

Voorstel nieuwe richtlijn

Naar een toekomstbestendig product

Mr. dr. K.A.P.C. van Wees * & mr. dr. N.E. Vellinga **



* Universitair docent bij de afdeling Privaatrecht, Vrije Universiteit Amsterdam.
 ** Postdoc onderzoeker bij faculteit rechten van de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, COM(2022) 495 def.
2. Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (PbEG 1985, L 210/29).
3. Dit richtlijnvoorstel moet overigens in samenhang gezien worden met een tweede voorstelrichtlijn inzake niet-contractuele aansprakelijkheid voor artificiële intelligentie (COM(2022) 496 final). Dit voorstel introduceert geen aansprakelijkheidsgrondslag, maar wel twee bewijsvermoedens. Het voorstel heeft tot doel regels vast te leggen voor schadeverdringen gebaseerd op onrechtmatige daad waar geen beroep kan worden gedaan op de richtlijn productaansprakelijkheid. Zie voor een bespreking van het voorstel, ook in relatie tot de in dit artikel besproken

1. Inleiding

Op 28 september 2022 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een nieuwe richtlijn productaansprakelijkheid.¹⁾ Met het voorstel wordt beoogd om de bestaande, uit 1985 daterende, regeling²⁾ weer 'bij de tijd' te brengen.³⁾ Hoewel de Commissie vooropstelt dat de richtlijn over het geheel genomen nog effectief en relevant is, stelt zij vast dat deze ook een aantal tekortkomingen vertoont. Zo laten de definities en concepten uit de bijna 40 jaar oude richtlijn zich niet eenvoudig toepassen op producten uit de moderne digitale en circulaire (meer op hergebruik gerichte) economie⁴⁾, stelt de bewijslast ten aanzien van de gebrekkigheid en het causaal verband in relatie tot bepaalde producten zoals geneesmiddelen, 'smart products' of AI slachtoffers voor (te grote) uitdagingen en vormen bepaalde regels in de bestaande richtlijn een onwenselijke belemmering voor het indienen van een schadeclaim (denk bijvoorbeeld aan de regel dat zaakschade onder de € 500,- op basis van de richtlijn niet wordt vergoed).⁵⁾

Het voorstel behelst een volledige en ingrijpende herziening van de bestaande richtlijn. Het is er in belangrijke mate op gericht dat de aansprakelijkheidsregels beter zijn toegerust op de aard en de risico's van

productaansprakelijkheid

aansprakelijkheidsrecht?

producten in het digitale tijdperk. Maar het voorstel beperkt zich daar niet toe. Het beoogt ook veilig te stellen dat er altijd een partij in de EU is die aansprakelijk kan worden gesteld voor producten met gebreken, ook wanneer deze door consumenten rechtstreeks zijn gekocht van fabrikanten buiten de EU (iets wat in toenemende mate gebeurt). Daarnaast bedoelt het voorstel de bewijslast in complexe zaken te verlichten. Ook wordt er gestreefd naar meer rechtszekerheid door de richtlijn productaansprakelijkheid beter af te stemmen op het nieuwe wetgevingskader voor het verhandelen van producten⁶⁾ en de regels inzake productveiligheid, en door deze aan te passen aan de op de richtlijn betrekking hebbende jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.⁷⁾

In lijn met deze doelstellingen voorziet het richtlijnvoorstel in een groot aantal wijzigingen ten aanzien van de bestaande richtlijn. Zo voorziet het onder andere in:

- een verruiming van het begrip product;
- een aanpassing van definities als 'producent' en 'in verkeer brengen' (wordt 'fabrikant' respectievelijk 'in de handel brengen') om deze in lijn te brengen met (andere) Europese productveiligheidswetgeving⁸⁾;
- een verruiming van de vergoedbare schade onder de richtlijn;
- een uitbreiding van in beschouwing te nemen factoren bij de vaststelling van de gebrekkigheid van een product;
- een uitbreiding/verduidelijking van de op basis van de richtlijn aansprakelijk te houden marktdeelnemer⁹⁾;
- een disclosure-plicht;
- explicitering van een aantal bewijsvermoedens;
- een aanpassing van de aan de fabrikant toekomende verweren;
- een aanpassing van de verjaringstermijnen.

Over al deze punten valt het nodige te zeggen. We kiezen er in deze bijdrage voor om ons tot een aantal, in onze ogen meest opvallende en interessante punten te beperken.¹⁰⁾ We besteden achtereenvolgens aandacht aan de oprekking van het productbegrip (paragraaf 2), de uitbreiding van de gezichtspuntencatalogus in het kader van de vaststelling van de gebrekkigheid van een product (paragraaf 3), de op basis van het voorstel aan de fabrikant toekomende verweren (paragraaf 4) en de nieuwe disclosure-plicht en geëxpliciteerde bewijsvermoedens (paragraaf 5).

