



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het productbegrip bij productaansprakelijkheid aan de hand van drie arresten

Veldt, G.M.

Citation

Veldt, G. M. (2022). Het productbegrip bij productaansprakelijkheid aan de hand van drie arresten. *Tijdschrift Voor Vergoeding Personenschade*, 2022(1), 27-34.
doi:10.5553/TVP/138820662022025001003

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3512866>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het productbegrip bij productaansprakelijkheid aan de hand van drie arresten

*Mr. dr. G.M. Veldt**

1. Inleiding

De producent is aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Dat is de kernbepaling van de richtlijn productaansprakelijkheid (art. 1 Richtlijn 85/374/EEG, hierna: de richtlijn). Volgens artikel 2 van de thans geldende richtlijn is een product elk roerend goed, ook indien het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed. Daaronder wordt ook elektriciteit verstaan.¹ Dit productbegrip of -vereiste heeft lange tijd een bescheiden rol vervuld in het academische debat en de jurisprudentie.² In een drietal recente arresten komt dit productbegrip aan de orde. De arresten laten zien dat wat een product is lang niet altijd eenduidig valt te beantwoorden, hetgeen consequenties kan hebben voor het verhaal van schade door letselschadeslachtoffers op grond van de regeling productaansprakelijkheid. Reden genoeg om deze arresten te bespreken, aan de hand daarvan bepaalde aspecten van het productbegrip uit te lichten en in te gaan op welke voor de letselschadebranche relevante aanpassingen in het verlengde van die drie uitspraken mogelijk in de toekomst ophanden zijn.

Deze bijdrage geeft eerst een korte inleiding over de inhoud en functie van het productbegrip in de huidige richtlijn (par. 2). Daarna wordt gefocust op samengestelde producten bestaande uit een roerende zaak met daarop vastgelegde informatie aan de hand van het *Kronen*-arrest van het Hof van Justitie

EU over letselschade als gevolg van een onjuist gezondheidsadvies in een krant (par. 3). Het arrest geeft aanleiding ook de discussie over software en productaansprakelijkheid in herinnering te brengen. Vervolgens wordt ingegaan op losse fysieke producten met een gezamenlijke functie aan de hand van het *MoM*-arrest van de Hoge Raad over letselschade door een vermeend gebrekkig heupimplantaat (par. 4). Daarna wordt de situatie behandeld waarin een onderdeel van een eindproduct schade veroorzaakt aan de rest van het eindproduct in het licht van het *Lengers/Mannheimer Versicherung*-arrest van de Hoge Raad over kanalisatie bij koop (par. 5). Vervolgens worden mogelijke toekomstige ontwikkelingen aangaande het productbegrip besproken (par. 6), waarna wordt afgesloten met een conclusie (par. 7).

Het doel van de bijdrage is niet alleen deze uitspraken te annoteren, maar daarnaast in een breder kader te plaatsen, zeker nu een mogelijke herziening en/of aanvulling van de richtlijn op handen is.

2. Het productbegrip binnen de huidige richtlijn

Het productbegrip dient als eerste om het materiële toepassingsbereik van de richtlijn af te bakenen. Is immers geen sprake van een product, dan is de richtlijn in het geheel niet van toepassing. Het productbegrip moet autonoom worden uitgelegd.³ Zo heeft het begrip ‘bestanddeel’ in artikel 2 volgens de Nederlandse memorie van toelichting een ruimere betekenis dan het in ons nationale recht gangbare goederenrechtelijke begrip als bedoeld in artikel 3:4 BW.⁴ Volgens de literatuur blijft, zelfs indien een zaak zijn zelfstandigheid verliest en opgaat in een andere zaak, sprake van een product waarop de

* Mr. dr. G.M. Veldt is universitair docent bij de afdeling Civiel recht van het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Zij maakt deel uit van het Empirical Legal Studies@Leiden-team, dat deels wordt gefinancierd uit de beschikbaar gestelde sectorgelden.

De auteur dankt Jan van Staalduinen en Tycho de Graaf voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie.

