplichtingen.²²⁵⁸ Het productveiligheidsrecht lijkt het overeenkomstenrecht niet te harmoniseren,²²⁵⁹ doch lijkt indirect wel van betekenis te zijn voor de invulling van bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid en het begrip ‘normaal gebruik’ in het kader van de beoordeling van de conformiteit bij koop.²²⁶⁰ De rechtsbescherming van partijen in de handelsketen op grond van de nationale onrechtmatige daad lijkt, bij gebreke van expliciete aanwijzingen in de Europese instrumenten, op dit moment volledig te worden overgelaten aan de nationale wetgever en rechter.²²⁶¹ Nu art. 3 sub a Warenwet mede ‘eerlijkheid in de handel’ als doel van de Warenwet en onderliggende besluiten noemt, zou dit een positieve aanwijzing kunnen vormen dat hun belangen mede door de nationale implementatiebesluiten en daaronder hangende verplichtingen worden bestreken.²²⁶² Voor zover dat in de ogen van de Hoge Raad een te soepele toepassing van het nationale relativiteitsvereiste zou zijn, zou wel tot rechtsbescherming kunnen worden gekomen via het ongeschreven recht met toepassing van de correctie-Langemeijer.²²⁶³ Indien mededelingen over de naleving van productnormen zijn gedaan, bijvoorbeeld in de vorm van de CE-markering en in de *DoC*, dan kan rechtsbescherming volgen uit de Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame.²²⁶⁴ Dat de invoering van een plicht tot online publicatie van de *DoC* in de nieuwe Markttoezichtverordening op de valreep is gesneuveld, is in dit licht dan ook spijtig te noemen.²²⁶⁵ In hoofdstuk 7 heb ik uitgelegd waarom ik van mening ben dat, primair vanuit normatief oogpunt, marktdeelnemers enige rechtsbescherming via het aansprakelijkheidsrecht moet worden gegund. Nader onderzoek acht ik echter wenselijk.²²⁶⁶

²²⁵⁵ Hoofdstuk 7, nr. 206 en 239.

²²⁵⁶ Hoofdstuk 7, nr. 247.

²²⁵⁷ Hoofdstuk 7, nr. 248.

²²⁵⁸ Hoofdstuk 3, nr. 87.

²²⁵⁹ Hoofdstuk 3, nr. 83.

²²⁶⁰ Hoofdstuk 6, nr. 142.

²²⁶¹ Hoofdstuk 3, nr. 87.

²²⁶² Hoofdstuk 2, nr. 204.

²²⁶³ Hoofdstuk 7, nr. 206 en 239.

²²⁶⁴ Hoofdstuk 7, nr. 248.

²²⁶⁵ Hoofdstuk 2 nr. 48 en H6, nr. 145.

²²⁶⁶ Nr. 241 en nr. 285 hierna.

8.3 DE OPBRENGST VAN DE VERGELIJKING MET RECHTSPRAAK OVER ANDERE WETTELIJKE EISEN EN ANDERE NORMALISATIENORMEN (HOOFDSTUKKEN 6 EN 7).

266 Algemeen beeld feitenrechtspraak

De analyse van (feiten)rechtspraak laat zien dat geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen een grote rol spelen in private verhoudingen in relatie tot privaatrechtelijke normstelling, maar dat de betekenis van deze normen voor buitencontractuele normstelling voornamelijk indirect via het ongeschreven recht is.

Dit diffuse beeld lijkt erop te duiden dat rechters moeite hebben met het bepalen van de betekenis en de relevantie van normalisatienormen voor de voorliggende rechtsvragen. Principiële, expliciete oordelen van civiele rechters over normalisatienormen – wel of geen binding en wel of geen relevantie – kunnen dan ook behoorlijk uiteenlopen.²²⁶⁷ De feitelijke inpassing van normalisatienormen door de civiele rechter in bestaande open normen van privaatrecht is in dit verband het meest illustratief. Hierbij gaat de rechter zeer intuïtief te werk, waarbij de geschreven norm veelal in verband wordt gebracht met de gezichtspunten die voor de formulering van privaatrechtelijke gedragsnormen van belang zijn; denk aan de *Kelderluik*-gezichtspunten bij gevaarstelling. Deze aanpak is terug te vinden in het merendeel van de onderzochte rechtspraak.²²⁶⁸

De privaatrechtelijke betekenis c.q. waarde van NEN-normen die onder het Bouwbesluit hangen, lijkt impliciet sterker te zijn dan die van andere NEN-normen. Harde conclusies in dit verband kunnen evenwel niet worden getrokken, omdat de norm niet altijd met naam en/of nummer wordt genoemd. De rechtspraak waarin normalisatienormen worden gebruikt ter beoordeling van aspecten die niet zien op veiligheid, heeft betrekking op onroerende zaken (waarin rechtsvragen aan bod komen die zien op koop, huur en aanneming van werk). De rol van normalisatienormen met betrekking tot de bouw en onroerende zaken in privaatrechtelijke verhoudingen lijkt daarmee groter en anders te zijn dan in andere verhoudingen. Tegelijkertijd kan de grote hoeveelheid rechtspraak over de bouw en onroerende zaken waarin normalisatienormen een rol spelen wellicht ook worden verklaard doordat er verhoudingsgewijs veel gerechtelijke procedures zijn in de bouw en over onroerende zaken, door het grote aantal transacties en de grote financiële belangen,²²⁶⁹ of doordat deze normen door de UAV-voorwaarden worden bedongen en daarmee gebruikelijker zijn. Ook is een mogelijk verklaring dat meer rechtspraak over NEN-normen wordt gepubliceerd op rechtspraak.nl,²²⁷⁰ wellicht mede door de aandacht voor het *arrest Knooble/Staat* uit 2012.

²²⁶⁷ Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 6, nr. 148 aanhef en vervolg.

²²⁶⁸ Vgl. par. 7.3.2.3 met 7.3.2.4.

²²⁶⁹ De jaarverslagen van de Raad voor de Rechtspraak alsmede de cijfers van het CBS differentiëren niet in aard of onderwerp van de zaak binnen de categorie handelszaken (alleen insolventie en schuldsanering worden als aparte categorieën benoemd en in cijfers uitgedrukt). Cijfers zijn dus niet bekend.

²²⁷⁰ Zie inleiding onder nr. 9.

Buiten voornoemde situaties hebben normalisatienormen een bijzondere rol ter beoordeling van veiligheid, in het bijzonder van gevaarzettingsituaties. In het kader van verdergaande zorgplichten als werkgeversaansprakelijkheid en opstalaansprakelijkheid vormen de normen eerder minimumnormen.²²⁷¹ Zij lijken dan iets te zeggen over een geobjectiveerd veiligheidsniveau, waardoor de omstandigheid dat de *laedens* niet de normadressaat is of wellicht niet behoort tot de kring van personen waarvoor normalisatienormen als beroepsnormen gelden, minder relevant is. Zo worden normalisatienormen ook gebruikt in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van scholen, gemeenten en werkgevers.

267 Grote invloed van het partijdebat, de technische complexiteit van normen en de (gerechts)deskundige

Een belangrijke observatie is dat het procesrecht en de stellingen van partijen een grote rol spelen bij de vraag of, en zo ja op welke wijze, een norm in het gerechtelijk oordeel wordt betrokken. De praktijk laat zien dat rechters deze normen lang niet altijd beschouwen als rechtsnormen, maar veelal als feitelijk gegeven.²²⁷² Civiele rechters leunen sterk op zowel de feitelijke voorlichting door partijen als de opinie van deskundigen als het gaat om de inhoud, strekking en derhalve de inhoudelijke betekenis van die normen. Dit lijkt mede te zijn ingegeven door de technische complexiteit van de normen en de toepassing ervan, alsmede door het feit dat de normen niet openbaar toegankelijk zijn en ook niet altijd in de procedure door partijen lijken te worden overgelegd.

De rechtspraak laat zien dat in technisch complexe zaken waarin normalisatienormen of andere normen met een hoog technisch gehalte een rol spelen, de rechter zich in belangrijke mate laat leiden door de partij- en gerechtelijke deskundigen. Verwijzen partijen naar alternatieve normen, dan mogen deze normen niet volledig door de rechter worden genegeerd.²²⁷³ Verwijzen partijen niet zelf naar een normalisatienorm in een contract of in het partijdebat, dan kan deze toch door een deskundige worden gekozen als maatstaf of methode voor zijn advies.²²⁷⁴ Afhankelijk van de door de rechter gestelde vragen, is het advies feitelijk of bevat het reeds een normatief oordeel dat op de vraag ziet hoe een private partij zich in concreto heeft gedragen. Waar in het publiekrecht door het gebruik van normalisatie de normstelling verschuift van de wetgever naar de industrie, ziet men in het privaatrecht, daar

²²⁷¹ Vgl. Cafaggi 2009a, p. 220.

²²⁷² Vgl. Giesen 2008 die eenzelfde beeld ziet in een analyse van rechtspraak over de periode van anderhalf jaar.

²²⁷³ Zie de rechtspraak onder nr. 226.

²²⁷⁴ In het algemeen hebben deskundigen binnen de grenzen van de opdracht grote beleidsvrijheid hun onderzoek op de wijze in te richten die hen het beste voorkomt (HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 (*WE/VIB II*), r.o. 3.7) en daarbij stukken te betrekken die tot zijn expertise behoren.

waar zaken technisch (te) complex worden wat de oordeelsvorming erover betreft, een vergelijkbare verschuiving van de rechter naar de deskundige.²²⁷⁵

268 Open normen: toegangspoort voor productnormen, doch ook oorzaak van hun eroderende rol

Meerdere auteurs hebben zich afgevraagd waarom de rechter relatief weinig gebruikmaakt van alternatieve normen,²²⁷⁶ en als deze al worden gebruikt, een oordeel over hun status ontbreekt.²²⁷⁷ Een belangrijke conclusie die uit hoofde van het beschreven theoretisch kader in vergelijking met de (lagere) rechtspraak kan worden getrokken, is dat het karakter van open normen van privaatrecht en de wijze waarop de Hoge Raad deze in zijn arresten nader heeft ingevuld, bijdraagt aan fragmentarische toepassing van wettelijke eisen en normalisatienormen, en naar verwachting ook aan die van productnormen.²²⁷⁸ Door de plicht alle omstandigheden van het geval bij de gerechtelijke beoordeling mee te nemen, verworden normen tot één van die omstandigheden, waarmee hun rol erodeert.²²⁷⁹ De noodzaak voor partijen om zich te verdiepen in wettelijke eisen en normalisatienormen en de rechter over productnormen voor te lichten in private geschillen is thans wellicht nog niet zo groot. Hoewel het wenselijk is dat productnormen vaker in het partijdebat en het oordeel worden betrokken (zie nr. 273), dwingt het huidige privaatrechtelijke kader niet tot het betrekken van productnormen daarbinnen. De schending dan wel naleving van productnormen (of van andere wettelijke eisen of normalisatienormen) hoeft lang niet altijd constitutief of doorslaggevend te zijn voor het oordeel of het ongeschreven recht in acht is genomen of is geschonden. Een open norm kan aldus, in plaats van een toegangspoort te vormen voor externe normen ten behoeve van de rechtsvorming, ook de rechtsvorming tot op zekere hoogte tegenhouden.