2. Oprekking van het begrip 'product'

De bestaande richtlijn bepaalt dat onder product wordt verstaan een roerende zaak, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak, alsmede elektriciteit.¹¹⁾ Daarmee lijken slechts lichamelijke of stoffelijke zaken als een product in de zin van de richtlijn te kwalificeren. Waar discussie kan ontstaan over de stoffelijkheid, kan zodoende ook discussie ontstaan over de toepasselijkheid van de richtlijn.¹²⁾ Die discussie wint aan relevantie in een wereld die steeds meer gedreven wordt door data en software. Softwarecodes en algoritmen *an sich* hebben geen stoffelijk karakter. Voor zover software is geïncorporeerd in een stoffelijk product (*embedded software*) en dienstbaar is aan het functioneren van dat product, wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat deze onder het regime van de richtlijn valt.¹³⁾ Immers, de software vormt in dat geval een onlosmakelijk onderdeel van het product.

Meer discussie bestaat echter met betrekking tot *stand alone* software, dat wil zeggen software die niet reeds in een fysiek product is verwerkt op het moment waarop dit aan de consument wordt geleverd.¹⁴⁾ Feit is echter dat in de huidige software-afhankelijke wereld producenten door middel van latere updates invloed over de functionaliteit en risico's van hun producten houden.¹⁵⁾ Zo kan door autofabrikant Tesla door middel van 'over-the-air' software-updates het functioneren van het autopilotsysteem uitgebreid en bijgesteld worden.¹⁶⁾ Het voorstel beoogt aan te sluiten bij deze realiteit door software expliciet onder de definitie van product te

richtlijnvoorstel, P.G. van der Put & R.J.J. Westerdijk, *Tijdschrift voor Internetrecht*, 2023, p. 5-12 en G. Wagner, 'Liability Rules for the Digital Age, Aiming for the Brussels Effect', *Journal of European Tort Law* 2022 (13), p. 191-243.

4. De tekortkomingen van de richtlijn op dit terrein zijn in diverse onderzoeken nader geanalyseerd: Witboek over kunstmatige intelligentie (COM(2020), 65 final), het begeleidend Verslag over aansprakelijkheid voor AI, het internet der dingen en robotica (COM(2020), 64 final); Verslag over aansprakelijkheid voor artificiële intelligentie en andere opkomende digitale technologieën van de Deskundigengroep inzake aansprakelijkheid en nieuwe technologieën (te raadplegen op: <https://op.europa.eu/nl/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>). Ook het Europees Parlement heeft gewezen op de noodzaak van aansprakelijkheidsregels die zijn aangepast aan de digitale wereld (Resolutie van het Europees Parlement van 20 oktober 2020 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het civielrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel voor kunstmatige intelligentie (2020/2014 (INL)). Zie over de lange aanloop naar het richtlijnvoorstel: GS Onrechtmatige daad, afd. 3 Boek 6 BW, aant. 1.2.3.
5. Art. 9 richtlijn/art. 6:190 BW lid 1 sub b.
6. Besluit 768/2008/EG.
7. Zie onder 1.1 in de toelichting op het voorstel.
8. Besluit nr. 768/2008/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten en tot intrekking van Besluit 93/465/EEG van de Raad (PB L 218 van 13.8.2008, blz. 82).
9. Onder 'marktdeelnemer' wordt verstaan 'de fabrikant van een product of een component, de aanbieder van een bijbehorende dienst, de gemachtigde, de importeur, de fulfilmentdienstverlener of de distributeur' (art. 4 onder 16).
10. Daarbij is overlap met de bijdrage van De Bruin in deze aflevering (zie VR 2023/80) niet te vermijden. Waar relevant wordt naar die bijdrage verwezen.
11. Art. 2 Richtlijn 85/374/EEG.
12. De opvatting dat de richtlijn ziet op stoffelijke zaken strookt ook met het feit dat elektriciteit expliciet onder de reikwijdte van de richtlijn is gebracht. Dat zou anders niet nodig zijn geweest. Anderszins is het duidelijk dat de ontwerpers van de richtlijn niet de bedoeling hadden om software uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn noch om software hieronder op te nemen, aangezien er gewoonweg geen rekening werd gehouden met deze problematiek in 1985. Zie D. Verhoeven, *Productveiligheid en productaansprakelijkheid* (diss. Antwerpen), 2017, nr. 50 en N.E. Vellinga, 'Juridische aspecten van het gebruik van autonome auto's', VR 2020/42, afl. 3, p. 69-70.

