



Keuzestress:

enige aantekeningen bij de keuze van de aansprakelijk te stellen producent

Mr. J. Sap *

81



De regeling van productenaansprakelijkheid is niet de meest eenvoudige of toegankelijke. Enerzijds beoogt de regeling een kanalisering van de aansprakelijkheid voor een gebrekkig product met toepassing van een aantal specifieke regels, anderzijds bestaat de regeling naast die van de "gewone" onrechtmatige daad en laat die ook de eventuele (contractuele) aansprakelijkheid van gebruikers van gebrekkige producten onverlet.¹⁾ Wie kiest voor een procedure op grond van productenaansprakelijkheid richt op grond van art. 6:187 BW zijn pijlen op de producent. Binnen de Europese Unie is dat de fabrikant zelf of, als die buiten de EU is gevestigd, de importeur binnen de EU en als ook die niet bekend is, de distributeur. Dat wordt hieronder verder uitgewerkt. In zoverre hoeft een gebruiker van een product dat (mogelijk) gebrekkig is, zich niet te begeven in buiten Europa gelegen landen. Wel zal telkens aan de hand van de toepasselijke verdragen moeten worden bepaald welke rechter rechtsmacht toekomt en welk recht moet worden toegepast. Hieronder zal worden stilgestaan bij de verschillende gedaanten van de producent, waarbij aandacht zal worden besteed aan de voorgestelde nieuwe Richtlijn voor productenaansprakelijkheid²⁾ [hierna: de concept Richtlijn]. De keuzemogelijkheid van de aan te spreken (rechts)persoon is echter niet onbeperkt en daarom zal daarnaast aandacht worden besteed aan twee in de praktijk voorkomende problemen: een verweer van de aangesproken (rechts)persoon dat men (nog) niet bij hem moet zijn en het soms opgeworpen idee van vereenzelviging. De vraag naar het gebrek van het product blijft buiten beschouwing, evenals een bespreking van de verjarings- en vervaltermijnen – al hangen die steeds als een wolk boven de problematiek van de productenaansprakelijkheid.

* Raadsheer in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, redacteur van Verkeersrecht

1. De Graaf, *GS Onrechtmatige daad* III.8.13; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/257; Rb. Midden-Nederland, 15 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1466, JA 2020/91.
2. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, COM(2022) 495 def.

Het kan zijn dat een product in verschillende delen uiteenvalt die elk voor zich een eindproduct zijn.

De producent

In art. 6:187 lid 2 BW is het begrip producent als volgt omschreven:

de fabrikant van een eindproduct, de producent van een grondstof of de fabrikant van een onderdeel, alsmede een ieder die zich als producent presenteert door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingssteken op het product aan te brengen.³⁾

In deze definitie is met name de positie van de "naamgever" interessant. Dat hoeft niet de producent zelf te zijn, maar hij verbindt wel zijn naam aan het product. Het gaat in dit geval met name om de vraag of voor de buitenwereld het product als eigen product wordt gepresenteerd.⁴⁾ Deze naamgever is qua aan te spreken persoon nevensgeschikt aan de werkelijke producent. Dit kwam aan de orde in de zaak van een gebrekkige koffiemachine die zowel de naam Philips als de naam Saeco (een dochteronderneming van Philips en de werkelijke producent) droeg. Aan het Hof van Justitie van de EU werd de vraag voorgelegd of de Richtlijn productaansprakelijkheid aanvullende criteria aanlegt om te beoordelen of een persoon die zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingssteken op het product heeft aangebracht, als 'producent' in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn productaansprakelijkheid te gelden heeft. In zijn arrest van 7 juli 2022 (Fennia/Philips) oordeelde het hof dat er geen aanvullende criteria zijn.⁵⁾ De consument hoeft dus niet op zoek naar de werkelijke producent als er ook een naamgever is. Beiden zijn hoofdelijk aansprakelijk.