269 Olievlekwerking van normalisatienormen

Voorgaande rechtspraakanalyse laat ook zien dat normalisatienormen bedoeld en onbedoeld doorsijpelen in andere, op het eerste oog onverwachte verhoudingen. Zo blijken bijvoorbeeld bouwvoorschriften niet alleen voor de beoordeling van aansprakelijkheid van aannemers relevant, maar ook voor koop en verkoop van onroerende zaken tussen particulieren.²²⁸⁰ Geharmoniseerde normen blijken ook te worden betrokken in de beoordeling

²²⁷⁵ Voor producteisen; nr. 39, voor normalisatienormen; paragraaf 4.3.2, en voor de verschuiving van de rechter naar deskundige; paragraaf 6.3.3 en 7.3.2.4.

²²⁷⁶ Zie over de lage belangstelling van privaatrechtjuristen voor het onderwerp, Menting & Vranken 2014, p.7-9.

²²⁷⁷ Vgl. Menting 2016, p. 269, die erop wijst dat de privaatrechtelijke rechtspraak op het gebied van gedragscodes geen tot zeer beperkte discussies laat zien over publiekrechtelijke status c.q. aspecten van gedragscodes. Op p. 221 wijst zij erop dat de vraag hoe partijen het partijdebat insteken van grote invloed kan zijn voor het al dan niet gebruiken van een gedragscode door de civiele rechter. Hetzelfde beeld is te zien bij productnormen en andere wettelijke eisen en normalisatienormen.

²²⁷⁸ Zie met name par. 7.3.2.3 en 7.3.2.4.

²²⁷⁹ Met dank aan Joris Hermelink voor deze beeldende term.

²²⁸⁰ Hoofdstuk 6, nr. 162.

van werkgeversaansprakelijkheid of de aansprakelijkheid van andere personen dan van de primaire normadressaat.²²⁸¹

Het bepalen van de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling ligt – net zoals bij andere wettelijke eisen of normalisatienormen – mijns inziens in de praktijk veel genuanceerder dan in sommige literatuur naar voren komt.

270 Accentverschuiving: van Europese beginselen en alternatieve legitimatie naar inhoud, doel, strekking en informatieve waarde van de norm

De analyse van de Nederlandse en buitenlandse doctrine en de rechtspraak in hoofdstukken 6 en 7 laten zien dat de betekenis van Europese productnormen voor de privaatrechtelijke normstelling van veel meer omstandigheden afhankelijk is dan alleen van het Europese beschermingsbereik van de norm in het licht van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid (hoofdstuk 3) en de (alternatieve) legitimatie en de inbedding van de norm in een wettelijk kader (hoofdstuk 4). Alternatieve legitimatie en inbedding van geharmoniseerde normen zijn belangrijke gezichtspunten, maar ze verdwijnen in de praktijk naar de achtergrond. Dit komt niet alleen door het partijdebat, maar ook door het beoordelingskader. De analyse van feitenrechtspraak uit de hoofdstukken 6 en 7 laat zien dat civiele rechters in technisch complexe zaken niet zozeer beoordelen of een normalisatienorm inhoudelijk ‘goed’ of ‘fout’ is, maar in ieder geval in een technische beoordeling van de feiten moeten treden. Voor privaatrechtelijke rechtsvragen is veelal de materiële inhoud, het doel en de strekking van de wettelijke eis of normalisatienorm relevant ter bepaling van de relatie van de norm met de privaatrechtelijke gedragsnorm, de belangen van de derde, de geleden schade en/of causaliteit.

Meerdere auteurs zijn van mening dat aan normalisatienormen ten aanzien waarvan meer waarborgen en controlemechanismen zijn ingebouwd – zoals geharmoniseerde normen onder de Nieuwe Aanpak – groter gewicht moet toekomen dan aan normalisatienormen die pure zelfregulering zijn, nu voor deze laatste dergelijke waarborgen ontbreken.²²⁸² Een dergelijk onderscheid ziet men thans in de praktijk (nog) niet expliciet terug.²²⁸³ Dat komt mede doordat het partijdebat hier in de gerechtelijke procedure niet op is gericht.²²⁸⁴ De schending van voornoemde procedurele waarborgen zal alleen kenbaar worden indien partijen de rechter daarop wijzen.

271 Kwalificatie als recht: een stap voor de rechtsontwikkeling, maar het initiatief vooralsnog bij partijen

Uit de rechtspraakanalyse is gebleken dat de betekenis van wettelijke eisen en normalisatienormen (nrs. 18 en 23) in de praktijk veelal indirect is, in de zin dat

²²⁸¹ Nr. 230 en 231. Zo’n olievlekwerking lijkt typisch voor normalisatienormen.

²²⁸² Hoofdstuk 4, nr. 98.

²²⁸³ Vgl. Lee 2011, p. 573 die een zelfde beeld ziet in de Engelse rechtspraak.

²²⁸⁴ Los van een incidentele rechtsoverweging over het al dan niet bestaan van binding, nr. 148.

deze normen worden ingepast in het privaatrechtelijke beoordelingskader.²²⁸⁵ In dat licht is de verwachting gerechtvaardigd dat de betekenis van zowel producteisen als geharmoniseerde normen ook met name indirect zal zijn. Vranken merkte al op dat wanneer rechtsvorming aan de rechter wordt overgelaten, deze afhankelijk wordt van het initiatief van partijen; of zij bepaalde rechtsvragen aan de rechter wensen voor te leggen en of zij – bij gebreke van prejudiciële vragen – bereid zijn om door te procederen tot bij de Hoge Raad.²²⁸⁶ Voor vragen over de uitleg van geharmoniseerde normen, evenals voor vragen over producteisen, kan de nationale rechter thans wel het Hof van Justitie EU raadplegen. De inpassing van dit Europese recht in het privaatrechtelijke beoordelingskader en de verhouding ervan tot het ongeschreven recht is evenwel een vraag van nationaal recht. Vanwege het veelal hoge technische gehalte van de normen zullen vragen over de inpassing van productnormen bij privaatrechtelijke normstelling over het algemeen sterk zijn verweven met de feiten, waarvoor de rechter afhankelijk blijft van voorlichting door de partijen.²²⁸⁷ In het licht van het voorgaande verwacht ik dat de beslissing van het Hof van Justitie om een geharmoniseerde norm deel uit te laten maken van het Unierecht vooralsnog niet tot een wezenlijk andere toepassing van geharmoniseerde normen in een privaatrechtelijke context zal leiden. Relevante rechtsvragen op dit punt zullen naar verwachting druppelsgewijs de Hoge Raad bereiken, waarbij de ingevoerde prejudiciële procedure op nationaal niveau goede diensten zou kunnen bewijzen. Het is opvallend dat de Hoge Raad in recente arresten ten aanzien van andere alternatieve normen meer handvatten en kaders lijkt te bieden dan in oudere rechtspraak.²²⁸⁸

272 Vooronderstelling terecht?

Dit onderzoek is begonnen met de vooronderstelling dat een analyse van de civielrechtelijke rechtspraak over andere wettelijke eisen en normalisatienormen die al dan niet onder een wettelijk kader hangen desalniettemin bruikbaar zou kunnen zijn bij de beoordeling van de vragen of, hoe en wanneer Europese producteisen en geharmoniseerde normen van betekenis zijn voor privaatrechtelijke normstelling (waarover nader nr. 9). De vergelijking met andere wettelijke eisen en normalisatienormen is bruikbaar gebleken. Naar verwachting zullen het partijdebat, het gebruik door een (gerechtelijk) deskundige, de wijze waarop open normen worden ingevuld en de technische complexiteit van de norm en de toepassing ervan factoren zijn die ook de toepassing van productnormen in de door mij onderzochte rechtsverhoudingen zullen beïnvloeden. Voor de toepassing van

²²⁸⁵ Vgl. bijvoorbeeld de rechtspraak over werkgeversaansprakelijkheid en arbonormen nr. 225

²²⁸⁶ *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/76 onder verwijzing naar Wiarda en Veegens die al wezen op de afhankelijkheid van de rechter van partijen ten aanzien van de rechtsvorming.

²²⁸⁷ Zie voor voorbeelden in de contractuele sfeer en mogelijke complicaties in relatie tot rechtsoordelen en gemengde oordelen, hoofdstuk 6, nr. 164.

²²⁸⁸ Zoals in HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*NVM, Meetinstructie*) en HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, *NJ* 2019/295, m.nt. Lindenbergh (*Liander/Grondroerder*). Zie nader nr. 144 resp. nr. 226.

geharmoniseerde normen in private verhoudingen geldt – net als bij andere normalisatienormen of wettelijke eisen – dat een vertaalslag moet worden gemaakt naar de privaatrechtelijke gedragsnorm. Om deze vertaalslag nader te structureren, kan het in de hoofdstukken 6 en 7 genoemde kader – dat kan worden teruggebracht tot de in paragraaf 8.5 genoemde gezichtspunten – behulpzaam zijn.

8.4 NADERE NORMATIEVE DUIDING

273 Pleidooi voor het gebruik van productnormen bij privaatrechtelijke normstelling en in het civiele proces

Voor het beantwoorden van de vraag of met het op de markt brengen of houden van een product een (privaatrechtelijke) norm is geschonden en of aan die normschending privaatrechtelijke rechtsgevolgen moeten worden verbonden, is een technische analyse van de feiten onontbeerlijk. De toepasselijke geschreven productnormen zijn een onlosmakelijk onderdeel van die technische analyse. Het betrekken van de inhoud en de strekking van die normen in de beoordeling is mijns inziens in veel gevallen noodzakelijk. Het privaatrecht dient te opereren in de maatschappelijke realiteit.²²⁸⁹ Deze realiteit wordt in technisch opzicht steeds complexer. Het expliciet betrekken van productnormen in het privaatrechtelijke geschil en bij privaatrechtelijke normstelling in het bijzonder²²⁹⁰ voorkomt dat het privaatrecht ter zake loszingt van de maatschappelijke realiteit.²²⁹¹

Het privaatrecht wordt, vanwege zijn open normen, vaak geroemd om zijn flexibiliteit en vermogen om – ook ten aanzien van producten – rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen.²²⁹² De behandeling in rechte kent echter beperkingen; één daarvan is de afhankelijkheid van het partijdebat. Partijen bezitten op technisch vlak al snel een informatieachterstand, zo ook de rechter. Zowel partijen als de rechter zullen dan ook veelal hun toevlucht moeten zoeken tot deskundigen voor een technische voorlichting om complexe feiten en normen te kunnen duiden. Onderhavig onderzoek bevestigt dat de Europese wetgever respectievelijk de Europese normalisatie-instituten veelal over een betere informatiepositie beschikken dan de rechter, waar het gaat de algemene analyse van risico's ten behoeve van

²²⁸⁹ Vgl. Asser/*Vranken Algemeen deel**** 2005/86.