13. Zie voor een overzicht van de literatuur *GS Onrechtmatige daad* (Stolker), art. 6:187 BW, aant. 1.8.
14. Relevant in dat verband is ook het relatief recente Krone-arrest waarin het Europese Hof bepaalde dat een artikel in een gedrukte krant waarin een onjuist gezondheidsadvies wordt gegeven geen gebrekkig product in de zin van de richtlijn oplevert. Volgens het Hof kan een onjuist gezondheidsadvies in een krant niet tot gevolg hebben dat de krant zelf gebrekkig wordt. Zie Hof van Justitie EU 10 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:471, C-65/20, RAV 2021/74 (KRONE).
15. Zie ook H.A.A. Essebai, *Creatieve bemoeizucht: wel de lusten, niet de lasten?* AV&S 2021/19.
16. Zo heeft Tesla na een ongeval in Florida een draadloze software-update uitgevoerd die erin voorzorg dat de autopilot in de toekomst meer gebruik maakt van radar en dat bepaalde maatregelen werden doorgevoerd die ervoor moeten zorgen dat bestuurders bij hoge snelheden de auto actief blijven besturen. Zie www.wsj.com/articles/tesla-plans-software-update-for-autopilot-feature-within-two-weeks-1473625029.
17. Dit laatste wordt in art. 4 onder 2) gedefinieerd als een digitale versie of een digitale template van een roerende zaak. Het gaat daarbij om computerbestanden die functionele informatie bevatten om een tastbaar voorwerp te produceren door automatische besturing van machines of gereedschappen, zoals 3D-printers (zie overweging 14 considerans).
18. Art. 4 onder 1.
19. Wagner 2022, p. 203-204. Wel wordt in de considerans bij het voorstel gesteld dat de broncode van software niet als een product in de zin van deze richtlijn wordt beschouwd, aangezien het hier louter om informatie gaat. Voorts geldt dat de richtlijn niet van toepassing is op gratis en opensourcesoftware die buiten het kader van een handelsactiviteit wordt ontwikkeld of geleverd, zoals software die openlijk gedeeld en vrij toegankelijk, bruikbaar, veranderbaar en verder verdeelbaar is. Wanneer software wordt geleverd in ruil voor een prijs of wanneer persoonsgegevens niet uitsluitend worden gebruikt om de beveiliging, compatibiliteit of interoperabiliteit van de software te verbeteren, en dus in het kader van een commerciële activiteit wordt geleverd, moet de richtlijn echter van toepassing zijn (zie overwegingen 12 en 13 voorstel richtlijn).
20. 'Zeggenschap van de fabrikant' houdt in dat de fabrikant van een product toestemming geeft voor a) de integratie, interconnectie of levering door een derde van een component, met inbegrip van software-updates of -upgrades, of b) de wijziging van het product (art. 4 onder 5).
21. Art. 4 onder 3.
22. Art. 4 onder 4.
23. Zie meer uitgebreid De Bruin in deze aflevering, nummer VR 2023/80.
24. Wagner stelt dat op deze manier, na vele pogingen om tot een aanvullende richtlijn voor aansprakelijkheid voor de dienstensector te komen, via de band van de productaansprakelijkheid alsnog tot een gedeeltelijke harmonisatie op dit terrein wordt gekomen. Wagner 2022, p. 202-203.
25. Overweging 15 considerans.
26. Art. 6.
27. Art. 6 lid 1 onder c.
28. Overweging 23.
29. Zie ook J Wassink & M.B.M. Loos, 'Pro-

brenge (net als dossiers voor digitale fabricage¹⁷⁾).¹⁸⁾ Daarmee wordt in het belang van de rechtszekerheid verduidelijkt dat software voor de toepassing van risicoaansprakelijkheid een product is, ongeacht de wijze van levering of gebruik, en dus ongeacht of de software op een apparaat is opgeslagen of via cloudtechnologieën toegankelijk is. Er wordt daarbij geen onderscheid gemaakt tussen standaardsoftware en maatwerksoftware. Gedacht vanuit een afbakening tussen enerzijds het produceren en verhandelen van producten en anderzijds het verlenen van diensten had een dergelijk onderscheid wellicht voor de hand gelegen.¹⁹⁾

Relevant in dit verband is voorts de definitie van 'component' in het voorstel. Daaronder wordt verstaan elk materieel of immaterieel voorwerp dat, of elke bijbehorende dienst die, door de fabrikant van een product of onder zijn zeggenschap²⁰⁾ in dat product is geïntegreerd of daarmee onderling is verbonden.²¹⁾ Het begrip 'bijbehorende dienst' wordt omschreven als een digitale dienst die zodanig in een product is geïntegreerd of daarmee onderling is verbonden dat het product zonder die dienst een of meer van zijn functies niet zou kunnen vervullen.²²⁾ Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan cloud-based kaartmateriaal voor een zelfrijdende auto.²³⁾ De incorporatie van bijbehorende diensten in het begrip 'component' lijkt het onderscheid tussen product en dienst te doen vervagen.²⁴⁾ In de considerans wordt hierover gesteld dat hoewel de richtlijn niet van toepassing mag zijn op diensten als zodanig, het noodzakelijk is de risicoaansprakelijkheid uit te breiden tot dergelijke digitale diensten, aangezien zij net zo bepalend zijn voor de veiligheid van het product als fysieke of digitale componenten. Dergelijke gerelateerde diensten moeten als componenten van het product waarmee zij verbonden zijn worden beschouwd wanneer zij onder controle van de fabrikant van dat product staan, in die zin dat zij door de fabrikant zelf worden geleverd of dat de fabrikant ze aanbeveelt of anderszins de levering ervan door een derde beïnvloedt.²⁵⁾