1 Art. 2 richtlijn: ‘Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder “product” verstaan elk roerend goed, met uitzondering van landbouwgrondstoffen en produkten van de jacht, ook indien het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed. (...)’. Onder “product” wordt ook elektriciteit verstaan.’ De tekst van art. 6:187 lid 1 BW luidt: ‘Onder product wordt voor de toepassing van deze afdeling verstaan een roerende zaak, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak, alsmede elektriciteit.’ De uitzondering m.b.t. landbouwgrondstoffen en producten van de jacht is verwijderd als gevolg van Richtlijn 1999/34/EC.

2 Zie voor een overzicht Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 lid 1 BW (actueel t/m 2 december 2021).

3 Wagner, ‘§2 ProdHaftG’, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 8, Auflage 2020, München: C.H. Beck (hierna: *MüKo/Wagner*, §2 ProdHaftG), Rn. 20. Vgl. HvJ EG 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veefald/Arbus Amtskommune*), overweging 27.

4 *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10, als ook aangehaald door Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 1. Vgl. voor Duitsland: Heydn, in: Schuster/Grützmacher, *IT-Recht Kommentar*, Keulen: Dr. Otto Schmidt KG 2020, §2 ProdHaftG, Rn. 1 onder verwijzing naar *MüKo/Wagner*, §2 ProdHaftG, Rn. 2.

richtlijn van toepassing is.⁵ In oudere literatuur werd wel aangenomen dat uit artikel 2 *a contrario* kan worden afgeleid dat het wel moet gaan om lichamelijke of stoffelijke zaken, aangezien elektriciteit als onstoffelijke zaak expliciet afzonderlijk is genoemd. Recente auteurs wijzen op het feit dat de toevoeging van elektriciteit juist van een bredere bedoeling van de wetgever getuigt, hetgeen in het huidige tijdsgewricht ruimere uitleg toelaat.⁶ Van losse informatie – of met een moderner woord: data – wordt in een groot deel van de literatuur aangenomen dat zij geen product is in de zin van de richtlijn.⁷ Of informatie die is vastgelegd op een gegevensdrager evenmin een product kan zijn, was lange tijd onduidelijk (par. 3). Onroerende zaken zijn uitgesloten omdat daarvoor in de diverse landen afzonderlijke aansprakelijkheidsregimes golden en uitbreiding later evenmin opportuun werd geacht.⁸

De richtlijn kent verder het beperkte begrip ‘schade’ uit artikel 9 (zie nader par. 5) en de in artikel 3 genoemde categorieën van personen als vereisten die het materiële toepassingsbereik afbakenen. Artikel 3 van de richtlijn schaaft onder het producentbegrip de fabrikant van het eindproduct, de producent van een grondstof of de fabrikant van een onderdeel, alsmede eenieder die zich als producent presenteert door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het product aan te brengen. Door deze redactie kan de fabrikant van het eindproduct zich jegens het slachtoffer niet verschuilen achter de fabrikant van de gebrekkige grondstof, hetgeen in het voordeel van het slachtoffer is, nu deze – zo wordt aangenomen – bij gebrekkige grondstoffen in een eindproduct een keuzemogelijkheid heeft en het voor hem in de regel makkelijker zal zijn de fabrikant van het eindproduct te achterhalen dan de fabrikant van de grondstof.⁹ Een producent van een veilige grondstof kan echter niet aansprakelijk worden gehouden voor een verder onveilig eindproduct waarin het is verwerkt. Assemblage valt volgens de literatuur overigens niet onder productie.

Dit is slechts anders indien de assembleur nog ‘wezenlijke bestanddelen toevoegt’ (vgl. par. 4).¹⁰

Het productbegrip heeft voorts betekenis als vestigingsvereiste (art. 1), maar is ook relevant in relatie tot de korte vervalt termijn in de richtlijn. Hoewel artikel 6:191 lid 2 BW bepaalt dat de vordering vervalt na verloop van tien jaren na aanvang van de dag volgende op die waarop de producent *de zaak* die de schade heeft veroorzaakt in het verkeer heeft gebracht, spreekt artikel 11 van het *product*. Wat het product vormt, is dus ook in dat verband cruciaal (par. 4). Het begrip dient als gezegd in beginsel richtlijnconform te worden geïnterpreteerd.