Het kan zijn dat een product in verschillende delen uiteenvalt die elk voor zich een eindproduct zijn. Dan moet per onderdeel worden vastgesteld wie de producent is (en wanneer zijn product in het verkeer is gebracht, ook al is dat later in een ander product samengesteld). Dit onderscheid naar elke aparte producent is (ook) van belang in verband met de verjaring van de aansprakelijkheid van een producent op grond van de productenaansprakelijkheid. Deze situatie deed zich voor bij een zogenoemde MOM-prothese, een uit vier verschillende onderdelen bestaande heupprothese. Elk onderdeel was te beschouwen als een eindproduct. Hieruit volgt dat elke fabrikant van een onderdeel aansprakelijk is voor een gebrek in zijn eigen onderdeel, wat ook kan leiden tot verschillende momenten waarop de verjaring aanvangt.⁶⁾

Wel kan de samensteller van een eigen eindproduct mogelijk aansprakelijkheid zijn naast de aansprakelijkheid van de fabrikant van de verschillende onderdelen.⁷⁾ Het komt mij voor dat deze "samensteller", dus de fabrikant die gebruik maakt van een gebrekkig zelfstandig eindproduct in zijn eigen product, apart is aan te spreken en dat voor hem ook een eigen

verjaringstermijn geldt. Dat zou tegemoet komen aan de bezwaren die in het arrest van de Hoge Raad inzake de MOM-prothesen ten aanzien van de in feite "opgerekte" aansprakelijkheidstermijn van de oorspronkelijke fabrikanten bestaan. Anderzijds is het in het kader van de consumentenbescherming toch moeilijk te verkopen dat een latere samenstelling van verschillende eindproducten zou afstuiten op een splitsing naar de afzonderlijke eindproducten. Die samensteller behoort zich m.i. niet te kunnen verschuilen achter de fabrikant van dat onderdeel en ook geen gebruik te kunnen maken van een eventueel eerder ingetreden verjaring voor dat onderdeel. Dat is overigens iets anders dan de positie van de fabrikant van een eindproduct: die kan zich ook nu al niet verschuilen achter de producenten van deelproducten. Wel is onderling regres mogelijk.⁸⁾

Onder het huidige recht bestaat er een eigen aansprakelijkheid voor de importeur van een product binnen de Europese Unie. Het gaat daarbij om producten die buiten de EU zijn geproduceerd. Die producent is op grond van art. 6:187 lid 3 zelf ook aansprakelijk, maar binnen de EU kan ook de importeur worden aangesproken. Voor producten die binnen de EU zijn geproduceerd geldt deze uitbreiding niet. De wet formuleert de positie van deze importeur nevensgeschikt: degene die een goed binnen de EU importeert, is als producent te beschouwen.

Ondergeschikt aan deze vormen van producent (dus de producent zelf; de naamgever en de importeur binnen de EU) is de positie van de leverancier: die komt op grond van art. 6:187 lid 4 BW eerst in beeld als de andere niet zijn te achterhalen. Deze leverancier kan aan aansprakelijkheid ontkomen door "binnen redelijke termijn" de identiteit van de producent zelf of de importeur binnen de EU mee te delen.

Uitbreidingen in de concept Richtlijn

De concept Richtlijn geeft een uitbreiding van de aan te spreken (rechts)persoon als producent. Dit gaat hand in hand met een vergroting van het toepassingsgebied, dat in de toelichting als volgt is geformuleerd:

Het voorstel zal er ook voor zorgen dat mensen dezelfde bescherming genieten, ongeacht of het product met gebreken dat hun schade berokkent tastbaar of digitaal is. Door de uitdrukkelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de productaansprakelijkheidsregeling van de EU tot softwareaanbieders, bedrijven die producten ingrijpend wijzigen, gemachtigde vertegenwoordigers en fulfilmentdienstverleners, zullen gelaedeerden meer kans hebben op vergoeding voor geleden schade en zal tussen bedrijven een gelijk speelveld worden gecreëerd.⁹⁾

3. Het begrip "producent" en "fabrikant" heeft geen wezenlijk juridisch onderscheid. Vgl ook Stolker, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 2; Dekkers, *AA* 1987, p. 612.

4. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/271.

5. HvJ EU 22 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:536. Zie voor een uitgebreide analyse van dit arrest: P.W.J. Verbruggen, 'De quasi-producent in het productaansprakelijkheidsrecht', *TvC* 2022-5 p. 219 e.v.

6. HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1172, *NJ* 2021/304 m.nt. S.D. Lindenberg.

7. Vgl. ook Lindenberg onder *NJ* 2021/304, die een aparte positie ziet voor de "samensteller" van de verschillende onderdelen tot een geheel nieuw eindproduct.

8. Vgl. ook Stolker, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 2.1.

9. Concept Richtlijn, toelichting paragraaf 2 (evenredigheid).

Voor dit artikel is in die context van belang dat het begrip producent (in het voorstel verder aangeduid als fabrikant) wordt uitgebreid met een aantal marktpartijen. Allereerst is dat een uitbreiding van het begrip fabrikant. In de definitie wordt toegevoegd degene "die een product voor eigen gebruik ontwikkelt, vervaardigt of produceert". De concept Richtlijn heeft in het kader van de zogenoemde circulaire economie onder ogen gezien dat producten hernieuwd kunnen worden of kunnen worden gewijzigd, zonder dat de oorspronkelijke fabrikant daarbij betrokken was. Doel is te verduidelijken dat, wanneer iemand een product wijzigt, deze aansprakelijk kan worden gesteld als aan het product een gebrek blijkt te kleven.¹⁰ Er is in dat geval sprake van een nieuw product en dan moet het mogelijk zijn degene die de ingrijpende wijziging heeft aangebracht als fabrikant van het gewijzigde product aansprakelijk te stellen. Deze uitbreiding kent wel weer gelijk een aantal beperkingen: degene die een ingrijpende wijziging aanbrengt, moet van zijn aansprakelijkheid worden ontheven indien hij kan aantonen dat de schade verband houdt met een onderdeel van het product waarop de wijziging geen betrekking heeft. Het uitvoeren van reparaties of andere verrichtingen die geen ingrijpende wijzigingen inhouden, valt buiten deze uitbreiding van aansprakelijkheid.¹¹

Opvallend bij deze categorie is dan wel dat de bewijslast van de uitzondering op deze uitbreiding op de (nieuwe) fabrikant rust en niet op de consument. Als deze laatste wordt geconfronteerd met een gebrekkig product dat (kennelijk) gewijzigd is door een bedrijf, rust op de consument nog steeds de bewijslast van het gebrek van het product, maar als dat vaststaat moet de fabrikant bewijzen dat dit op een onderdeel betrekking heeft dat niet door hem gewijzigd is. Als hij daarin slaagt, is hij op grond van de concept Richtlijn niet aansprakelijk voor het gebrekkige product. Ik denk dat het dan nog wel mogelijk is de oorspronkelijke fabrikant van dat onderdeel aan te spreken, maar sluit niet uit dat de consument tegen de tijd dat die weet dat hij bij een ander moet zijn, tegen de verjarings- en vervaltermijnen aanloopt.

Ook komt de positie van de "samensteller" weer langs. De mogelijkheid om die aan te spreken naast de fabrikant van een (zelfstandig) onderdeel is expliciet genoemd. In de concept Richtlijn is dit als volgt verwoord:

*Wanneer een fabrikant een gebreken vertoende component van een andere fabrikant in een product integreert, moet een gelaedeerde zowel van de fabrikant van het product als van de fabrikant van de component vergoeding ter zake van dezelfde schade kunnen vorderen.*¹²

Een andere uitbreiding betreft de gemachtigde van de fabrikant. Het gaat hier om een persoon of rechtspersoon *die schriftelijk door de fabrikant is gemachtigd specifieke taken te vervullen*.¹³ Deze komt pas in beeld als het gaat om een fabrikant die buiten de EU is gevestigd.¹⁴ Het in het voorstel genoemde schriftelijkheidsvereiste wordt niet verder toegelicht. Wellicht moet hiermee worden voorkomen dat derde partijen zich voordoen als gemachtigden, maar dat niet blijken te zijn. In zoverre is dat vereiste m.i. een beschermende bepaling voor de producent.