3. Gebreksbegrip

Het criterium om te bepalen of een product gebreken vertoont – d.w.z. of het product de veiligheid heeft geboden die het grote publiek mag verwachten – wordt in het voorstel niet inhoudelijk gewijzigd.²⁶⁾ Wel is de niet-uitputtende lijst van factoren waarmee de rechter bij de beoordeling van de eventuele gebrekkigheid rekening moet houden uitgebreid en aangepast aan de veranderende aard van producten in het digitale tijdperk. Een drietal nieuwe factoren springt in het oog.

De eerste betreft het effect van eventuele zelflerende vermogens van een AI-product.²⁷⁾ In de considerans wordt daarover opgemerkt: 'Om recht te doen aan de legitieme verwachting dat de software en de onderliggende algoritmen van een product zodanig zijn ontworpen dat gevaarlijk productgedrag wordt voorkomen, moet ook rekening worden gehouden met het effect op de productveiligheid van het vermogen om te leren na de uitrol van dat product.'²⁸⁾ Onduidelijk blijft echter welke kant dit gezichtspunt uitwerkt in een concreet geval.²⁹⁾ De zelfrijdende auto biedt hiervoor een illustratie ter verduidelijking: een van de manieren om een zelfrijdende auto beter met de complexiteit van het verkeer (inclusief interacties met conventioneel verkeer) te kunnen laten omgaan, is door deze zelflerend te maken.³⁰⁾ Het systeem distilleert dan zelfstandig bepaalde regelmatigheden uit situaties waarmee het geconfronteerd wordt en leert om bij vergelijkbare situaties adequaat te reageren. Met de toepassing van zelflerende vermogens wordt echter ook een (extra) dimensie van onzekerheid toegevoegd. De maker heeft dan als gevolg van de gekozen ontwerpbepaling geen volledig zicht meer op hoe het systeem zal reageren in een concrete situatie. Men zou hier kunnen spreken over 'unpredictable by design'.³¹⁾ Duidelijk zal zijn dat dit bij een zelfrijdende auto tot ernstige ongevallen kan leiden. De vraag is dan of deze niet (of bezwaarlijk) te vermijden risico's op de koop toe genomen zouden moeten worden met een beroep op de evidente voordelen van de techniek, en om die reden geen gebrekkig product opleveren in de zin van het voorstel. Anderzijds zou, en die zienswijze spreekt ons meer aan, mede met een oog op rechtspraak van het Europese Hof³²⁾, verdedigd kunnen worden dat deze risico's aan de producent toegerekend dienen te worden, zeker als het om veiligheidscritische producten gaat en de gebruiker-consument geen enkele invloed heeft op (het zich manifesteren van) deze risico's. Een andere conclusie zou afbreuk doen aan de basisgedachte van de Richtlijn productaansprakelijkheid om juist het toevallige slachtoffer van een gebrekkig product te beschermen.³³⁾

De tweede in het oog springende aanvulling in de omstandighedencatalogus van artikel 6 is 'het effect op het product van andere producten waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij samen met het product worden gebruikt'.³⁴⁾ Omdat producten steeds vaker onderling verbonden zijn, moet bij de beoordeling van de veiligheid van een product ook rekening worden gehouden met de effecten van andere producten op het product in kwestie, aldus de considerans.³⁵⁾ Het gaat hier in essentie om een anticipatieplicht van de producent, vergelijkbaar met die voortvloeiend uit het gezichtspunt ten aanzien van redelijkerwijs te voorzien gebruik en

misbruik (art. 6 sub b). Dit zou als onderdeel of verbijzondering van dat criterium kunnen worden gezien. Daarbij dient men overigens wel voor ogen te houden dat het voorstel ook voorziet in een verruiming van het productsbegrip (zie hiervoor in paragraaf 2), iets wat ook zijn weerslag zal (kunnen) hebben op toepassing van dit gezichtspunt.