²²⁹⁰ Mits productnormen bestaan en van toepassing zijn.

²²⁹¹ Vgl. Asser/*Vranken Algemeen deel**** 2005/91, die spreekt over de brugfunctie van alternatieve regulering. Zie ook Giesen 2007, p. 128, die alternatieve regelgeving een invullingsmechanisme noemt dat bijna onmisbaar in het aansprakelijkheidsrecht is geworden. Het maakt het terrein behapbaar, grijpbaar en hanteerbaar en biedt rechtszekerheid. Zie voor een algemeen kritisch tegengeluid over de betekenis van alternatieve regulering, Hartlief 2007a, die in reactie op het preadvies van Giesen zich afvraagt in hoeverre het terugvallen op alternatieve regelgeving en het inpassen ervan in privaatrechtelijke normstelling daadwerkelijk onvermijdelijk en wenselijk is.

²²⁹² Zie voor Duitsland; Weiß 2008, p. 572. Vgl. voor Nederland ook de stroom aan publicaties over de geschiktheid van het privaatrecht voor de beoordeling van nieuwe technologieën van de afgelopen jaren, die veelal kritisch van toon zijn, doch waarin het privaatrecht er *de facto* niet slecht vanaf komt qua houdbaarheid, bijv. Engelhard 2017, Van Wees 2015, Tjong Tjin Tai & Boesten 2016 en Schreuder 2014.

normstelling.²²⁹³ Het betrekken van productnormen in het partijdebat kan bijdragen aan de waarheidsvinding in het civiele proces.²²⁹⁴ Voor de duidelijkheid: ik meen niet dat uit hoofde van waarheidsvinding de civiele rechter tal van nieuwe bevoegdheden moet worden toegekend (zie mede nr. 280).²²⁹⁵ Daarover gaat dit onderzoek ook niet. Ik ben mij ervan bewust dat de processuele waarheid in de praktijk veelal een destillaat vormt van de materiële werkelijkheid. Dat laat onverlet dat er een streven moet zijn – binnen de praktische grenzen – de waarheid in de civiele procedure zo goed mogelijk te naderen. Het evalueren en waarderen van productnormen in rechte en het betrekken ervan in de motivering zou kunnen bijdragen aan de betrouwbaarheid van het gerechtelijk oordeel.

Een kritische discussie in rechte over productnormen zou bovendien bij kunnen dragen aan de signalering van *regulatory failure* en aan het vinden van de meest accurate veiligheidsnorm (de privaatrechtelijke vangnetfunctie). Daarbij past wel de kanttekening dat die bijdrage in de praktijk moet worden gerelativeerd, omdat niet alle zaken de rechter halen en hierover niet tot in detail stelling kan worden ingenomen. Een dergelijke discussie lijkt overigens thans in het geheel niet plaats te vinden.

In de rechtsverhoudingen met de gebruiker van het product kan een beroep op schending van een productnorm tot op zekere hoogte helpen bij het versterken van diens positie in rechte.²²⁹⁶ Vanwege zijn informatieachterstand is het wel noodzakelijk dat de gebruiker op enigerlei wijze bekend is met de schending van de productnorm. In dit verband vervult publiekrechtelijke handhaving een belangrijke signaleringsfunctie; het is mijns inziens dan ook goed dat de Europese Commissie initiatieven blijft ontplooiën om de publiekrechtelijke handhaving van productveiligheidsrecht te verbeteren.²²⁹⁷ Voor wat betreft de bevrijdende werking van het volgen van productnormen in verhouding tot de gebruiker van het product heb ik gepleit voor het stellen van hoge eisen aan zo'n verweer tegen gebrekkigheid van de producent in combinatie met een verzwaarde motiveringsplicht onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid en onder de nationale onrechtmatige daad. Voorts moet worden gewaakt voor het verzwaren van de bewijspositie van de gebruiker.²²⁹⁸

²²⁹³ Hoofdstuk 2, nr. 39 resp. hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.2.

²²⁹⁴ Zie nader nr. 280. Waarheidsvinding is het beginsel dat mede ten grondslag ligt aan art. 21 Rv. Het beginsel heeft de laatste jaren volop in de academische belangstelling gestaan als belangrijk beginsel van burgerlijk procesrecht.

²²⁹⁵ Deze overtuiging lijkt thans wel te spreken uit het concept voor het wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, dat het uitvloeisel vormt van het eerdere Hammerstein e.a., *Advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht*, Den Haag: 2017. Zie eerder kritisch o.a. *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/83-89. Een definitief wetsvoorstel was ten tijde van het sluiten van het onderzoek nog niet beschikbaar.

²²⁹⁶ Hoofdstuk 7, nr. 177 en 7.2.4.

²²⁹⁷ Hoofdstuk 2, nr. 71.

²²⁹⁸ Hoofdstuk 7, nr. 184 respectievelijk nr. 232.

In de overige rechtsverhoudingen zou het betrekken van productnormen en het toekennen van privaatrechtelijke remedies op schending ervan in theorie kunnen bijdragen aan de rechtsbescherming en in potentie aan de handhaving van die normen, als een vorm van een *smart mix* van toezicht en handhaving (zie nr. 285 voor nuanceringsen).²²⁹⁹

Daarnaast kan het expliciteren van het oordeel, met name waarom een producteis wel of niet relevant is, helpen bij de rechtvaardiging van het al dan niet bieden van rechtsbescherming of het toestaan van private handhaving van Europees recht, in het licht van Europese rechtsbeginselen als effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid. Wijkt een civiele rechter af van een productnorm op grond van argumenten die verband houden met de bijzondere functies van het privaatrecht, dan sterkt dit de legitimiteit van dat oordeel in verhouding tot het Europese recht. Daarbij zou de rechter – zoals gezegd – gebruik kunnen maken van de *Van Schijndel*-toets in het kader van welke toets het gaat om de weging van Europese beginselen tegen nationale (procedurele) beginselen.²³⁰⁰

Bovendien helpt het uitdrukkelijk motiveren van het oordeel waarom de geharmoniseerde norm wel of niet relevant is bij de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling op het gebied van alternatieve regulering.²³⁰¹

Aldus wordt bijgedragen aan het bevorderen van coherentie van het rechtssysteem en de normen daarbinnen, voor zover coherentie mogelijk is. Voor zover dat niet mogelijk is, wordt divergentie van de normen beter gerechtvaardigd.²³⁰²

Een grotere rol van productnormen brengt ook nadelen met zich. Procedures zullen complexer worden; er zal naar verwachting een nog groter beroep worden gedaan op deskundigenbewijs waaraan (ook) de nodige kosten zijn verbonden. De verdere verdieping in de toepasselijke normen in procedures vraagt daarnaast van civiele rechters meer tijd in de voorbereiding en verdere behandeling van de zaak, terwijl diezelfde rechters reeds onder druk staan. In mijn ogen weegt het belang van een goede rechtsbedeling toch zwaarder. Het actief betrekken van productnormen in de privaatrechtelijke geschillenbeslechting draagt daaraan bij. De volgende gezichtspunten kunnen daartoe worden gebruikt.

8.5 GEZICHTSPUNTEN TER BEPALING VAN DE BETEKENIS VAN EUROPESE PRODUCTNORMEN VOOR DE NORMSTELLING IN HET PRIVAATRECHT

274 Algemeen

Om te kunnen beoordelen of en in hoeverre een Europese productnorm relevant is voor normstelling in het privaatrecht, kunnen op basis van voorgaande uiteenzetting de volgende algemene gezichtspunten worden geformuleerd. Ik heb deze geformuleerd als vragen en sub-vragen die partijen

²²⁹⁹ Vgl. Visscher e.a. 2018.

²³⁰⁰ Hoofdstuk 3, nr. 93.

²³⁰¹ Hoofdstuk 4, nr. 126.

²³⁰² Vgl. Asser/*Vranken Algemeen deel*** 1995/191; Vgl. ook Loth 2018, zij het in een volstrekt andere context.

en/of de rechter aan zichzelf of een deskundige zouden kunnen stellen. Bij de vragen is – waar mogelijk – een korte toelichting gegeven, omdat losse gezichtspunten zonder nadere toelichting ambigu kunnen zijn en/of weinig richting geven.²³⁰³ In deze lijst kunnen bestaande privaatrechtelijke gezichtspunten worden herkend, doch deze worden nu gerelateerd aan Europese productnormen. De relevantie van ieder gezichtspunt verschilt per geval en is afhankelijk van de privaatrechtelijke grondslag en de concrete rechtsverhouding waarbinnen de productnorm wordt ingeroepen. Voor concretisering ten aanzien van specifieke rechtsgronden en -verhoudingen verwijs ik graag naar de relevante paragrafen in de hoofdstukken 6 en 7.

De gezichtspunten kunnen worden gebruikt om te kunnen beoordelen of een productnorm de privaatrechtelijke norm zo goed als een-op-een invult, of het naleven of het schenden van een productnorm slechts één van de relevante omstandigheden is of dat een productnorm nauwelijks tot geen gewicht in de schaal legt. Mijns inziens mag de rechter een beroep productnormen waar op grond van de vaststaande feiten in het licht van onderstaande factoren een groot gewicht aan toe komt, niet ongemotiveerd of onvoldoende gemotiveerd naast zich neerleggen.²³⁰⁴

275 Vragen die zien op de productnorm: herkomst, inbedding, toepasselijkheid, inhoud en (verdere) informatieve waarde van de productnorm

- Gaat het om een producteis, een geharmoniseerde norm of een andere soort norm? (Of in een bredere context: ligt de norm vast in een wettelijke eis c.q. technisch voorschrift, verwijst een wettelijke eis naar de normalisatienorm of is het een zuiver private norm?)

Indien het gaat om producteisen of geharmoniseerde normen die hangen onder essentiële eisen uit Europees productveiligheidsrecht, dan mag daar mijns inziens een grotere waarde aan worden gehecht dan aan andere normalisatienormen. Dit is gerechtvaardigd gelet op de waarborgen in het totstandkomingsproces ervan en de controlemechanismen erop na totstandkoming. Het gewicht van een geharmoniseerde norm wordt echter kleiner indien concrete aanwijzingen bestaan dat de procedurele waarborgen uit hoofdstuk 4 zijn geschonden of indien de geharmoniseerde norm om inhoudelijke redenen voor beoordeling van het concrete geval inhoudelijk ongeschikt is (hetgeen volgt uit de gezichtspunten onder nr. 276 e.v.). Normalisatienormen die onder nationale overheidsvoorschriften hangen, zoals het Bouwbesluit, lijken in de praktijk wel meer gewicht toe te komen, hoewel het totstandkomingsproces daarvan met minder waarborgen is omkleed

²³⁰³ Denk aan gezichtspunt iv) in HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*) – of de regel in een sanctie voorziet – dat moet worden gewogen voor het beantwoorden van de vraag of een overeenkomst die tot een verboden prestatie verplicht ook nietig is wegens strijd met de openbare orde ex art. 3:40 lid 1 BW. De aanwezigheid van een sanctie kan pleiten voor nietigheid, doch ook ertegen nu reeds een sanctie aanwezig is.