3. Informatie(dragers) en software als product

In een recente prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie EU (hierna: HvJ EU of Hof) stelde het Oostenrijkse Oberster Gerichtshof de vraag of artikel 2 van de richtlijn, gelezen in samenhang met de artikelen 1 en 6 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat ook een stoffelijk exemplaar van een dagblad dat een vaktechnisch onjuiste gezondheidstip bevat waarvan het opvolgen schade aan de gezondheid veroorzaakt, als een (gebrekkig) product kan worden aangemerkt.¹¹

Een vrouw had de uitgever van de Oostenrijkse *Kronen-Zeitung*, een boulevardkrant, aangesproken omdat daarin een onjuist advies stond van een zekere kruidenpastoor Benedikt over het gebruik van een kompres van vers geplukte en geraspte mierikswortel bij reumatische aandoeningen. Anders dan het krantenartikel vermeldde, diende het kompres niet twee tot vijf uur op de huid te worden aangebracht, maar slechts twee tot vijf minuten. De vrouw, die het verkeerde advies had opgevolgd, had pas na drie uur het kompres verwijderd toen zij hevige pijn begon te voelen, naar aanleiding van – wat later bleek – een toxische contactreactie. Zij sprak de uitgever aan tot schadevergoeding ‘wegens pijn en lijden’ ten belope van € 4400.¹² Het bevreemdt niet dat het Hof van Justitie EU uiteindelijk oordeelt dat een exemplaar van een gedrukte krant met daarin een onjuist gezondheidsadvies buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt en het advies de krant niet gebrekkig kan maken of leiden tot de risicoaansprakelijkheid van de ‘producent’, ongeacht of het slachtoffer de uitgever of de drukker van die krant dan wel de auteur van het artikel aansprak.¹³ Desalniettemin raakt de zaak aan een belangrijke controverse die al langere tijd speelt en die hernieuwde aandacht krijgt in het licht van nieuwe technologie. In hoeverre kan informatie wanneer deze is opgenomen in een roerende zaak, een product in de zin van de richtlijn zijn? In die zin is de motivering van de uitspraak mogelijk ook relevant voor digitale gegevensdragers en andere bronnen van informatie (waarover later meer).

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011/234 (thans in gelijkkluidende zin: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/262) en A.L.M. Keirse, ‘Richtlijn 1985/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken’, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M.H. Wissink (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 51, als ook aangehaald door D. Verhoeven, *Productaansprakelijkheid & productveiligheid*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 43.

6 Verhoeven 2018, p. 45; Reusch, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsgg.), *Rechtsbandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, München: Beck 2020, p. 114; MüKo/Wagner, §2 ProdHaftG, Rn. 17ff.

7 MüKo/Wagner, §2 ProdHaftG, Rn. 16. Zie in deze zin eerder ook B. van Loenen & H.D. Ploeger, ‘Aansprakelijkheid voor open data’, *Computerrecht* 2018/251, p. 318-324, als aangehaald door Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 1.7 met aldaar meer bronnen.

8 *Bull. EU*, supplement 11/76. Proposal for a Council Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. Explanatory Memorandum, p. 14; Tweede evaluatie van de richtlijn, COM(2000)893, p. 26.

9 Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 2.1 onder verwijzing naar G.M.F. Snijders, *Productveiligheid en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1985, p. 85.

10 Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 2.1 onder verwijzing naar o.a. L. Dommering-Van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1991, p. 122.

11 HvJ EU 10 juni 2021, C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471 (*VI/Krone-Verlag Gesellschaft mbH & Co KG*).