De derde opvallende aanvulling van de omstandigheden-catalogus reflecteert het feit dat in het digitale tijdperk fabrikanten in groeiende mate een bepaalde controle houden over hun producten nadat zij deze in de handel hebben gebracht. Waar het praktisch wordt dat producenten door middel van updates en upgrades invloed over de functionaliteit en risico's van hun digitale producten blijven houden, is het niet langer gepast het initiële moment van het in de handel brengen als ijkpunt voor de beoordeling van de gebrekkigheid ervan te nemen. Daarom wordt in het voorstel expliciet aangeknoopt bij het tijdstip waarop de fabrikant niet langer de controle, of, in de terminologie van het voorstel, 'zeggenschap' over het product behoudt.³⁶⁾ Deze 'flexibilisering' van het moment waartegen de gebrekkigheid op basis van art. 6 beoordeeld kan worden moet ook in samenhang worden gezien met een aantal gerelateerde beperkingen dat wordt aangebracht in de aan de fabrikant ter beschikking staande verweren, waarover in de volgende paragraaf meer.

4. Verweren

Net als de bestaande richtlijn kent het voorstel een limitatief aantal verweren voor de producent.³⁷⁾ Deze komen in aanzet overeen met die uit de bestaande richtlijn, maar er zijn ook een paar opvallende en wezenlijke wijzigingen. De meest in het oog springende is wat ons betreft de beperking van het verweer van de fabrikant dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt is ontstaan nadat hij het product in de handel heeft gebracht. Het moment van in de handel brengen is doorgaans het tijdstip waarop de fabrikant niet langer invloed kan uitoefenen op het product. Daarom wordt de fabrikant, evenals onder de huidige richtlijn,³⁸⁾ (in uitgangspunt) van aansprakelijkheid ontheven wanneer hij aantoonbaar dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt is ontstaan nadat hij het product in de handel heeft gebracht.³⁹⁾ Feit is echter, zo kwam hierboven reeds aan de orde, dat digitale technologieën de fabrikanten in groeiende mate in staat stellen ook na het tijdstip van het in de handel brengen nog een bepaalde controle, of, in de terminologie van het voorstel, 'zeggenschap' te behouden over het product. Om die reden wordt in het voorstel bepaald dat de fabrikant wél aansprakelijk blijft voor gebreken in software (met inbegrip van software-updates of

upgrades) of bijbehorende diensten waarover de fabrikant zeggenschap heeft.⁴⁰⁾ Dergelijke software of bijbehorende diensten moeten worden geacht onder de zeggenschap van de fabrikant te vallen wanneer zij door die fabrikant worden geleverd of wanneer die fabrikant daarvoor toestemming verleent of anderszins invloed uitoefent op de levering ervan door een derde.⁴¹⁾

Dezelfde inperking van het 'na-het-in-de-handel-brengen-ontstaan-van-het-gebrek-verweer', geldt voor gebreken die het gevolg zijn van het *ontbreken* van veiligheidsrelevante software-updates of upgrades. De vaststelling dat de producent (mogelijk) een bepaalde mate van controle houdt over zijn product na het in verkeer brengen heeft in het voorstel ook zijn weerslag op de mogelijkheid een geslaagd beroep te doen op het zogenoemde ontwikkelingsrisicoverweer. Niet het tijdstip van in verkeer brengen is daarvoor bepalend maar het tijdstip (tot) waarop de fabrikant (nog) zeggenschap over het product had.⁴²⁾

Beziet men bovenstaande aanscherpingen van de aan de fabrikant geboden verweermogelijkheden, mede in relatie tot de 'dynamische' tijdsbepaling van art. 6 lid 1 sub e, dan wordt duidelijk dat in het richtlijnvoorstel een voortdurende zorgplicht tot productmonitoring en tot het adequaat (middels updates) reageren op in de praktijk blijvende veiligheidsrisico's besloten ligt, een zorgplicht die voorheen buiten het toepassingsbereik van de richtlijn lag.⁴³⁾

Opvallend is nog dat op basis van het voorstel lidstaten niet langer de mogelijkheid wordt geboden om het ontwikkelingsrisicoverweer uit te sluiten. Hier heeft het doel van een gelijk speelveld voor fabrikanten kennelijk de voorkeur gekregen boven een optioneel verdergaande consumentenbescherming.

5. Disclosure-plicht en bewijsvermoedens

Hoewel de bewijslast omtrent het gebrek, schade en causaal verband in het voorstel nog steeds in aanzet op eiser rust (art. 9 lid 1), voorziet het voorstel wel in belangrijke verbeteringen van de bewijspositie van de benadeelde, enerzijds door de mogelijke verplichting tot openbaarmaking van relevant bewijsmateriaal, anderzijds door het hantieren van verschillende (weerlegbare) bewijsvermoedens.⁴⁴⁾

Op basis van art. 8 lid 1 van het voorstel dienen nationale rechters bevoegd te zijn om, op verzoek van een eiser die een potentiële productaansprakelijkheidsclaim voldoende aannemelijk heeft gemaakt, de fabrikant te