Een volgende uitbreiding is gelegen in de zogenoemde "fulfilmentdienstverlener": *een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in het kader van een handelsactiviteit ten minste twee van de volgende diensten aanbiedt: opslag, verpakking, adressering en verzending van een product, zonder eigenaar daarvan te zijn, met uitzondering van postdiensten (...)*¹⁵ Met deze uitbreiding wordt onder ogen gezien dat de wijze waarop producten aan de man worden gebracht aan wijzigingen onderhevig is en dat er bedrijven zijn die niet onder de traditionele definitie van een importeur vallen. In dit opzicht valt te denken aan bedrijven die, al dan niet in opdracht van de fabrikant, bepaalde diensten verrichten in de distributieketen. Een bedrijf dat zich slechts bezig houdt met post- en pakketbezorgdiensten valt buiten de definitie. Omdat de grens wellicht niet altijd even scherp valt te trekken, is te verwachten dat hier wel afbakeningsproblemen kunnen ontstaan.

Ik noem tenslotte nog de zogenoemde "onlineplatforms". Voor de definitie van dit begrip wordt verwezen naar een andere ontwerp Richtlijn, die van de digitale diensten.¹⁶ Daar is dit begrip in de toelichting als volgt verduidelijkt: *Onlineplatforms, zoals sociale netwerken of onlinemarktplaatsen, moeten worden gedefinieerd als aanbieders van hostingdiensten die niet alleen informatie opslaan die door de afnemers van de dienst op hun verzoek wordt verstrekt, maar die deze informatie ook verspreiden onder het publiek, eveneens op verzoek de afnemers van de dienst.*¹⁷

De plaats die deze onlineplatforms, waarbij te denken valt aan webwinkels, innemen wordt op één lijn gesteld met die van de distributeur. Evenals in de huidige regeling is deze eerst aan te spreken als geen andere, binnen de EU gevestigde, persoon (fabrikant of importeur) bekend wordt. In de concept Richtlijn is dit zo verwoord dat een onlineplatform aansprakelijk is te stellen dat "consumenten in staat stelt overeenkomsten op afstand met handelaren te sluiten en die geen fabrikant, importeur of distributeur zijn." Als een consument zich tot de distributeur of tot het onlineplatform wendt met het verzoek om de fabrikant of de importeur bekend te

De gemachtigde van een fabrikant is de persoon of rechtspersoon die schriftelijk door de fabrikant is gemachtigd specifieke taken te vervullen.

10. Concept Richtlijn, artikelsgewijze toelichting Hoofdstuk 2.
11. Concept Richtlijn, toelichting sub (29).
12. Concept Richtlijn, overweging (26).
13. Concept Richtlijn art. 4 sub 12.
14. Concept Richtlijn art. 7 lid 2, toelichting (27).
15. Concept Richtlijn art. 4 sub 14.
16. Voorstel voor een Verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (verordening inzake digitale diensten) 10967/22.
17. Toelichting ontwerpverordening digitale diensten sub (13).