12 Concl. A-G Hogan van 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:298 bij de *Krone*-zaak, onder 12.

13 Overweging 39. Zie ook overweging 42 en het dictum.

Volgens het HvJ EU volgt – samengevat weergegeven – niet alleen uit de bewoordingen van artikel 2 dat diensten niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn kunnen vallen, maar volgt dit ook uit de verdere opzet van de richtlijn. Het gezondheidsadvies vormt volgens het Hof naar zijn aard een dienst. Volgens het Hof kan een onjuist gezondheidsadvies wanneer het is opgenomen in een roerende lichamelijke zaak niet tot gevolg hebben dat de krant zelf gebrekkig wordt. De betrokken dienst (in casu het gezondheidsadvies) heeft volgens het Hof geen betrekking op de gedrukte krant die de drager daarvan is. In het bijzonder heeft deze dienst geen betrekking op de presentatie of het gebruik van de krant zelf, refererend aan de gezichtspunten als genoemd in artikel 6 van de richtlijn.¹⁴ Dat is een belangrijke constatering van het Hof, want het bakent informatie verstrekt als separate dienst af van allerhande andere informatie op of bij producten die wel degelijk ziet op de prestatie of het gebruik van het product, zoals bijsluiters en andere productwaarschuwingen. Dat laatste is onmiskenbaar een onderdeel van een product in de zin van de richtlijn. Bijgevolg behoort de onderhavige dienst, aldus het HvJ EU, niet tot de elementen die inherent zijn aan de gedrukte krant, dat wil zeggen de enige elementen op basis waarvan kan worden beoordeeld of dit product gebrekkig is.¹⁵ Voorts weerspiegelt het ontbreken van een bepaling die productaansprakelijkheid voor diensten mogelijk maakt, volgens het Hof, de bedoeling van de Uniewetgever. Zoals volgt uit eerdere rechtspraak is de begrenzing van de richtlijn het resultaat van een gecompliceerd afwegingsproces tussen verschillende belangen.¹⁶ Het Hof verwijst daarbij naar de *Dutruex*-zaak, waarin werd uitgemaakt dat de aansprakelijkheid van het ziekenhuis als dienstverrichter voor schade veroorzaakt bij de patiënt als dienstontvanger in de vorm van brandwonden als gevolg van het gebruik van een defect elektrisch matras niet onder het toepassingsbereik van de richtlijn viel.¹⁷ Volgens het Hof vormen de aansprakelijkheid van de dienstverrichter en de aansprakelijkheid van de fabrikant afzonderlijke aansprakelijkheidsregelingen, nu de activiteit van de dienstverrichter ook niet met andere actoren uit de richtlijn gelijk wordt gesteld.¹⁸ Een andere uitleg zou volgens het Hof niet alleen de uitsluiting van diensten en daarmee de werkingssfeer van de richtlijn tenietdoen, maar ook de risicoaansprakelijkheid naar kranten uitbreiden, waarmee afbreuk zou worden gedaan aan de tot stand ge-

brachte rechtvaardige verdeling van risico's tussen gelaedeerde en producent als bedoeld in overweging 7 van de richtlijn.¹⁹ Uiteraard staan voor het slachtoffer mogelijk wel alternatieve nationale remedies open (denk aan de onrechtmatige daad).²⁰

De motivering van het Hof plaatst het onderscheid tussen zaken en diensten centraal. Het gaat daarmee voorbij aan de discussie in de literatuur of onstoffelijke zaken überhaupt binnen het toepassingsbereik van de richtlijn vallen (par. 2). A-G Hogan bespreekt in zijn conclusie deze discussie uitvoerig.²¹ Ook hij merkt kort op dat de aard van het advies meer gelijkenis vertoont met een dienst, maar hij meent dat de richtlijn beperkt is tot de fysieke eigenschappen van producten²² en acht voldoende duidelijk dat de richtlijn primair zag op stoffelijke producten.²³ Zo ver lijkt het Hof niet te gaan.²⁴ Evenmin wijst het Hof – anders dan de A-G – naar de persvrijheid die mogelijk in het gedrang zou kunnen komen, waardoor het arrest een bredere strekking kan hebben.²⁵

De motivering door het HvJ EU lijkt de weg af te snijden voor toepasselijkheid van de richtlijn op allerlei soorten diensten bestaande uit onstoffelijke informatieverstrekking op roerende gegevensdragers. Of het nu gaat om adviezen op papier of op elektronische dragers: het toevoegen van onjuiste informatie aan een roerende zaak in de vorm van een dienst lijkt op zichzelf onvoldoende om te kunnen spreken van een gebrekkig product in de zin van de richtlijn, zolang die informatie niet de presentatie of het gebruik van het product – waaraan ik zou willen toevoegen: in relatie tot de fysieke veiligheid ervan – bepaalt.²⁶ Dat komt overeen met de opvatting van een groot aantal gezaghebbende auteurs, die onderscheid maken tussen enerzijds de materiële drager die binnen het toepas-

14 Zie voor de geherformuleerde vraag, overweging 32 en voor het antwoord, overweging 39, 42 en het dictum. Het artikel is geïmplementeerd in art. 6:186 lid 1 aanhef en onder a t/m c BW.