- ductaansprakelijkheid in het digitale tijdperk. De richtlijn productaansprakelijkheid bij de tijd gebracht', *NtER* 2023, p. 2.
30. K.A.P.C. van Wees, Voertuigautomatisering en productaansprakelijkheid, *MvV* 2018, p. 118.
 31. K. Chagal-Feferkorn, 'The Reasonable Algorithm', *Journal of Law, Technology & Policy* 2018, p. 32 e.v.
 32. Zie het arrest Boston Scientific Medizintechnik GmbH (HvJ EU 5 maart 2015, C-503/13 en C504/13, ECLI:EU:C:2015:148). Die zaak had betrekking op (potentieel) gebrekkige pacemakers en cardioverterdefibrillatoren. Het Hof overweegt dat met betrekking tot dergelijke medische hulpmiddelen dient te worden vastgesteld dat, gelet op de functie ervan en de bijzonder kwetsbare situatie van patiënten die deze hulpmiddelen gebruiken, de veiligheids-eisen voor deze hulpmiddelen, die deze patiënten gerechtigd zijn te verwachten, bijzonder hoog zijn (r.o. 39). Deze rechtspraak biedt steun voor de opvatting dat de gerechtvaardigde veiligheidsverwachting van een product niet een feitelijke verwachting is, maar een normatieve. Het gaat er niet zozeer om wat het publiek, gegeven de technische (on)mogelijkheden om elk risico uit te sluiten, feitelijk verwacht, maar om wat het mag verwachten. Vgl. G.M. Veldt & W.H. van Boom, 'Pacemakers, defibrillatoren en de reanimatie van Richtlijn 85/374', *AA* 2015, p. 387; Machnikowski 2016, p. 702.
 33. K.A.P.C. van Wees, 'Voertuigautomatisering en productaansprakelijkheid', *MvV* 2018, p. 120.
 34. Art. 6 lid 1 onder d.
 35. Overweging 23. Wel wordt in lid 2 bepaald dat een product niet geacht kan worden gebrekkig te zijn louter op grond van het feit dat een beter product, met inbegrip van de levering van (latere) updates of upgrades van een product, reeds in de handel is gebracht of in gebruik is gesteld.
 36. Art. 6 lid 1 sub e luidt: 'het tijdstip waarop het product in de handel is gebracht of in gebruik is gesteld of, indien de fabrikant na dat tijdstip de zeggenschap over het product behoudt, het tijdstip met ingang waarvan de fabrikant niet langer de zeggenschap over het product heeft.'
 37. Art. 10 lid 1.
 38. Art. 10 lid 1 onder c.
 39. Zie hierover onder meer N.E. Vellinga, 'Productaansprakelijkheid en de komst van zelfrijdende auto's: klaar voor een bestuurderloze toekomst?' *Ars Aequi* 2021/957 en Verslag over aansprakelijkheid voor artificiële intelligentie en andere opkomende digitale technologieën van de Deskundigengroep inzake aansprakelijkheid en nieuwe technologieën, p. 43.
 40. Art. 10 lid 2; Overweging 37 voorstel richtlijn.
 41. Art. 4 onder 5.
 42. Art. 10 lid 1 onder e. De fabrikant is op basis van deze bepaling niet aansprakelijk als het op grond van de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop het product in de handel werd gebracht of in gebruik werd gesteld dan wel gedurende de periode waarin hij de zeggenschap over het product had, niet mogelijk was de gebreken te ontdekken. De Deskundigengroep inzake aansprakelijkheid en nieuwe technologieën pleitte in haar verslag (zie noot 5, p. 43) voor ecartering van het verweer: 'In view