Europese wetgever wil de consument meer kans geven op vergoeding voor geleden schade.

maken, moet aan dat verzoek binnen één maand gehoor worden gegeven. Dat is een betrekkelijk korte periode. In de huidige regeling is dat "een redelijke termijn".¹⁸⁾ Blijft die mededeling uit, dan is deze (rechts)persoon zelf aansprakelijk.¹⁹⁾

Als we in vogelvlucht de balans opmaken van de aan te spreken personen, ontstaat een divers beeld:

Op dit moment zijn dat allereerst de in de EU gevestigde fabrikant zelf; de naamgever en de importeur in de EU. Eventueel komt daar de samensteller nog bij. In de concept Richtlijn wordt dat uitgebreid met de gemachtigde van de fabrikant; de fabrikant die wijzigingen aanbrengt in het kader van (huiselijk gezegd) hergebruik; de fulfilmentdienstverlener en, nu uitdrukkelijker, de samensteller.

Naast deze groep van primair aan te spreken personen staan de distributeur en (straks) de onlineplatforms: zij kunnen zich disculperen als zij een primair aan te spreken persoon (binnen de EU) bekend maken. Een hybride vorm is dan de al genoemde fabrikant van te hergebruiken producten: als die aantoonbaar dat zijn wijzigingen geen betrekking hebben op het onderdeel dat gebrekkig is, ontloopt hij aansprakelijkheid.

Deze waaier aan personen komt voort uit het verlangen van de Europese wetgever de consument meer kans te geven op vergoeding voor geleden schade en het streven naar meer rechtszekerheid en een gelijk niveau van consumentenbescherming.²⁰⁾

Bestaat er al een aanspraak?

De consument die een producent (in welke hoedanigheid dan ook) wil aanspreken wegens een gesteld gebrekkig product, loopt bij zijn keuze voor de betreffende (rechts)persoon aan tegen een belangrijk verweermiddel van de aansprakelijk gestelde producent, namelijk dat hij het product niet, of nog niet in het verkeer heeft gebracht. Een variant op dit verweer is dat het product slechts onder bijzondere omstandigheden wordt gebruikt en niet beschikbaar is voor het publiek in het algemeen en ook kan het verweer luiden dat een derde het product tegen de wil van de producent op de markt heeft gebracht.²¹⁾

In zijn arrest van 10 mei 2001²²⁾ heeft het HvJ een duidelijke grens getrokken bij de beantwoording van de vraag hoe het verweer dat het product niet in het verkeer is gebracht moet worden beoordeeld. De casus betrof een patiënt die een medisch hulpmiddel in een ziekenhuis kreeg, dat door (de apotheek van) het ziekenhuis zelf was vervaardigd. Door het HvJ wordt voorop gesteld dat het verweer dat een product (nog) niet in het

verkeer is gebracht, eng moet worden uitgelegd. Zo'n enge interpretatie is duidelijk in het voordeel van de consument. Het hof overweegt mede op grond daarvan:

Begeeft een patiënt zich naar een ziekenhuis, dan is niet beslissend dat een in het kader van een medische behandeling gebruikt product aldaar is bereid dan wel bij een derde is verkregen wat (...) in casu mogelijk was geweest. Dat een bij een dienstverrichting gebruikt product is bereid door een derde, door de dienstverrichter zelf of door een met de dienstverrichter verbonden organisatie, doet op zich niet af aan het feit dat het in het verkeer is gebracht.

In beginsel is in dit verband niet relevant dat het product rechtstreeks door de producent wordt verkocht aan de gebruiker of aan de consument, of dat de verkoop plaatsvindt in het kader van een distributieproces waarbij een of meer tussenpersonen betrokken zijn, zoals bedoeld in artikel 3, lid 3, van de richtlijn.

Als een consument dus toegang heeft gekregen tot het product, ook al is dat beperkt en ook al is dat onder bepaalde voorwaarden, wordt dit product beschouwd als in het verkeer gebracht.

Bij de andere verweren zal het grotendeels van de feitelijke, door de fabrikant aan te dragen situatie afhangen of van gegrondheid sprake kan zijn. Bij diefstal is wellicht weinig twijfel.²³⁾

In het arrest van 10 mei 2001 is ook een andere overweging opgenomen:

Wanneer een van de schakels van de distributieketen nauw met de producent is verbonden, bijvoorbeeld in het geval van een 100%-dochter van de producent, moet worden nagegaan of dit verband tot gevolg heeft dat deze eenheid in werkelijkheid deel uitmaakt van het productieproces van het betrokken product.