15 Overweging 36.

16 Overweging 37 onder verwijzing naar HvJ EU 21 december 2011, C495/10, ECLI:EU:C:2011:869 (*Dutruex*), punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook G.M. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling* (Recht en Praktijk, deel CA22), Deventer: Wolters Kluwer 2020/177.

17 HvJ EU 21 december 2011, C495/10, ECLI:EU:C:2011:869 (*Dutruex*), overweging 32 en 33.

18 Overweging 38, mede onder verwijzing naar *Dutruex*, overweging 32 en 33 en het Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de aansprakelijkheid voor diensten, COM(90)482 def., waaruit blijkt dat voor de aansprakelijkheid voor diensten een andere richtlijn was voorzien. Vgl. Dommering-van Rongen 1991, p. 83.

19 Overweging 39, 42 en het dictum.

20 Vgl. overweging 41 naar analogie met HvJ EU 25 april 2002, C183/00, ECLI:EU:C:2002:255 (*González Sánchez*), punt 31. Zie ook art. 13 richtlijn.

21 Concl. A-G Hogan, onder 22-24.

22 Concl. A-G Hogan, onder 22.

23 Concl. A-G Hogan, onder 34.

24 Zie eerder ook E. Van Gool, 'Over de verhouding van informatie tot het toepassingsgebied van de productaansprakelijkheidsrichtlijn. Zaak C-65/20, VI/Krone-Verlag Gesellschaft mbH & Co KG', *SEW* 2021, afl. 12, p. 678, die dit constateert en die de argumentatie van de A-G niet overtuigend acht.

25 Concl. A-G Howel, onder 36.

26 Overweging 36.

singsbereik van de richtlijn valt en anderzijds de informatie die erbuiten valt.²⁷

Daarmee is nog niet iedere controverse opgelost. De vraag is of naast informatieverstrekking op een drager als een vorm van dienstverlening, ook informatieverstrekking kan bestaan op een materiële drager die *niet* gelijk kan worden gesteld met dienstverlening en die kan resulteren in schade in de zin van de richtlijn. Sommige auteurs onderscheiden die informatie als aparte categorie, denk aan bouwkundige voorschriften, chemische formules, recepten of algemene medische handleidingen, en zien de daarin vervatte informatie uitdrukkelijk niet als dienstverlening.²⁸ Het is onduidelijk of voornoemd oordeel van het Hof ook voor dit type informatieverstrekking geldt. Tegelijkertijd lijkt een dergelijk onderscheid slecht te rechtvaardigen.²⁹

De controverse over informatie raakt ook aan de vraag of software een product in de zin van de richtlijn kan zijn, aangezien software mede als informatie kan worden beschouwd.³⁰ De recentere literatuur beschouwt software veelal als afzonderlijke categorie. Over het antwoord op de vraag of software thans al onder het toepassingsbereik van de richtlijn valt, zijn de meningen verdeeld en veelal gekleurd door de opvattingen die bestaan over het al dan niet van toepassing zijn van de richtlijn op onstoffelijke zaken. Van *embedded* software – dus opgenomen in een fysiek product – wordt in een groot deel van de literatuur wel aangenomen dat het valt onder het productbegrip, zeker indien de software de veiligheid van het fysieke of stoffelijke product beïnvloedt (vgl. grondstoffen).³¹ Van

stand-alone software is het minder duidelijk.³² *Stand-alone* software wordt door sommigen als dienst gezien,³³ door anderen als roerende zaak,³⁴ en weer anderen menen dat wanneer software op een gegevensdrager is vastgelegd (zoals een cd-rom of USB), er sprake is van een product.³⁵ Deze laatste opvatting lijkt in het huidige tijdsbeeld verouderd, nu software thans veelal via internet wordt gedownload. Voor *stand-alone* standaardsoftware voor een eeuwigdurend gebruik die tegen betaling van een eenmalig bedrag wordt aangeboden op een drager of via een download, waarvan in eerdere jurisprudentie reeds is aangenomen dat de regeling van koop analoog erop van toepassing kan zijn,³⁶ wordt betoogd eenzelfde analogie te hantieren als bij productaansprakelijkheid (zie par. 6).³⁷ Een brede uitleg zou overeenkomen met de huidige economische realiteit, waarin het een commercieel product vormt met risico's voor anderen.³⁸ Anderen willen nog niet zo ver gaan.³⁹