- of the need to share benefits and risks efficiently and fairly, the development risk defence, which allows the producer to avoid liability for unforeseeable defects, should not be available in cases where it was predictable that unforeseen developments might occur.' Met deze aanscherping van het ontwikkelingsrisicooverweer wordt het verschil evenwel feitelijk geminimaliseerd.
43. Zie meer uitgebreid De Bruin in deze aflevering, nummer VR 2023/80, alsmede Wagner 2022, p. 207-208.
44. Zie voor mooie illustratieve voorbeelden waarin deze vermoedens hun diensten kunnen bewijzen De Bruin in deze aflevering, nummer VR 2023/80.
45. De gelaste openbaarmaking dient beperkt te blijven tot bewijsmateriaal dat noodzakelijk en evenredig is ter onderbouwing van de schadevordering (lid 2), waarbij rekening dient te worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van alle partijen (lid 3) en zo nodig dienen maatregelen te kunnen worden genomen om vertrouwelijkheid van de betreffende informatie te waarborgen. Dit bewijsmateriaal kan ook documenten omvatten die de verweerder speciaal moet vervaardigen door het beschikbare bewijsmateriaal te compileren of te rubriceren, aldus de toelichting (overweging 31). Zie meer uitgebreid over deze kwesties De Bruin in deze aflevering, nummer VR 2023/80.
46. Het voorstel spreekt over geacht in plaats van vermoed, maar in art. 9 lid 5 wordt bepaald dat de verweerder het recht heeft de in het artikel opgenomen vermoedens te weerleggen.
47. L.F. Dröge & O.J. Tjhuis, 'Herziening van de richtlijn productaansprakelijkheid – Maakt het herzieningsvoorstel de gestelde doelen waar?', *MvV* 2023/02, par. 5.
48. Daarnaast voorziet het Nederlandse civiele recht ook in een rechterlijke exhibitieplicht. De rechter kan op grond van art. 22 Rv één van de partijen bevelen bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Art. 22 Rv richt zich tot de rechter die een discretionaire bevoegdheid heeft om partijen te bevelen bepaalde bescheiden over te leggen. Partijen kunnen aan dit artikel geen rechtens afdwingbare aanspraken jegens elkaar ontlenen en dus evenmin hierop een vordering baseren.
49. Zie voor een bespreking in relatie tot Event Data Recorders in auto's: K.A.P.C. van Wees, 'Over zwarte dozen en wie er in mag kijken: verkennende beschouwingen over EDR en de exhibitieplicht', *VR* 2011/121, afl. 11, en G.J. Ritsema van Eck & N.E. Vellinga, 'The New Car Safety Rules of the GSR in light of the GDPR: An Unnecessarily Tangled Web', *European Journal of Law and Technology*, 13(1) (te raadplegen via <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/879>).
50. Volgens de considerans kan dit vermoeden ook worden toegepast in gevallen waarin een product in strijd met Europese of nationale regelgeving niet is voorzien van middelen om informatie over de werking van het product te registreren.
51. Art. 9 lid 1 onder b en c.
52. Art. 9 lid 3.

gelasten relevant bewijsmateriaal waarover hij beschikt openbaar te maken.⁴⁵⁾ Het doel van deze openbaarmakingsplicht is om een bestaande informatieachterstand ten aanzien van de wijze van produceren en functioneren van een product, iets wat zich met name kan voordoen bij technisch complexe producten, ten gunste van de gelaedeerde te verkleinen. Voldoet de verweerder niet aan deze verplichting, dan wordt het product vermoed gebrekkig te zijn (art. 9 lid 2 onder a).⁴⁶⁾

Dröge en Tjhuis noemen deze voorgestelde openbaarmakingsplicht 'potentieel baanbrekend en verstrekkend', maar wijzen er terecht op dat we in het Nederlandse recht reeds een soortgelijke bepaling kennen in art. 843a Rv.⁴⁷⁾ Het gaat hier om de zogenaamde partij-exhibitieplicht. Een persoon die daarbij rechtmatig belang heeft, kan (op zijn kosten) een afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden (daaronder begrepen ook gegevens op een gegevensdrager) aangaande een rechtsbetrekking waarin hij partij is, van degene die deze bescheiden 'te zijner beschikking of onder zijn berusting' heeft.⁴⁸⁾ Deze bepaling is in de praktijk van groot belang. Het biedt partijen de mogelijkheid al in vroegtijdig stadium inzage te vorderen om te bepalen of men 'een zaak' heeft.⁴⁹⁾

In artikel 9 van het richtlijnvoorstel vinden we verschillende bewijzvermoedens. Lid 2 ziet op het bewijs van gebrekkigheid, lid 3 op het verband tussen de gebrekkigheid en de schade en lid 4 ziet specifiek op situaties van wetenschappelijke onzekerheid en complexiteit. Naast het hierboven reeds aan de orde gestelde vermoeden dat aanknoopt bij het niet voldaan aan een verplichting tot openbaarmaking op basis van art. 8 lid 1, wordt een vermoeden van gebrekkigheid gehanteerd indien de eiser weet aan te tonen dat het product niet voldoet aan de in Europees of nationaal recht neergelegde dwingende veiligheidsvoorschriften die bedoeld zijn om bescherming te bieden tegen het risico van de voorgevallen schade⁵⁰⁾ of wanneer de eiser weet aan te tonen dat de schade is veroorzaakt door een kennelijk disfunctioneren van het product bij normaal gebruik of onder normale omstandigheden.⁵¹⁾ Een vermoeden ten aanzien van het causaal verband tussen gebrek en geleden schade wordt aangenomen wanneer het slachtoffer kan bewijzen dat het product gebreken vertoont en de schade doorgaans strookt met het betrokken gebrek.⁵²⁾