Deze overweging roept de vraag op of bij een wat hybride situatie, namelijk dat een product dat uit het fabricageproces is gekomen en in handen komt van een concerngebonden exclusieve distributeur die zich uitsluitend bezighoudt met de distributie van de door deze producent vervaardigde producten, al sprake is van in het verkeer brengen.

Maatstaf voor de beantwoording van deze vraag is nu al het arrest van het HvJ van 9 februari 2006²⁴⁾, waarin is overwogen:

Gelet op deze overwegingen moet een product worden beschouwd als in het verkeer gebracht in de zin van artikel 11 van de richtlijn, wanneer het het productieproces

18. Art. 6:187 lid 4 BW.

19. Art. 7 lid 5 jo 6 Concept Richtlijn.

20. Concept Richtlijn toelichting paragraaf 2 (evenredigheid).

21. Art. 6:185 lid 1 sub a BW. Er kunnen ook andere verweren worden gevoerd, maar die hebben meer betrekking op het product zelf. Die worden hier buiten beschouwing gelaten.

22. HvJ EU 10 mei 2001, C-203/99 (Veedfalds/Århus Amtskommune).

23. Vgl. MvA 19636, 3 nr. 6. p. 16.

24. HvJ EU 9 februari 2006 C 127-04 (O'Byrne/Sanofi) ECLI:EU:C:2006:93.

van de producent heeft verlaten en is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie.

Onder de concept Richtlijn blijft dit criterium onverkort gelden.

Zo'n hybride situatie deed zich voor in het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 oktober 2022.²⁵⁾ Een groep vrouwen stelt een aantal vennootschappen van een internationaal farmaceutisch concern aansprakelijk wegens een (gesteld) gebrekkig product. Dat product werd in verschillende vormen en bestemd voor verschillende toepassingen geproduceerd door een aantal vennootschappen die behoren tot dit concern. Een deel daarvan was buiten de EU gevestigd. Maar ten aanzien van alle producten gold, ook voor de wel in de EU geproduceerde, dat die door een concerngebonden vennootschap exclusief op de markt werden gebracht. Dit leidde voor het hof ertoe het moment dat de producten door die eigen distributeur worden uitgeleverd moet worden genomen als moment waarop het product in het verkeer is gebracht:

De vennootschappen [hebben] verklaard (...) dat alle producten van het concern via GMed in de EER worden ingevoerd. Vaststaat voorts dat GMed één van de entiteiten is die het concern gebruikt om de producten te ontwikkelen, te produceren en te verkopen. Voor de "buitenwereld" is vrijwel niet na te gaan op welk moment het productieproces overgaat in het verkoopproces. Dat heeft het concern immers grotendeels zelf in de hand. Denkbaar is dat een product geruime tijd bij deze concerngebonden importeur ligt voordat het wordt verkocht en uitgeleverd. Daarbij komt dat de producten niet anders dan via de eigen concerngebonden importeur ter verkoop worden aangeboden. De vennootschappen hebben vervolgens wel verklaard op welk moment de verschillende producten volgens hen het productieproces hebben verlaten, maar dat is gezien het feit dat de producten vervolgens naar een eigen importeur gaan niet anders te begrijpen dan dat de producten op dat moment de fabriek hebben verlaten. Gezien de omstandigheid dat de vennootschappen zelf in grote mate invloed kunnen uitoefenen op het moment waarop het product vervolgens aan het publiek wordt aangeboden, zal het hof het moment waarop de producten het magazijn van GMed hebben verlaten aanmerken als het moment waarop het product in het verkeer wordt gebracht.