Van belang is dat het HvJ EU met dit afwijzende oordeel impliciet een eventuele uitbreiding van de richtlijn aan de Europese wetgever laat, hetgeen verstandig is gezien de impact van een aanpassing.⁴⁰ Tegelijkertijd biedt de motivering die is toegespitst op het onderscheid tussen wel of geen dienst, in tegenstelling tot de door de A-G voorgestelde route om onstoffelijke producten bij voorbaat van het toepassingsbereik uit te sluiten, wel ruimte om aan rechtsvorming te doen met betrek-

27 Van Gool 2021, p. 679 en E. Van Gool, 'Case C65/20 Krone: Offering (some) clarity relating to product liability, information and software', *European Law Blog* 19 januari 2022, onder verwijzing naar H.J. Kullmann, *ProdHaftG: Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte: Kommentar*, Berlin: Eric Schmidt Verlag 2006, p. 85; P. le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Parijs: Dalloz 2015, p. 124; J. Oechsler, 'PRODHAF TG §2', in: *Staudinger BGB, Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung*, Keulen: Otto Schmidt 2018, Rn. 78; MüKo/Wagner, §2 ProdHaftG, Rn. 19. Anders: F. Graf von Westphalen, '§47 Product', in: U. Foerste & F. Graf von Westphalen (red.), *Produkthaftungsbandbuch*, München: C.H. Beck 2012, Rn. 16; Verhoeven 2018, p. 57; implementatiewetgeving in Oostenrijk en Duitsland en Commission Green Paper 1999, p. 31. Zie voor de discussie in Oostenrijk, het arrest onder 21-23.

28 In deze zin Dommering-van Rongen 1991, p. 95, alsmede D. Fairgrieve & R. Goldberg, *Product liability*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 294-296. Deze laatste werd ook aangehaald door Van Gool 2021, p. 680, noot 53.

29 Aldus ook Van Gool 2021, p. 680.

30 Zie R. Westerdijk, *Produktaansprakelijkheid voor software*, Deventer: Kluwer 1995, met op p. 30-39 verschillende definities en op p. 82 de discussie destijds, waarna Westerdijk zelf meent dat software een product is en instructieve informatie niet, p. 277.

31 European Commission, 'Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics', 19 februari 2020, p. 13-14; Reusch 2020, p. 115 onder verwijzing naar G. Wiebe, 'Produktsicherheitsrechtliche Pflicht zur Bereitstellung sicherheitsrelevanter Software-Updates', *NJW* 2019, p. 627; Ch. Twigg-Flesner, ELI Pilot Innovation Paper – Guiding principles for updating the Product Liability Directive for the digital age (hierna: ELI-position paper), guiding principle 4.

32 European Commission 2020, p. 53-56; Verhoeven 2018, p. 53-56.

33 Verhoeven 2018, p. 44 onder verwijzing naar o.a. W.J. Slagter, 'Productaansprakelijkheid in Nederland', *TPR* 1988, p. 740 en W. Posch, 'Comparative aspects of products liability in Europe and the United States', in: R. Hulsbeck & D. Campbell (red.), *Product liability: Prevention, practice and process in Europe and the United States*, Deventer: Kluwer 1989, p. 135 (impliciet). Zie ook J. De Bruyne, E. Van Gool & Th. Gils, 'Tort law and Damage caused by AI Systems', in: J. De Bruyne & C. Vanleenhove (red.), *Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge/Antwerpen/Chicago: Intersentia 2021, p. 378 met nadere bronnen.