De vraag is of deze bewijzvermoedens iets toevoegen aan de in het Nederlandse recht bekende bewijzverlichtende mechanismen zoals de verzwaarde motiveringsplicht, het hanteren van feitelijke vermoedens (*res ipsa*

loquitur) en toepassing van de omkeringsregel.⁵³⁾

Een bijzonder bewijzvermoeden is geformuleerd in art. 9 lid 4: 'wanneer het vanwege de technische of wetenschappelijke complexiteit voor de eiser buitensporig moeilijk is om de gebreken van het product en/of het oorzakelijk verband tussen de gebreken ervan en de schade aan te tonen, worden de gebreken van het product en/of het oorzakelijk verband tussen de gebreken ervan en de schade aannemelijk geacht wanneer de eiser op basis van voldoende relevant bewijsmateriaal heeft aangetoond dat: a) het product heeft bijgedragen tot de schade, en b) het waarschijnlijk is dat het product gebreken vertoont en/of dat de gebreken ervan een waarschijnlijke oorzaak van de schade zijn.' In de considerans wordt aangegeven dat factoren die een rol kunnen spelen bij de beoordeling of sprake is van een dergelijke technische en wetenschappelijke complexiteit onder meer zijn de complexe aard van het product (bv. een innovatief medisch hulpmiddel), de complexe aard van de gebruikte technologie (bv. machinaal leren), de complexe aard van de door de eiser te analyseren informatie en gegevens alsmede de complexe aard van het oorzakelijk verband (bv. een verband tussen een farmaceutisch product of voedingsmiddel en het optreden van een gezondheidsaandoening, of een verband dat alleen kan worden aangetoond als de eiser de interne werking van een AI-systeem zou verduidelijken).⁵⁴⁾ Hoewel het aan een eiser is om argumenten aan te voeren waarmee wordt aangetoond dat er sprake is van buitensporige moeilijkheden, mag het bewijs daarvan niet worden verlangd. Zo mag van de eiser, wanneer een vordering op een AI-systeem betrekking heeft, niet worden verlangd dat hij de specifieke kenmerken van het AI-systeem toelicht, noch dat hij verduidelijkt hoe deze kenmerken het moeilijker maken om het oorzakelijk verband vast te stellen.⁵⁵⁾

AI met al is art. 9 lid 4 een nogal schimmige bepaling. Bovendien rijst de vraag wat precies de meerwaarde is naast de andere bewijzvermoedens van artikel 9 (en een eventuele disclosure-plicht op basis van art. 8 lid 1).⁵⁶⁾ De Jong stelt de vraag of de gelaedeerde hier niet blij wordt gemaakt met een dode mus: 'Hij moet de *bijdrage* van het product aan de schade aantonen en *waarschijnlijk* maken dat het product een gebrek vertoont en/of de oorzaak van de schade is. Maar, hoe moet hij dit doen als de technische of wetenschappelijke complexiteit het hem nu juist bemoeilijken om dit aan te tonen? Dat is immers het vertrekpunt van de tegemoetkoming. Hier lijkt dus in de toepassingsvoorwaarde het probleem te spelen waarvoor de uiteindelijke tegemoetkoming een oplossing moet bieden.'⁵⁷⁾

6. Afsluiting

Met het voorstel wordt de bestaande regeling danig op de schop genomen. De voorgestelde wijzigingen zijn over het algemeen als positief te beoordelen. Het richtlijnvoorstel zorgt op belangrijke punten voor meer duidelijkheid en daarmee voor meer rechtszekerheid. Voorts wordt het toepassingsbereik van de richtlijn zowel in materiële (met name door de besproken uitbreiding van het productsbegrip) als ook in temporele zin (met name door de 'zegenschap' van de fabrikant over het product, en niet het moment van in het verkeer brengen bepalend te laten zijn bij de afbakening van zijn aansprakelijkheid) uitgebreid om de richtlijn (beter) te laten aansluiten op de realiteit van de huidige digitale economie. Wel kan worden vastgesteld dat deze 'uitbreidingen' deels minder verstrekkend (b)lijken dan men in eerste aanblik zou denken. Diverse vernieuwingen zijn reeds terug te vinden in rechtspraak van het Europese Hof of het Nederlandse recht en dus minder ingrijpend dan ze op het eerste gezicht lijken.

Diverse 'uitbreidingen' in de richtlijn (b)lijken minder verstrekkend dan men in eerste instantie zou denken.

53. Zie meer uitgebreid over die bewijsverlichtende mechanismen en de toepassing daarvan in het productaansprakelijkheidsrecht: G.M. Veldt & A.E.C. Wissink, 'Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico's', *NTBR* 2017/36, Annotatie bij HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (W. c.s./Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Carpimko); A.Ch.H. Franke, HR 10 januari 2020, *NJ* 2020/45 (Vivat/ATF): omkeringsregel bij productaansprakelijkheid, *Bb* 2020/63; *GS Onrechtmatige daad*, afd. 3 Boek 6 BW, aant. 41.
54. Overweging 34.
55. Overweging 34.
56. Wagner 2022, p. 218.
57. E.R. de Jong, 'Europeanisering van bewijs en aansprakelijkheid', *NTBR* 2023/8.