²³⁰⁴ Vgl. o.a. HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295, m.nt. Lindenbergh (*Liander/Grondroerder*), r.o. 3.7.2 over aansprakelijkheid van de grondroerder voor het niet volgen van de CROW-richtlijn en – zij het minder expliciet – HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*), r.o. 3.11 over wegbeheerdersaansprakelijkheid.

dan dat op Europees niveau.²³⁰⁵ Tegelijkertijd zijn dergelijke waarborgen geen garantie voor de inhoudelijke juistheid van de norm en een deugdelijk beschermingsniveau. Deze twee laatste elementen zijn in buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht belangrijkere factoren dan de vraag of de institutionele waarborgen aanwezig zijn en zijn nageleefd.

- Zijn de productnorm en het specifieke onderdeel daarvan voor wat betreft inhoud en onderwerp ervan op het onderhavige geval van toepassing (het materiële toepassingsbereik van de productnorm)?
Is het antwoord 'nee', dan kan de productnorm in principe niet worden gebruikt, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die een indirecte toepassing of toepassing naar analogie rechtvaardigen (vgl. het voorbeeld van de Duitse ledermachine).²³⁰⁶ In het laatste geval dient de rechter zich terughoudend op te stellen. Hij dient te bezien of de risicoanalyse die aan de productnorm ten grondslag ligt ook opgaat voor andere producten, hetgeen een complexe technische beoordeling vraagt (denk aan het gebruiken van de veelal strenge gesloten producteisen voor cosmetica of speelgoed ter beoordeling van de onrechtmatigheid van medische hulpmiddelen). De wetgever zit naar verwachting in een veel betere informatiepositie ten aanzien van een risicoanalyse op meta-niveau. De rechter beschikt met name over informatie ten aanzien van het concrete geval.
- Is de productnorm temporeel gezien op het onderhavige geval van toepassing (temporele toepassingsbereik)?
Is de norm nog wel up-to-date of is hij achterhaald? Indien hij up-to-date is, dan moet bij zaken die in een verder verleden liggen de vraag worden gesteld of de norm ook op die oudere gevallen van toepassing kan zijn. Indien een norm juist is gebaseerd op voortschrijdend inzicht dat er nog niet was ten tijde van de tekortkoming, het in het verkeer brengen van het product of de onrechtmatige daad, dan dient hier rekening mee te worden gehouden (vgl. het voorbeeld waarin de normalisatienorm niet geschikt werd geacht voor de beoordeling van de conformiteit van een dergelijk oud huis).²³⁰⁷ Op het moment dat de norm achterhaald is, komt de norm – afhankelijk van het kennisniveau dat van een normadessaat mag worden verwacht (nr. 276) – minder gewicht toe.
- Kan het relevante onderdeel van de norm worden aangemerkt als een veiligheidsnorm (aard van de productnorm)?
Voor Europese producteisen kan worden gekeken naar de formulering van de norm en de verdere inbedding in de desbetreffende richtlijn of verordening. Bij gesloten producteisen zijn de onderliggende wetenschappelijke rapportages beschikbaar.²³⁰⁸ Voor geharmoniseerde normen moet worden nagegaan welke essentiële eis ze invullen. Daartoe kan het mandaat en de Annex ZZ of ZA van de geharmoniseerde norm worden geraadpleegd om te kunnen beoordelen welk deel van de geharmoniseerde norm op welk veiligheidsaspect ziet. Voor andere normalisatienormen ontbreekt deze informatie. Voor alle productnormen geldt dat ter duiding van de wetenschappelijke of technische informatie die in de norm is vastgelegd of die aan de norm ten grondslag ligt, de hulp van deskundigen nodig zal

²³⁰⁵ Zie als eerder aangegeven het uitgebreide preadvies van Neerhof: Neerhof 2016, p. 187 e.v.

²³⁰⁶ Hoofdstuk 6, nr. 213.

²³⁰⁷ Hoofdstuk 6, nr. 162.

²³⁰⁸ Hoofdstuk 2, nr. 39.

- zijn. Op het moment dat een veiligheidsaspect in het geding is, pleit dit voor sterke betekenis, met name in geschillen over zaak- en letselschade.
- Wat is het veiligheidsniveau van de productnorm c.q. het daarin verdisconteerde kennisniveau? Op welke wetenschappelijke en technische informatie is de norm gebaseerd? Op basis van welke informatie (c.q. bronnen) heeft de risicoanalyse die aan de productnorm ten grondslag ligt plaatsgevonden? Is die informatie dezelfde als de informatie die in het privaatrecht centraal staat, of gaat het om andere informatie? Is de informatie waarop de norm is gebaseerd betrouwbaar?

De Duitse kennisniveaus kunnen voor deze beoordeling behulpzaam zijn. Gaat het om *anerkannte Regeln der Technik* c.q. de *state of the art*, stand van de wetenschap of techniek of een producteis die is vastgesteld uit voorzorg?²³⁰⁹ Het achterhalen van de wetenschappelijke informatie die aan de norm ten grondslag ligt, is met name relevant indien een hoog kennisniveau van de actor of een hoog veiligheidsniveau van het product mag worden verwacht zoals bij aansprakelijkheid van de producent ex art. 6:162 BW of bij productaansprakelijkheid) (zie nr. 276). Is de informatie die aan de productnorm ten grondslag gelijk aan de informatie die de actor kende of behoorde te kennen (schuldaansprakelijkheid) of aan de hand waarvan de kenbaarheid en de redelijkerwijs te verwachten veiligheid van het product moet worden beoordeeld (productaansprakelijkheid), dan komt de productnorm in beginsel groot gewicht toe. Op het moment dat nieuwe en betere informatie beschikbaar is, moet worden beoordeeld of die nieuwe of betere informatie destijds ook toegankelijk was voor de laedens. Voor de beoordeling van de kwaliteit van wetenschappelijke kennis kan inspiratie worden geput uit de *Daubert-criteria*.²³¹⁰
 - Welke belangen zijn in de norm afgewogen? Welke algemene *cost/benefit*-overwegingen liggen aan de norm ten grondslag (lees: welke keuzes zijn gemaakt in het risicomanagement)?

Voor producteisen zijn de risicoanalyses en de keuzes in het risicomanagement wel te achterhalen.²³¹¹ Voor geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen is dit echter niet transparant.²³¹²
 - Welke algemene reguleringsmethode is gekozen in het secundaire EU-recht? Weliswaar maakt de gekozen reguleringsmethode niet dat een productnorm meer of minder gewicht krijgt voor privaatrechtelijke normstelling, maar het kan wel informatie geven over de aard en de omvang van het risico zoals ingeschat door de wetgever.²³¹³

276 Vragen die de productnorm relateren aan de persoon: normadressaat, kennisniveau en indirecte relevantie

- Wie is de normadressaat van de productnorm? Voor wie is hij bedoeld of geschreven?

Europese producteisen krijgen via de bijkomende verplichtingen voor marktdeelnemers een normadressaat, vormen in combinatie met die

²³⁰⁹ Paragraaf 7.3.2.

²³¹⁰ Hoofdstuk 7, nr. 179.

²³¹¹ Hoofdstuk 2, nr. 39.

²³¹² Paragraaf 4.3.2.

²³¹³ Hoofdstuk 2, nr. 37 e.v.

verplichtingen algemeen verbindende voorschriften (AVV's)²³¹⁴ en kunnen dus als 'wet' in de zin van art. 6:162 lid 2 BW worden gekwalificeerd. Daarnaast maken zij de ongeschreven zorgplichten van de diverse marktdeelnemers in de keten, maar vullen deze niet een-op-een in.²³¹⁵

Geharmoniseerde normen zijn niet bindend, maar hebben de strekking om de essentiële eisen die onderdeel zijn van voornoemde AVV's nader in te vullen en kunnen dan ook 'gelaagd' van toepassing zijn. Andere normalisatienormen kunnen – ook indien zij niet vallen onder een wettelijk kader – toch geadresseerd zijn aan bepaalde actoren, maar omdat zij niet bindend zijn, vraagt toepassing van een dergelijke norm om een nadere rechtvaardiging.

- Indien geen sprake is van binding door middel van een algemeen verbindend voorschrift (zoals bij geharmoniseerde normen en andere normalisatienormen),²³¹⁶ wat rechtvaardigt dan dat een persoon via het ongeschreven recht aan een productnorm is of wordt gebonden c.q. dat deze persoon de productnorm als onderdeel van een voor hem geldende ongeschreven gedragsnorm toch in acht zou moeten nemen (directe toepassing, nrs. 142, 144-146 en 223)?

Mogelijke rechtvaardigingen kunnen zijn: consensus, een eenzijdige verklaring (zoals de *DoC*) of het horen tot een bepaalde beroepsgroep of maatschappelijke kring waarvoor de norm als (beroeps)regel of gebruik kan worden gezien. Daarbij is de mate van professionaliteit van de desbetreffende persoon eveneens relevant. De functie van een rechtspersoon of van een natuurlijke persoon in het maatschappelijk verkeer, al dan niet binnen een organisatie, kan hierbij een rol spelen.²³¹⁷

- Indien geen sprake is van directe toepassing, kan de norm dan toch feitelijk relevant zijn?

Het feit dat de norm iets zegt over risico's waarvoor de persoon verantwoordelijk is terwijl de norm niet direct voor hem is geschreven, pleit voor een indirecte toepassing van de normen, ook al kan van de persoon zelf geen kennis van de norm worden verwacht (vgl. andere kwalitatieve aansprakelijkheden en het hof over de aansprakelijkheid van de school in de zaak *Johanna Kruidhof*).²³¹⁸ Bij deze laatste categorie moet wel goed worden nagedacht over de vraag wat een indirecte toepassing van de norm in een concreet geval rechtvaardigt.

277 Vragen over het relateren van de productnorm aan de privaatrechtelijke gedragsnorm

- In hoeverre mag een wederpartij (in geval van een overeenkomst), dan wel de maatschappij als geheel (in het kader van de maatschappelijke betamelijkheid en redelijkheid en billijkheid) verwachten dat een persoon bepaalde productnormen in acht neemt?

Hetgeen partijen gezien de gedane verklaringen en gedragingen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten is relevant bij de overeenkomst (*Haviltex*), doch de algemene maatschappelijke verwachtingen zijn via art. 6:2 BW

²³¹⁴ Hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

²³¹⁵ Hoofdstuk 7, nr. 195 en paragraaf 7.3.2.4.

²³¹⁶ Hoofdstuk 4, nr. 96 respectievelijk nr. 124.

²³¹⁷ Hoofdstuk 7, nr. 223.