34 Zie de genoemde bronnen in De Bruyne e.a. 2021, p. 378.

35 Written question no. 706/88 (5 juli 1988) en antwoord Lord Cockfield, EC, 15 november 1988, OJ 114/42, 8 mei 1989; Verhoeven 2018, p. 54-55. Zie voor uitvoerige overzichten van diverse auteurs en diverse opvattingen Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:187 BW, aant. 1.7, MüKo/Wagner, §2 ProdHaftG, Rn. 21-27 en Fairgrieve & Goldberg 2020, p. 291-303.

36 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *NJ* 2012/293 (*De Beeldbrigade/Hulskamp*), r.o. 3.5 resp. 3.4 en art. 7:5 lid 5 BW, waarin de bepalingen van consumentenkoop van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de B2C 'levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, maar die wel is geïndividualiseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend (...)'. Zie eerder ook M.R.L. Ruesen, 'Ongeschikte medische apps: wie is aansprakelijk?', *Computerrecht* 2017/49.

37 Voor de analogie met koop in Duitsland: Foerste/Graf von Westphalen, *Produkthaftungsbandbuch*, §47, Rn. 41; MüKo/Wagner, §2 ProdHaftG, Rn. 17.

38 B. Koch, 'Product liability 2.0 – Mere update or new version?', in: S. Lohsse e.a., *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden: Nomos 2019, p. 106 en G. Wagner, 'Robot liability', in: Lohsse e.a. 2019, p. 42, als ook aangehaald door De Bruyne e.a. 2021.

39 Verhoeven 2018, p. 55-56.

40 Zie ook Ch. Twigg-Flesner, 'The Tale of the Grating Horseradish. Case Note on VI v KRONE-Verlag (Case C-65/20 VI)', *EuCML, Journal of European Consumer and Market Law* 2021, p. 262.

king tot bijvoorbeeld software.⁴¹ Ook de Europese Commissie wijst op de steeds verdergaande vervlechting van producten en diensten in haar Witboek over kunstmatige intelligentie en nadere duidelijkheid op dit punt is dus gewenst (zie par. 6 hierna).⁴²

4. Samengestelde losse producten en verjaring

In een recente zaak bij de Hoge Raad stond een ander type product centraal. De vraag die daar voorlag, was of een uit vier fysieke onderdelen samengestelde heupprothese een product in de zin van de richtlijn was, en zo ja, op welk moment de vervaltermijn in de zin van de richtlijn was gaan lopen.

Een patiënt bij wie een zogeheten metaal-op-metaal (MoM)-heupprothese was geplaatst, hield de fabrikant en importeur van de diverse onderdelen (samen genoemd Zimmer c.s.) aansprakelijk voor schade. Als gevolg van vermeende wrijving tussen de kop en de kom van het implantaat zouden de kobalt- en chroomwaarden in het bloed van de patiënt zijn verhoogd, waarna de prothese werd verwijderd en de waarden weer zouden zijn gedaald. Over MoM-heupprotheses, het loskomen van metaaldeeltjes in het lichaam en daaruit voortvloeiende ‘bijwerkingen’ is overigens al meermaals geprocedeerd.⁴³

Zimmer c.s. deden in deze procedure een beroep op de vervaltermijn in de richtlijn van tien jaar. In appel stond vast dat de kop op 11 februari 2004 aan de Nederlandse importeur was afgeleverd, maar dat de kom, adapter en steel tussen 3 juni en 16 augustus 2004 pas het productieproces hadden verlaten en waren opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin

deze aan het publiek werden aangeboden voor gebruik.⁴⁴ De dagvaarding was op 19 mei 2014 uitgebracht, dus later dan tien jaar volgend op de dag na het verlaten van het productieproces van de kop, maar eerder dan tien jaar volgend op de dag na het verlaten van het productieproces van de andere onderdelen, inclusief de kom. De patiënt bracht hiertegen in dat de losse onderdelen eerst hun functionaliteit krijgen na implantatie in het lichaam, zodat sprake is van één product, en de operatie het moment is van het in het verkeer brengen. De rechtbank volgde dat betoog.⁴⁵ Het hof volgde het in het tussentijdse appel gedeeltelijk.⁴⁶ De prothese is volgens het hof in haar geheel een eindproduct, maar het startpunt van de vervaltermijn lag volgens het hof bij het in het verkeer brengen van het laatste onderdeel, nu dat de rechtszekerheid ten goede komt en voorkomt dat door manipulatie van de producent of toeval de vervaltermijn al veel eerder wordt voltooid, omdat het eerste onderdeel veel eerder in het verkeer wordt gebracht dan de andere onderdelen.⁴⁷