Het vaststellen van dit moment is alleen al van belang voor de bepaling van het tijdstip waarop de verjarings- en vervaltermijnen gaan lopen.

Het kan dus zijn dat een consument zich uit-

eindelijk tot een (rechts)persoon wendt wegens een gebrekkig product, maar dat die zich verweert met de stelling dat hij het product niet op de markt heeft gebracht. Het ligt dan op de weg van de aangesproken (rechts)persoon om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij op grond van art. 6:185 lid 1 onder a BW niet aansprakelijk is. In de situatie waarbij binnen een concern meerdere vennootschappen betrokken zijn bij de ontwikkeling, productie en distributie van een product en onduidelijkheid bestaat over het moment waarop het product op de markt is verschenen, is het van belang om vast te stellen of aan het criterium van het arrest van het HvJ van 9 februari 2006 is voldaan. De betrokkenheid van verschillende vennootschappen binnen een concern kunnen het zicht op de aan te spreken partij soms bemoeilijken.

Vereenzelviging?

Dit brengt mij bij een ander aspect bij de zoektocht naar de juiste aan te spreken persoon. Goed denkbaar is dat onderdeel A van het concern de research doet; onderdeel B de assemblage en onderdeel C de productie. Soms hebben concerns ook nog een eigen distributiepoot. Die onderdelen hoeven ook niet allemaal in één land te zitten en ook niet allemaal in de EU. De vraag is dan hoe deze verschillende bedrijfsonderdelen zich tot elkaar verhouden en of een consument zich in het kader van een aansprakelijkheidstelling bezig moet houden met die verschillende entiteiten, of dat hij alles op één hoop kan vegeen. Deze vraag lijkt in de praktijk erg lastig te beantwoorden en ik licht er een aspect van uit: het beroep op vereenzelviging.

Met vereenzelviging wordt beoogd het verschil in identiteiten van verschillende rechtspersonen te doorbreken. In een enkel geval wordt deze rechtsfiguur in stelling gebracht om te ontkomen aan een zoektocht naar de aan te spreken vennootschap binnen een concern. Een voorbeeld daarvan was de casus die hierboven al werd aangehaald in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 oktober 2022. In de procedure beriepen de vrouwen zich voor de aansprakelijkheid van de gedagvaarde vennootschappen op de uitkomst van procedures in de Verenigde Staten, waarbij overigens geen van de in dit geschil gedagvaarde vennootschappen betrokken waren. Met een beroep op een ondoorzichtige concernstructuur stelden zij zich op het standpunt dat sprake moest zijn van vereenzelviging van de verschillende vennootschappen binnen het concern. Het hof wees dit resoluut af: *"Afgezien van het feit dat de vrouwen dit standpunt nauwelijks hebben toegelicht, dient er volgens de rechtspraak van de Hoge Raad sprake te zijn van bijzondere omstandigheden, in die zin dat sprake is van (bijvoorbeeld) misbruik van*

Met vereenzelviging wordt beoogd het verschil in identiteiten van verschillende rechtspersonen te doorbreken.

25. ECLI:NL:GHARL:2022:8463.

Er moet steeds onderscheid worden gemaakt naar het product zelf en naar de producent van dát product.

de identiteitsverschillen tussen de verschillende entiteiten dan wel dat de omstandigheden van het geval zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging de meest aangewezen vorm van redres is." Tegen deze achtergrond is het goed om de werking van deze rechtsfiguur af te bakenen.

Vereenzelviging is niet bedoeld om het verschil tussen verschillende entiteiten van een concern weg te denken als gezocht wordt naar een aansprakelijke partij. Vereenzelviging is volgens de Hoge Raad een vorm van redres. In zijn arrest van 13 oktober 2000 (Rainbow)²⁶⁾ verwoordde de Hoge Raad dat als volgt:

Vooropgesteld moet worden dat (...) door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (...).