²³¹⁸ Hoofdstuk 7, nr. 227 t/m 230.

relevant in het algehele vermogensrecht (via de redelijkheid en billijkheid in art. 6:248 lid 2 BW en via de maatschappelijke betamelijkheid in art. 6:162 lid 2 BW, vgl. het *meetinstructie*-arrest).²³¹⁹ Om te bepalen welke verwachting gerechtvaardigd is, zou mede gebruik kunnen worden gemaakt van de kennisniveaus die in Duitsland worden gehanteerd.²³²⁰

- Indien de ander c.q. de maatschappij niet mag verwachten dat de persoon deze productnormen in acht neemt, mag dan wel een zeker objectief veiligheidsniveau worden verwacht waar de norm iets over zegt?
Het gebruik van de norm als indirecte meetlat, ijkpunt of toetssteen in plaats van als direct voor een specifieke persoon geldende norm noem ik wel indirecte toepassing.²³²¹
- In hoeverre wist of behoorde de persoon te weten 1) dat het product aan de productnorm diende te voldoen en 2) dat in casu de productnorm was nageleefd of geschonden?
De eerste vraag is met name relevant voor de beoordeling van de onrechtmatigheid respectievelijk de tekortkoming. De tweede vraag is met name relevant voor de beoordeling van de toerekenbaarheid.²³²²

278 Bijzondere factoren die voortvloeien uit het specifieke privaatrechtelijk beoordelingskader

- In het geval van koop: in hoeverre mocht conformiteit met productnormen worden verwacht? In hoeverre beïnvloedt de schending van de norm het normaal gebruik?²³²³
Bij internationale koop onder de CISG mag een koper behoudens bijzondere omstandigheden in beginsel niet verwachten dat een verkoper op de hoogte is van de eisen van het land van de koper. De gezichtspunten uit de rechtspraak onder de CISG kunnen mede bruikbaar zijn bij zuivere internationale B2B-koop onder het Nederlandse kooprecht. Of een product in Europa ‘in de handel’ of ‘op de markt’ is gebracht kan in dit kader een belangrijk argument voor de toepasselijkheid van productnormen zijn.²³²⁴
- In geval van productaansprakelijkheid: in hoeverre zegt de norm iets over de veiligheid die ‘men’ – het grote publiek en de groep potentiële gebruikers in het bijzonder – redelijkerwijs van het product mag verwachten? Welke risicoanalyse en kosten/baten-analyse liggen aan de norm ten grondslag?
Bij vermeende ontwerpgebreken zou het volgen van productnormen gewicht in de schaal kunnen leggen, mits *risk/benefit*-argumenten een rol mogen spelen en de producent als onderdeel van zijn verzwaarde motiveringsplicht aangeeft waarom de norm accuraat en up-to-date is.²³²⁵
- In het geval van gevaarzetting: hoe verhoudt de norm zich tot de overige omstandigheden van het geval en in het bijzonder de overige gezichtspunten bij gevaarzetting, waaronder de te verwachten onoplettendheid of

²³¹⁹ Hoofdstuk 6, nr. 145 (hybride).

²³²⁰ Hoofdstuk 7, nr. 211.

²³²¹ Hoofdstuk 7, nr. 223.

²³²² Hoofdstuk 6, nr. 166 en H7, paragraaf 7.3.1.5 en 7.3.2.4.

²³²³ Hoofdstuk 6, nr. 160.

²³²⁴ Hoofdstuk 6, nr. 159.

²³²⁵ Hoofdstuk 7, nr. 184.

onzorgvuldigheid, de kans op schade, de aard en ernst van de gevolgen en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen? Schrijft de norm voorzorgsmaatregelen voor? Zo ja, zijn deze gevolgd? Welke voorzorgsmaatregelen waren – in aanvulling op de productnorm – redelijkerwijs mogelijk?²³²⁶

Indien een bepaald risico niet door de ex ante normsteller is voorzien, dan valt men volledig terug op het privaatrecht. Indien een bepaald risico door de ex ante normsteller wel is voorzien, kan de weging van algemene belangen door de wetgever en/of het normalisatie-instituut afwijken van de weging van individuele belangen in een concreet geval door de rechter. Is het individuele belang echter in de productnorm verdisconteerd, kan dit een argument vormen om in het ongeschreven recht aan te sluiten bij de geschreven norm en kan de keuze voor coherentie door de civiele rechter beter worden gemotiveerd (vgl. de *stepping stones* op het schoolplein).²³²⁷ Indien een bepaald individueel belang onvoldoende in de belangenafweging door de ex ante normsteller is verdisconteerd, kan dit reden zijn om in het privaatrecht van een andere ongeschreven norm uit te gaan en kan de keuze voor divergentie beter worden gemotiveerd.²³²⁸

- In het geval van misleidende reclame: welke mededeling is gedaan en wat is het verband tussen de norm en de mededeling?

Productnormen zijn direct van toepassing indien de mededeling inhoudt dat productnormen zijn gevolgd zoals in de *DoC* of door CE-markering. Productnormen zijn indirect van toepassing indien de productnorm relevant is voor de vaststelling van een andere eigenschap waarover een mededeling is gedaan (vgl. de mate van uv-bestendigheid van bepaald materiaal).²³²⁹

279 Voor het aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder: de relatie tussen norm, het belang en de schade (relativiteit) en het verband tussen normschending en schade (causaliteit)

- Beschermt de norm waarvoor de productnorm relevant is het belang van de wederpartij? (Relativiteit)

Welke belangen met de norm worden beschermd is een vraag van EU-recht. Of deze belangen evenwel ook om privaatrechtelijke bescherming vragen, hangt mede af van de nationale implementatie en de strekking daarvan. Gaat het om een producteis uit secundair EU-recht dan moeten aan de aanwijzingen voor relativiteit in het licht van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid wellicht niet al te hoge eisen worden gesteld.²³³⁰

- Beschermt de productnorm tegen dit specifieke risico en dit type schade?

Op grond van de wetsystematiek van het productveiligheidsrecht kan schending van een geharmoniseerde norm nooit zelfstandig en direct tot aansprakelijkheid leiden. Een geharmoniseerde norm kan wel informatie geven over de schending van een essentiële eis of kan worden vertaald naar een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die mede afhankelijk is van de overige omstandigheden van het geval. Ook waar relativiteit ten aanzien van het beschermde belang ontbreekt,

²³²⁶ Hoofdstuk 7, nr. 224.

²³²⁷ Hoofdstuk 7, nr. 229.

²³²⁸ Hoofdstuk 7, nr. 224.

²³²⁹ Paragraaf 7.3.1.4.

²³³⁰ Hoofdstuk 7, nrs. 203 en 204.

kan een productnorm van informatieve waarde zijn (indirecte toepassing), mits het risico waartegen de norm beschermt maar voldoende vergelijkbaar is met het risico in casu (vgl. *Vrieling/Ruröde*).²³³¹ Wel dient dan goed te worden nagedacht over de rechtvaardiging hiervan, omdat de norm dan wordt toegepast buiten het materiële toepassingsbereik ervan.

- Op welke wijze beschermt de norm tegen dit type schade? Welke technische methode is gekozen (prestatienorm, procesnorm (kwaliteitssysteem) of testmethode)?²³³²

Een schending van prestatienormen brengt eerder schade met zich. Bij schending van procesnormen en testmethoden dient kritisch te worden bekeken of de normschending wel de oorzaak kan zijn van de schade.²³³³

- Beschermt de norm tegen een specifiek gevaar en heeft degene die zich op schending van deze norm beroept bij betwisting aannemelijk gemaakt dat in het concrete geval dit gevaar zich heeft verwezenlijkt (causaliteit en omkeringsregel)?

De geschonden norm kan een productnorm zijn (directe toepassing) of een norm van ongeschreven recht zijn waarvoor productnormen indirect van betekenis zijn.²³³⁴

8.6 RESTERENDE OBSERVATIES, AANDACHTSPUNTEN EN AANBEVELINGEN

280 Huidige instructiemogelijkheden van de rechter ter zitting, prejudiciële vragen en het vragen om duiding van gebruikte normen door deskundigen

Vanwege het bijzondere karakter van productnormen, de complexiteit, de technische inhoud en de inbedding ervan, blijft een rechter voor de toepassing, de uitleg en de interpretatie van productnormen in grote mate afhankelijk van de voorlichting door partijen en deskundigen. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is immers niet van toepassing en lijkt in dit complexe kader ook praktisch onmogelijk.²³³⁵ Voor de hier onderzochte gevallen betwijfel ik het nut en de noodzaak van het vergroten van de regierol van de rechter, zoals thans het voornemen is met het conceptwetsvoorstel herziening bewijsrecht.²³³⁶ Ik meen dat de rechter thans ex art. 22 Rv al een grote vrijheid en ruime instructiebevoegdheden ter comparitie heeft, waardoor er ruimte is om aan partijen vragen te stellen over eventueel toepasselijke productnormen. Voor zover het partijdebat en de feiten nog geen aanleiding geven om productnormen in het geschil te betrekken maar het

²³³¹ Hoofdstuk 7, nr. 225.

²³³² Hoofdstuk 1, nr. 15.

²³³³ Hoofdstuk 7, nr. 253.

²³³⁴ Hoofdstuk 7, nr. 253 en over indirecte toepassing bijv. nr. 238 **Error! Reference source not found.**

²³³⁵ Art. 25 Rv, zie voor de Europese context nr. 93 en nationale context o.a. nrs. 128 en 172 (indirecte betekenis voor de openbare orde).

²³³⁶ Voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht d.d 31-05-2018 (Concept) en bijbehorende concept-MvT.

wel een technisch complexe zaak betreft waarin ter zake van andere geschilpunten een deskundigenbericht wordt gelast, kan de rechter ter comparitie of bij de instructie van de deskundige specifieke vragen stellen.²³³⁷ Zo kan de rechter de deskundige vragen, voor zover deze voornemens is Europese productnormen of andere normen in zijn oordeel te betrekken, duidelijk aan te geven en te verklaren waarom hij of zij deze gebruikt of relevant acht (bijvoorbeeld vanwege het toepasselijke wettelijke kader of omdat deze normen de *state of the art c.q. anerkannte Regeln der Technik* vormen).

Het is vaste jurisprudentie dat voor de feitenrechter een beperkte motiveringsplicht geldt ten aanzien van de beslissing om de bevindingen van een deskundige te volgen, in welk geval hij kan volstaan met de overweging dat de gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Wel dient hij, in de woorden van de Hoge Raad;

‘bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen, in zijn beslissing zal volgen, alle ter zake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken. De rechter zal op specifieke bezwaren van een partij moeten ingaan als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van de zienswijze van de deskundige.’²³³⁸

Wijkt de rechter echter van het advies van de deskundige af, dan gelden de gewone motiveringseisen in de zin dat de motivering voldoende inzicht moet geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden – waaronder de hogere rechter – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.²³³⁹ Het verdient aanbeveling voor de rechter om, los van specifieke stellingen en bezwaren van partijen, uitgebreider te motiveren waarom het deskundigenbericht wordt gevolgd, zeker indien productnormen onverwacht het deskundigenbericht binnensluipen.²³⁴⁰ Daarbij kan aandacht worden besteed aan de vraag of, en hoe, de door de deskundige aangehaalde productnormen aan de privaatrechtelijke gedragsnormen en vereisten kunnen

²³³⁷ Met ingang van 1 oktober 2019 codificeren art. 88 en 89 Rv bovendien een aantal van de reeds bestaande bevoegdheden van de rechter ter comparitie. Wet van 3 juli 2019 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de ondelinge behandeling in het civiele procesrecht (Spoedwet Intrekking KEI) (*Stb* 2019, 241). Inwerkingtredingsbesluit (*Stb.* 2019, 247).

²³³⁸ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:279, r.o. 3.4.3, onder verwijzing naar HR 9 december 2011, *NJ* 2011/599 (*Flevoziekenhuis*).

²³³⁹ HR 9 december 2011, *NJ* 2011/599 (*Flevoziekenhuis*), r.o. 3.4.5.

²³⁴⁰ Zie voor eerdere kritiek op dit verschil in motiveringsplicht, in navolging van De Groot 2008, De Jong 2016, p. 119 als het gaat om de beoordeling van wetenschappelijk bewijs bij risico-analyses met betrekking tot onzekere risico's.

worden gerelateerd, nu dit naar verwachting de aanvaardbaarheid van de uitspraak en de rechtsontwikkeling ten goede komt.²³⁴¹

Voor een coherente uitleg van EU-recht is nodig dat bij discussies over de uitleg, de inhoud, de strekking en de betekenis van Europese productnormen, het Hof van Justitie wordt geadieerd. Daarnaast is het wenselijk dat het Hof ook Europese productnormen uitlegt indien deze uitleg relevant is voor rechtsvragen die buiten het materiële toepassingsbereik van het desbetreffende instrument liggen. Een aanpak zoals het Hof van Justitie volgde in de zaak *James Elliott* acht ik onwenselijk: in deze zaak ging het niet tot uitleg over, omdat de vragen voorwaardelijk waren geformuleerd.²³⁴² De feitelijke toets aan geharmoniseerde normen en het bepalen van de betekenis voor privaatrechtelijke normstelling is echter aan de nationale rechter.

281 Kenbaarheid van productnormen: de rol van de EU-wetgever, normalisatie-instituten, partijen en de rechter

Een mogelijke verklaring voor de omstandigheid dat productnormen thans nog nauwelijks in rechte worden gebruikt, ligt in de kenbaarheid van productnormen. Het wettelijke kader van het productveiligheidsrecht is slecht toegankelijk, omdat het extreem gelaagd is. Het kader bestaat uit EU-richtlijnen en -verordeningen en daarop gebaseerde nationale wetten zoals de Warenwet en onderliggende regelingen en besluiten.²³⁴³ Het herleiden van de herkomst en inbedding van geharmoniseerde normen is al helemaal een lastige opgave.²³⁴⁴ Het probleem van de kenbaarheid van het recht en in het bijzonder van normalisatienormen wordt in de literatuur al lang onderkend.²³⁴⁵ De kenbaarheid van het productveiligheidsrecht moet worden verbeterd, temeer omdat sprake is een olievlekwerking van normalisatienormen in de door mij onderzochte feitenrechtspraak. Normalisatienormen beïnvloeden allerlei rechtsverhoudingen waar ook niet-normadressaten bij zijn betrokken en worden ook in situaties gebruikt die die wellicht niet voor de hand liggen.²³⁴⁶ Een dergelijke olievlekwerking zou in de praktijk, hoewel dat vooralsnog niet blijkt uit de rechtspraak, in beginsel ook kunnen optreden bij geharmoniseerde normen.

Ten eerste kunnen de EU, de Nederlandse overheid en de Europese en nationale normalisatie-instituten meer doen om het productveiligheidsrecht als geheel en het bijbehorende gelaagde normenkader in het bijzonder toegankelijker te maken. Hoewel een geharmoniseerde norm zowel op de website van de Europese Commissie als in publicatieblad EU is gepubliceerd, is het momenteel een te gecompliceerde legpuzzel om erachter te komen welke

²³⁴¹ Zie voor een voorbeeld van een deskundige die zelf een andere alternatieve norm tot uitgangspunt neemt Conc. A-G Harlief van 18 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:244, onder 3.31 e.v.

²³⁴² Hoofdstuk 3, nr. 83.

²³⁴³ Hoofdstuk 2, nr. 74.

²³⁴⁴ Hoofdstuk 2, nr. 40 en hoofdstuk 4.

²³⁴⁵ Elferink 1998, p. 273; Smits 2015, p. 26; Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies).

²³⁴⁶ Paragraaf 6.2.3, 6.3.3 en 7.3.2.4

geharmoniseerde norm op welke essentiële eis ziet.²³⁴⁷ Om dit te herleiden is mede het mandaat en Annex ZZ of ZA bij de geharmoniseerde norm nodig. Deze onderdelen van de geharmoniseerde norm zijn echter eveneens alleen tegen betaling beschikbaar. De regelingen onder het Bouwbesluit verwijzen expliciet naar normen met nummers, maar dit ontbreekt in het EU-recht. De huidige EU-website bevat wel alle toepasselijke geharmoniseerde normen per instrument, doch niet per essentiële eis.²³⁴⁸ In hoofdstuk 4 heb ik gepleit om (opnieuw) te bekijken of deze normen volledig kosteloos beschikbaar kunnen worden gesteld.²³⁴⁹ Indien dit niet haalbaar blijkt te zijn, zou kunnen worden overwogen in ieder geval de annex bij de geharmoniseerde normen kosteloos beschikbaar te stellen. Blijkens artikel 8 van de nieuwe markttoezichtverordening is de Europese Commissie voornemens de digitale informatievoorziening over productveiligheidsrecht te verbeteren. In dat verband zou het wenselijk zijn als naast digitale portals voor de secundaire instrumenten van EU-recht, ook uitgebreidere kosteloze digitale portals voor normalisatienormen beschikbaar zouden zijn, die mede aan de hand van de EU-wetgeving zijn gecategoriseerd.²³⁵⁰ NEN dient ervoor te waken dat haar eigen businessmodel haar niet weerhoudt op dit punt verder te innoveren. NEN biedt namelijk ook cursussen, seminars en individuele begeleiding aan in de zoektocht door het normenwoud.²³⁵¹ Mijns inziens is het tot op zekere hoogte te billijken dat aan normontwikkeling kosten zijn verbonden die worden doorbelast aan het bedrijfsleven – voor niets gaat de zon op, alsmede dat normalisatie-instituten cursussen voor de toepassing van normen aanbieden. De toegankelijkheid van normen mag echter niet nodeloos complex blijven, zodat hieraan vervolgens geld kan worden verdiend.

Ten tweede dienen partijen die wel een beroep doen op de schending dan wel de naleving van normen de rechter beter voor te lichten over de inhoud, herkomst en achtergrond van die normen.

Ten derde kan de rechter de praktijk en de rechtswetenschap helpen door in zijn uitspraak de normalisatienormen met naam en nummer te noemen, in plaats van in algemene bewoordingen over normalisatienormen te spreken.

²³⁴⁷ Daartoe dienen eerst de toepasselijke richtlijnen en/of verordeningen te worden opgezocht. Vervolgens moeten de toepasselijke essentiële eisen daaruit worden geïdentificeerd. Daarna dienen de toepasselijke geharmoniseerde normen te worden opgezocht, bijvoorbeeld via https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_nl.

²³⁴⁸ https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_nl. Op deze websites zijn sinds 1 december 2018 links naar de *implementing decisions* in het publicatieblad opgenomen, hoofdstuk 4.

²³⁴⁹ Nr. 125.

²³⁵⁰ De normen zijn wel te bestellen via de webshop van NEN, doch binnen dat systeem is niet met één druk op de knop te achterhalen welke normen onder bijvoorbeeld de Richtlijn Speelgoed hangen.

<https://www.nen.nl/NEN-Shop.htm>. Voor sommige gebieden als Medische Hulpmiddelen zijn abonnementen beschikbaar, doch niet voor alle geharmoniseerde gebieden. Vgl. eerder Smits 2015, p. 26 die pleit voor het beter benutten van ICT door de overheid.

²³⁵¹ <https://www.nen.nl/Training-Advies/Advies/Advies-Medische-hulpmiddelen.htm>.

282 Kenbaarheid van privaatrechtelijke trouvailles in het productenrecht

Reeds meerdere auteurs hebben op de impact gewezen die het EU-recht heeft op de coherentie van ons nationale privaatrecht alsmede op de kenbaarheid ervan.²³⁵² Ook in het veld van het productenrecht is dit zichtbaar; naast de Richtlijn Productaansprakelijkheid duiken in de van oorsprong meer publiekrechtelijke instrumenten nieuwe privaatrechtelijke grondslagen op als de aansprakelijkheid van de gemachtigde²³⁵³ en andere maatregelen die de privaatrechtelijke positie van productgebruikers moeten beschermen, zoals een verzekeringsplicht voor de fabrikant van medische hulpmiddelen voor productaansprakelijkheid en voor de patiënt een recht op informatie jegens de autoriteiten.²³⁵⁴ Dit kan de rechtsontwikkeling sturen en politieke impasses die bijvoorbeeld onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid bestaan doorbreken. Dergelijke privaatrechtelijke 'trouvailles' vormen interessante proefballonnen, maar zorgen tegelijkertijd voor fragmentarisch en slecht kenbaar privaatrecht. De oplossingen zijn bovendien niet altijd voldoende doordacht. Binnen de context van het productveiligheids- en aansprakelijkheidsrecht zou de Commissie aan dit soort ontwikkelingen op de website en in de *Blue Guide* bijzondere aandacht kunnen besteden,²³⁵⁵ alsmede in eventuele *guidance* bij productaansprakelijkheid. Het is voorts wenselijk, en met de nieuwe technieken ook goed mogelijk, om ontwikkelingen in de rechtspraak in de hele Unie ten aanzien van deze nieuwe grondslagen te monitoren, hetgeen gebruikt kan worden voor toekomstige *impact assessments* en verder wetenschappelijk onderzoek ter beantwoording van de vraag of dit soort nieuwe initiatieven bredere toepassing moeten krijgen.²³⁵⁶

283 Controle op normalisatie via het civiel recht: een utopische gedachte

De bevindingen uit dit onderzoek zijn tevens relevant voor twee wegen die in de literatuur zijn geïdentificeerd voor controle op normalisatienormen via het privaatrecht.

De eerste route – de aansprakelijkheid van normalisatie-instituten – is in hoofdstuk 4 aan de orde geweest.²³⁵⁷ In dit hoofdstuk zijn argumenten genoemd waarom de drempels voor aansprakelijkheid van normalisatie-instituten zeer hoog zijn. Na de rechtspraakanalyse kunnen daar nog twee argumenten aan worden toegevoegd. Doordat 1) bij de formulering van zorgplichten de eigen verantwoordelijkheid van marktdeelnemers zo centraal staat en 2) de betekenis van de norm in relatie tot het ongeschreven recht

²³⁵² De Graaff & Verheij 2017 en aldaar genoemde auteurs. Zie ook Smits 2015.