In het arrest van 7 oktober 2016 (Resort of the World/Maple Leaf)²⁷⁾ scherpste de Hoge Raad de eisen om te komen tot vereenzelviging als vorm van redres verder aan:

Vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen kan, in uitzonderlijke omstandigheden, de meest aangewezen vorm van redres zijn. Maar indien een op benadeling van een bepaalde crediteur gerichte handelwijze onrechtmatig is jegens deze crediteur, brengt de verplichting de daardoor aangerichte schade te vergoeden niet mee dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. In een dergelijk geval is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat.

Het gaat hierbij dus om de situatie dat er wel een aan te wijzen aansprakelijke entiteit binnen een concern is, maar dat (door degene die

zeggenschap heeft over die entiteit) misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil. Een dergelijk misbruik is onrechtmatig en kan leiden tot vergoeding van de schade die daarvoor is ontstaan. Het gaat daarbij om de schade die door dat misbruik wordt veroorzaakt, niet om de oorspronkelijk gevorderde schade. Zo is denkbaar dat een vermogensbestanddeel aan een vennootschap wordt onttrokken waarna die geen of onvoldoende verhaal biedt voor een bepaalde vordering. Als geoordeeld wordt dat die onttrekking onrechtmatig is, dan kan een op deze onrechtmatigheid gebaseerde schadevergoeding betekenen dat de "onttrekker" in moet staan voor het tekort dat door die onttrekking is ontstaan. In uitzonderlijke gevallen kan nog worden gedacht aan vereenzelviging, maar gezien de bewoordingen van de Hoge Raad is de kans op een succesvol beroep op vereenzelviging uiterst klein.²⁸⁾

Toegepast op de vraag naar de aan te spreken vennootschap binnen een concern als het gaat om productaansprakelijkheid, moet de conclusie luiden dat vereenzelviging eigenlijk niet in beeld komt. Het is immers een rechtsfiguur die (in het beste geval) opdoemt nadat sprake is van een onrechtmatige daad van een concernonderdeel jegens een slachtoffer en dat vervolgens geen verhaal blijkt te bieden.

De balans

In recht-toe-recht-aan gevallen zal een consument op betrekkelijk eenvoudige wijze kunnen vaststellen welke (rechts)persoon hij kan aanspreken als hij meent dat sprake is van een gebrekkig product. De huidige wet en de concept Richtlijn bieden hem een waaier aan keuzemogelijkheden. Problemen ontstaan veelal in situaties die zich bevinden op de grens tussen productie en distributie en bij producten die door grote internationale concerns op de markt worden gebracht en in verschillende vormen en door verschillende vennootschappen worden geproduceerd. De regeling van de productenaansprakelijkheid biedt niet de oplossing voor dit soort internationale structuren. Er moet steeds onderscheid worden gemaakt naar het product zelf en naar de producent van dát product. Wel kan de consument tegemoet gekomen worden in situaties dat onduidelijk is wanneer het moment van aanspraak is ontstaan. Maar het is aan die consument om de juiste partij te kiezen. Soms zal die afhankelijk zijn van informatie die berust onder de aangesproken vennootschap. De concept Richtlijn heeft dat onder ogen gezien en geeft een eigen regeling ten aanzien van het openbaar maken van stukken (art. 8 concept Richtlijn). De werking van dat artikel wordt door Van Wees en Vellinga elders in dit nummer besproken.

26. ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698, m.nt. J.M.M. Maeijer.

27. ECLI:NL:HR:2016:2285.

28. Vgl. H. Koster 'Vereenzelviging?', *MVV* 2018, 9 blz. 288 e.v.; J. Wareman 'Het leerstuk van vereenzelviging en misbruik van identiteitsverschil toegepast', *Juridisch up to Date* 2020, 7; D.J. van der Kwaak 'Een nieuw perspectief voor misbruik van identiteitsverschil', *WPNR* 7397, 7-14 januari 2023. Anders *Rechtbank Noord Nederland* 24 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3323.