²³⁵³ Hoofdstuk 2, nr. 58, hoofdstuk 6, nr. 147 en hoofdstuk 7, nr. 249.

²³⁵⁴ Hoofdstuk 2, nr. 52 respectievelijk nr. 58. Ook de voorgenomen klokkenluidersrichtlijn lijkt een instrument met privaatrechtelijke implicaties, aangezien deze blijkens de considerans mede rechtspersonen moet beschermen tegen (contractuele) represailles als reactie op meldingen van schendingen van EU-recht, waaronder het productveiligheidsrecht, nr. 63.

²³⁵⁵ Hoofdstuk 2, nr. 132.

²³⁵⁶ Vgl. in algemene zin eerder De Graaff & Verheij 2017 die pleiten voor elektronische database op verschillende deelterreinen van het vermogensrecht. Ook zouden volgens hen Europese wetgevingsjuristen inzicht kunnen bieden in wetgeving op de diverse deelterreinen.

²³⁵⁷ Nr. 121.

sterk verwatert in relatie tot de omstandigheden van het geval, is mijn inschatting dat de gevallen waarin een onjuiste Europese productnorm de primaire oorzaak is voor letsel-, zaak- of economische schade, hoogst uitzonderlijk zullen zijn.²³⁵⁸ Door dit causaliteitsprobleem zullen eventuele prikkels die het aansprakelijkheidsrecht zal (kunnen) bieden voor normalisatie-instituten zeer beperkt zijn.

Een andere route van controle op normalisatienormen is die van *indirect judicial review* door de civiele rechter. Schepel merkte op: *'The ultimate paradox of the New Approach is that, in the final analysis, the best guarantees of 'constitutionalism' of standards setting lie exactly in the lack of its clear legal status the critics complain so much about.'* Civiele rechters zouden daartoe naar zijn verwachting de acceptatie in de markt alsmede de totstandkomingsprocedures van normalisatienormen evalueren.²³⁵⁹ Hij wijst dan op rechtspraak van nationale rechters die aan toetsing van normalisatienormen doen. *'Such decentralised judicial review of standards coupled with contextual regulation on the European level, it is submitted, stand a much better chance of promoting thorough deliberation in the European standards bodies than does centralised administrative control.'*²³⁶⁰

Uit de hier onderzochte uitspraken blijkt niet dat expliciet *indirect judicial review* plaatsvindt. Oordelen door de civiele rechter – zoals in Duitsland – dat normalisatienormen verouderd, achterhaald of onjuist zouden zijn, komen niet veel voor. Een kritische evaluatie van normalisatienormen zou natuurlijk impliciet kunnen plaatsvinden: een civiele rechter kan een geharmoniseerde norm of andere normalisatienorm buiten zijn oordeel houden zonder dit te expliciteren, omdat hij bijvoorbeeld meent dat de norm ongeschikt is, niet van toepassing is of omdat hij twijfelt aan de evenwichtige totstandkoming en kwaliteit ervan. Hij kan dit echter ook doen indien hij geen idee heeft wat hij met een dergelijke norm aan moet.²³⁶¹

Nader kwalitatief en kwantitatief onderzoek onder rechters zou hierover meer informatie kunnen geven. Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat de civiele rechter zijn handen reeds vol heeft aan de vaststelling van de feiten en het duiden van de inhoudelijke betekenis van de normalisatienorm in relatie tot die feiten. Doordat hij mede is gebonden aan het partijdebat, dat zelden de juistheid van de norm wat inhoud of totstandkomingsproces betreft aan de

²³⁵⁸ Zie voor een uitzondering mogelijk Rb. Rotterdam (vrz.) 21 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR2593, *JOM* 2012/366 (*Gemeente Rotterdam/Ballast Nedam Infra*) als besproken onder nr. 166.

²³⁵⁹ Schepel 2005, p. 349.

²³⁶⁰ Schepel 2005, p. 258 en ook kort p. 400. Vgl. Cafaggi 2012, p. 89-95 die drie taken ziet voor nationale rechters in relatie tot *transnational private regulation* namelijk *'enforcement, review and interpretation'*. Cafaggi meent in relatie tot *transnational private regulation* in het algemeen, dat bij de formulering van zorgplichten lagere rechters aan *indirect judicial review* doen, p. 93: *'courts may scrutinize the code and its drafting procedure when deciding if and how it applies to the standard of care in negligence. They may consider not only the substantive content of the standard, but also the procedural rules established for the approval and implementation of the standard.'*

²³⁶¹ Overigens geldt voor alternatieve normen waar expliciet door partijen een beroep op is gedaan, dat deze in beginsel niet geheel mogen worden genegeerd, zie *Reaal/Deventer* over een beroep op CROW-normen ter onderbouwing van opstalaansprakelijkheid als besproken onder nr. 226.

orde stelt, vindt nauwelijks *indirect judicial review* van normalisatienormen in voornoemde zin plaats. Uit het buiten toepassing laten van een normalisatienorm mag mijns inziens niet worden afgeleid dat een rechter een normalisatienorm ‘afkeurt’ en/of haar legitimiteit impliciet afwijst. Ook uit het gebruik van de norm door de rechter kan geen indirecte legitimatie of goedkeuring worden afgeleid.²³⁶² Het voorgaande brengt mijns inziens ook met zich dat voor het verbeteren van de controle op normalisatienormen niet kan worden vertrouwd op het privaatrecht, maar gekeken moet worden naar de normalisatie-instituten zelf, de EU-wetgever en het Hof van Justitie. Hoewel dit niet wetenschappelijk is onderbouwd, lijkt mij aannemelijk dat naast kosteloze publicatie van de normalisatienormen, een beter inzicht in de informatie waarop een norm is gebaseerd, kan bijdragen aan controle op en waardering van die normen.

8.7 HOE NU VERDER?

284 Beantwoorden aan de roep om meer coherentie door harmonisatie?

Een aantal auteurs is van mening dat de afstemming tussen Europees productveiligheidsrecht en het privaatrecht, wat betreft overige verplichtingen en op het punt van normstelling in het bijzonder, sterk tekortschiet. In dat verband is wel betoogd dat met name het contractenrecht nader zou moeten worden geharmoniseerd door de EU-wetgever, dan wel via Europese rechtspraak.²³⁶³ Zo leek Cafaggi in 2009 ervoor te pleiten om ‘*default rules*’ te ontwikkelen voor de contracten tussen marktdeelnemers omdat dit bij zou kunnen dragen aan de productveiligheid.²³⁶⁴ Van Leeuwen betoogt in een artikel uit 2019 dat, daar waar het privaatrecht samenloopt met Nieuwe Aanpak-wetgeving, het onder het harmonisatiebereik van het EU-recht zou moeten worden gebracht.²³⁶⁵ Volgens hem zou meer coherentie tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke product(veiligheids)normen onder de Nieuwe Aanpak kunnen bijdragen aan de werking van de interne markt.²³⁶⁶

In hoofdstuk 3 heb ik uiteengezet waarom het Hof van Justitie mijns inziens op dit moment niet de bevoegdheid heeft om zich uit te laten over het bestaan

²³⁶² Zie anders Cafaggi 2012, p. 93: ‘*If they accept the private standard as an indicator in deciding whether a breach has occurred, recognition and by extension, legitimacy is attached to the private standard. If they don’t, they implicitly decrease its authority, denying its legitimacy*’.

²³⁶³ Cafaggi 2009a, p. 229. Zie ook Verhoeven 2017, p. 581, die ten onrechte pleit voor gelijkstelling van het algemene veiligheidsvereiste uit de RAPV en gebrekkigheid onder de Richtlijn Productaansprakelijkheid, p. 588.

²³⁶⁴ Cafaggi 2009a, p. 235 onder verwijzing naar Hodges 2005 p. 132 en 191. Cafaggi merkte over de RAPV eerder op dat deze een ‘*artificial hierarchial model*’ volgt met te veel nadruk op de verantwoordelijkheid van de producent: ‘*When compliance with these duties is evaluated by judges it becomes clear that the inquiry moves to the mechanisms put in place to collect and transmit information.(...) It becomes necessary to explore the structure of the chain to evaluate how individual enterprises cooperate to ensure that duties to monitor and to inform are complied with.* Volgens Cafaggi zou wetgeving meer aandacht moeten besteden aan ‘*network models*’: ‘*Standards relating to the network should thus be defined when the network form is adopted. These standards, which may include joint and several liabilities, should identify minimum rules that parties can specify through contracting*’, Cafaggi 2009a, p. 240.

²³⁶⁵ Van Leeuwen 2019, p. 269.

²³⁶⁶ Van Leeuwen 2019, p. 286 onder verwijzing naar Micklitz 2009, p. 2 e.v.

van concrete privaatrechtelijke rechtsgevolgen en de beschikbaarheid van privaatrechtelijke remedies in geval van schending van productveiligheidsrecht. Nadere afstemming en convergentie zouden daarom ofwel via secundair EU-recht van de Europese wetgever moeten komen, ofwel door de nationale wetgever of rechter moeten worden bewerkstelligd. De Europese wetgever is hiertoe slechts bevoegd indien divergerende normen in de weg staan aan de werking van de interne markt (art. 114 VWEU). Ik betwijfel of dat op dit moment zo is. Om hier meer zekerheid over te hebben is nader empirisch onderzoek nodig. Ook zou moeten worden onderzocht welke factoren en krachtenvelden een rol spelen in de handelsketens, voordat kan worden beoordeeld of aanvullend of dwingend contractenrecht of standaardcontracten überhaupt effect zullen sorteren. Iedere handelsketen is immers weer anders.

De analyse in de hoofdstukken 6 en 7 heeft bovendien laten zien dat de invulling van bijvoorbeeld conformiteit in het kooprecht, de gebrekkigheid bij productaansprakelijkheid en onrechtmatigheid in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van veel meer afhankelijk is, dan het schenden of naleven van productnormen. Het vormt maatwerk uit hoofde van de eigen functies die het privaatrecht vervult. Het al dan niet toestaan van schadevergoeding – meer specifiek het aannemen van relativiteit – is niet alleen afhankelijk van doelmatigheidsoverwegingen in het licht van eventuele handhaving, maar ook van andere factoren zoals de verzekeraarbaarheid en de beheersbaarheid van aansprakelijkheid (vgl. de diverse doelen van productaansprakelijkheid).²³⁶⁷ Waar het niet-geharmoniseerd privaatrecht betreft, kan divergentie ook zijn ingegeven door rechtscultuur (vgl. bijvoorbeeld de diverse visies in de onderzochte privaatrechtelijke jurisdicties over de vergoeding van *pure economic loss*).²³⁶⁸ In mijn ogen is het wenselijk dat het privaatrecht voor een deel een autonome rol vervult; divergentie is dus tot op zekere hoogte wenselijk. Wat normstelling betreft, blijft partijautonomie in het contractenrecht het uitgangspunt. Buitencontractuele normstelling moet soms verder kunnen gaan, zeker nu de normstelling in het productveiligheidsrecht niet altijd een waterdicht proces is (de vangnetfunctie). Het zou mij niet verbazen dat juist dit vangnet zou kunnen bijdragen aan het consumentenvertrouwen en daarmee aan de werking van de interne markt. Dat vereist overigens wel dat consumenten zich überhaupt van het geldende recht en hun rechtspositie bewust zouden zijn, hetgeen nog maar de vraag is.

Europese productnormen vullen privaatrechtelijke normen slechts zelden een-op-een in. Bovendien gaat het productveiligheidsrecht uit van een bewijsvermoeden bij de *naleving* van geharmoniseerde normen; hierin is de markt regulerende werking van geharmoniseerde normen gelegen. Binnen de door mij geschetste kaders heeft de civiele rechter op dit moment al ruim baan

²³⁶⁷ Hoofdstuk 7, nr. 177.

²³⁶⁸ Hoofdstuk 7, nr. 210 voor Duitsland, nr. 217 voor het VK en nr. 241 voor Nederland.

om met bewijsvermoedens te werken. Die vermoedens zouden echter met name bij *schending* van productnormen moeten worden gehanteerd. Voor productaansprakelijkheid zouden wellicht aanwijzingen over bewijsvermoedens kunnen worden gegeven in een *guidance document*, maar het aannemen ervan behoort tot de nationale procedurele autonomie van de lidstaten.²³⁶⁹ Een dwingend wettelijk vermoeden lijkt niet noodzakelijk en weinig toe te voegen. Het is in dit licht gelukkig dat de EU-wetgever bij de herziening van de richtlijn consumentenkoop gekozen heeft voor het opnemen van het Unierecht, het nationale recht en technische normen als gezichtspunten voor normaal gebruik.²³⁷⁰ Geharmoniseerde Europese bewijsvermoedens van conformiteit bij de *naleving* van geharmoniseerde normen bij onder andere koop in Europese rechtspraak of sectorspecifieke instrumenten raad ik af.²³⁷¹

285 Privaatrechtelijke handhaving van productveiligheidsrecht? Drempels en effecten in theorie en praktijk en de roep om empirisch onderzoek

Daar waar productnormen betekenis krijgen voor privaatrechtelijke normstelling zou in potentie een wereld van privaatrechtelijke handhaving kunnen worden ontsloten.²³⁷² Dit onderzoek heeft een aantal juridische drempels voor privaatrechtelijke handhaving van productnormen blootgelegd.

Duidelijk is dat de volle operationalisering van het in hoofdstuk 2 besproken systeem van het productveiligheidsrecht mede afhankelijk is van de onderlinge contractuele afspraken tussen partijen en het nationale privaatrecht. Doordat de contractuele strekking van de verplichtingen uit hoofdstuk 2 niet vaststaat, zou de partijautonomie – daar waar de naleving van productveiligheidsrecht niet contractueel wordt afgedwongen – een juridische drempel kunnen vormen voor de privaatrechtelijke handhaving van het productveiligheidsrecht. Tegelijkertijd zou partijautonomie daar waar zij bewust door partijen wordt gebruikt ter waarborging van de naleving van productveiligheidsrecht door andere marktdeelnemers, juist aan de naleving en handhaving ervan kunnen bijdragen.

In het buitencontractuele recht lijkt met name de handhaving van producteisen middels ge- en verbodsacties door concurrenten veelbelovend, aangezien zij zich in een betere informatiepositie bevinden ten aanzien van inbreuken dan gebruikers en wellicht zelfs toezichthouders.²³⁷³

De vragen of deze juridische drempels ook in de praktijk aan privaatrechtelijke handhaving in de weg staan en wat de eventuele effecten van het wegnemen van die drempels zou kunnen zijn, zouden empirisch nader moeten worden onderzocht. Daartoe bestaat een groot belang.

²³⁶⁹ Hoofdstuk 7, nr. 199.

²³⁷⁰ Hoofdstuk 6, nr. 160 en art. 7 aanhef van de nieuwe richtlijn dat daar wordt besproken.

²³⁷¹ Hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.2. i.h.b. nr. 157.

²³⁷² Vgl. Weiß 2008, p. 528 vanuit Duits perspectief.

²³⁷³ Vooralsnog met name via de regeling misleidende en vergelijkende reclame, nr. 248. Vgl. in het kader van ander consumentenrecht ook Tigelaar 2017, p. 204 en 205.

Binnen de context van het productveiligheidsrecht is het al dan niet toestaan van privaatrechtelijke handhaving van Europese productnormen een samenspel tussen vier institutionele actoren: de EU-wetgever, het Hof van Justitie, de nationale wetgever ter implementatie van de verplichtingen en het creëren van sancties c.q. remedies daarop, en de nationale (civiele) rechter (voor onze jurisdictie met name onze Hoge Raad). Alle vier de partijen spelen hierin een eigen, (rechts)politieke rol en hebben nadere empirische gegevens nodig om hun rol in te kunnen vullen. Harmonisatie van de civielrechtelijke remedies door de Europese wetgever vraagt om een rechtvaardiging, namelijk bewijs dat discrepanties in de weg staan aan de werking van de interne markt.²³⁷⁴ *Impact Assessments* die hierop ingaan ontbreken vooralsnog.²³⁷⁵ Bij een gebrek aan harmonisatie van remedies functioneert het Hof van Justitie als grensrechter in het kader van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid.²³⁷⁶ Voor het beantwoorden van de vraag of de beperkte toegankelijkheid van remedies voor marktdeelnemers op schending van productnormen in de weg staat aan een effectieve rechtsbescherming, of aan een doeltreffende handhaving van productnormen, werkt het Hof thans met aannames over doeltreffendheid die niet nader zijn gestaafd (denk aan *Muñoz*). Zwijgt het EU-recht, dan heeft de nationale wetgever de keuze of hij privaatrechtelijke remedies openstelt. Vooralsnog besteedt hij weinig aandacht aan deze vraag: EU-wetgeving wordt via statische verwijzing omgezet in Warenwetbesluiten zonder dat daarbij lijkt te worden nagedacht over de privaatrechtelijke implicaties.²³⁷⁷ Zou de nationale wetgever hier langer bij willen stilstaan, dan loopt ook hij tegen een gebrek aan kennis aan over de daadwerkelijke effecten van het al dan niet toestaan van privaatrechtelijke remedies. Op dit moment ligt de bal bij de civiele rechter die, bijvoorbeeld bij beantwoording van vragen over relativiteit, niet alleen aandacht zal willen besteden aan institutionele argumenten, maar ook aan negatieve externaliteiten als het *floodgates*-argument en de verzekeraarbaarheid van risico's. Voor zover hij de doeltreffendheid als gezichtspunt wil meewegen in zijn beoordeling, is relevant om te weten in hoeverre (dreigende) aansprakelijkheid het gedrag van marktdeelnemers daadwerkelijk beïnvloedt.²³⁷⁸

Ten slotte zou het kunnen zijn dat de huidige werkelijkheid, hoe weerbarstig het privaatrechtelijke kader ook is, nu al voldoende prikkels biedt tot naleving zonder dat daarvoor het thans bestaande privaatrechtelijke kader hoeft te worden aangepast. Voor nader onderzoek vormen voorgaande bevindingen een noodzakelijke voorstap nu de juridische betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling in kaart is gebracht.

²³⁷⁴ Hoofdstuk 2, nr. 37 resp. 72.

²³⁷⁵ Ook in de evaluaties van de Richtlijn Productaansprakelijkheid ontbreken empirische gegevens over B2B-verhoudingen.

²³⁷⁶ Hoofdstuk 3.

²³⁷⁷ Hoofdstuk 2, nr. 73.

²³⁷⁸ Hoofdstuk 7, nr. 204 en nr. 241.

286 Afsluiting

Dit onderzoek geeft de jurist een verdiepende kijk in de wereld van het productveiligheidsrecht en de productnormen. Het laat zien dat de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling van een groot aantal factoren afhankelijk is, waarbij het privaatrecht in deze context een eigen, deels autonome rol vervult. De factoren aan de hand waarvan deze betekenis moet worden beoordeeld, vloeien voort uit een Europeesrechtelijk, institutioneel en privaatrechtelijk perspectief. Zo is vanuit Europeesrechtelijk perspectief het bieden van een prikkel tot naleving in het licht van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming relevant. Vanuit het institutionele kader bezien zijn het naleven van procedurele waarborgen in het totstandkomingsproces van de norm en de controle erop achteraf relevant. Daarnaast zijn er factoren die voortvloeien uit het privaatrechtelijke beoordelingskader, zoals de inhoud, het beschermingsniveau van de norm, de informatie waarop hij is gebaseerd en de kennis van de actor door wie of tegen wie de norm in stelling wordt gebracht. Met name de factoren uit deze laatste categorie, zijn – vanuit het privaatrechtelijke beoordelingskader bezien – van groter gewicht dan de factoren die voortvloeien uit het Europese recht of de institutionele doctrine. De bevindingen van het onderzoek, vertaald naar de gezichtspunten in het bijzonder, kunnen helpen bij een beoordeling van de betekenis van productnormen voor privaatrechtelijke normstelling in concrete gevallen en kunnen tot een meer coherente toepassing van productnormen in een privaatrechtelijke context leiden. Hopelijk kunnen zij de rechtspraktijk helpen en voor de Hoge Raad als inspiratie dienen wanneer in de toekomst nadere (rechts)vragen over de afstemming van productnormen en normstelling in het privaatrecht worden voorgelegd, waarmee kan worden bijgedragen aan verdere rechtsontwikkeling. De waarheidsvinding in een steeds complexer wordende maatschappij pleit voor een actiever gebruik door partijen en de rechter van Europese productnormen bij de beantwoording van privaatrechtelijke rechtsvragen. Dat vergroot de druk op de rechter, doch lijkt noodzakelijk en onvermijdelijk in een toch al complexer wordende wereld, als het privaatrecht ter zake de aansluiting niet wil verliezen met de maatschappelijke realiteit.

Voor strakkere contouren en principiële keuzes met betrekking tot de verhouding tussen Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling is het antwoord op de vraag relevant of het privaatrecht kan bijdragen aan het terugdringen van het aantal gevaarlijke producten op de Europese markt. Draagt het bij aan het voorkomen van schade, en zo ja onder welke omstandigheden? Het antwoord op deze vraag is niet alleen relevant voor de EU-wetgever om te kunnen beoordelen of verdere harmonisatie van het privaatrecht in relatie tot productveiligheid nodig is, maar ook voor de nationale wetgever om te kunnen beoordelen of bij de implementatie van productveiligheidsrecht meer privaatrechtelijke remedies expliciet moeten worden opengesteld. Bovendien is het relevant voor de nationale rechter bij de te maken keuzes ten aanzien van de nadere inbedding van Europese

productnormen in privaatrechtelijke normstelling via het ongeschreven recht daar waar de wetgever zwijgt. Voor de beantwoording van die vraag is nader (empirisch) onderzoek nodig, waarvoor deze bevindingen een theoretische basis en een aanzet vormen.