De klachten die Zimmer c.s. tegen de overwegingen van het hof formuleerden, treffen uiteindelijk doel bij de Hoge Raad. Hij stelt voorop dat volgens de considerans de vervaltermijn is geïntroduceerd om de aansprakelijkheid van de producent na een redelijke termijn te doen ophouden.⁴⁸ Het HvJ EU heeft met betrekking tot het voor deze vervaltermijn gehanteerde begrip ‘in het verkeer brengen’ overwogen dat de vaststelling binnen welke tijd de vordering van de benadeelde moet worden ingesteld, moet voldoen aan objectieve criteria⁴⁹ en dat het product moet worden beschouwd als in het verkeer gebracht in de zin van artikel 11 van de richtlijn wanneer het het productieproces van de producent heeft verlaten en is opgenomen in het verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie.⁵⁰ Hiermee strookt volgens de Hoge Raad niet om de tijdens de operatie samengestelde heupprothese aan te merken als een door Zimmer c.s. geproduceerd en in het verkeer gebracht (eind)product als bedoeld in artikel 6:187 lid 1 en 2 BW. Dat zou betekenen dat het samenstellen van de heupprothese een nieuwe vervaltermijn voor de jegens Zimmer c.s. geldende productaansprakelijkheid doet aanvangen.⁵¹

⁴¹ Zoals eerder opgemerkt door Van Gool 2021, p. 681.

⁴² ‘Witboek over kunstmatige intelligentie – een Europese benadering op basis van excellentie en vertrouwen’ (COM(2020)65 final, Brussel 19 februari 2021, hierna: het Witboek), alsmede ‘Verslag over de gevolgen van kunstmatige intelligentie, het internet der dingen en robotica op het gebied van veiligheid en aansprakelijkheid’ (COM(2020)64, Brussel 19 februari 2021, hierna: het Verslag).

⁴³ Zie in Nederland: Hof Den Haag 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1990 (tussenarrest); Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166 (tussenarrest); Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10751; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8832 (eindarrest); Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:7048; Rb. Noord-Nederland 2 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4839 (tussenvonnis); Rb. Overijssel 18 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5058 (eindvonnis); Rb. Oost-Brabant 2 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7190 (tussenbeschikking); Rb. Oost-Brabant 30 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7195 (tussenbeschikking); Rb. Oost-Brabant 11 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7192 (tussenbeschikking); Rb. Rotterdam 22 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:468 (tussenvonnis); Rb. Rotterdam 18 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7461 (tussenvonnis); Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5027 (tussenvonnis); Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4825 (tussenvonnis); Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179 (eindvonnis). Met dank aan Jan van Staalduinen voor het overzicht. Zie in VK: *Wilkes v Deputy International Limited* [2016] EWHC 3096 (QB) 2016 WL 07048503 en *Gee v DePuy* [2018] EWHC 1208 (QB), 2018 WL 02321180. In deze laatste procedures ging het met name om de vraag of *risk/benefit*-overwegingen onderdeel kunnen zijn van de gebrekkigheidstoets onder de richtlijn.

⁴⁴ Zie voor deze definitie van ‘in het verkeer brengen’ HvJ EG 9 februari 2006, ECLI:EU:C:2006:93 (*O’Byrne/Sanofi*), punt 27. Zie over hoe om te gaan met gelieerde ondernemingen HvJ EU 2 december 2009, ECLI:EU:C:2009:744.

⁴⁵ Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:7048.

⁴⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10751, r.o. 4.17.

⁴⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10751, r.o. 4.19.

⁴⁸ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1172, r.o. 3.2.1 onder verwijzing naar overweging 11 van de considerans.

⁴⁹ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1172, r.o. 3.2.1 onder verwijzing naar HvJ EU 9 februari 2006, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93 (*O’Byrne/Sanofi*), punt 23 en 26.

⁵⁰ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1172, r.o. 3.2.1 onder verwijzing naar *O’Byrne/Sanofi*, punt 27.

⁵¹ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1172, r.o. 3.2.2.

Volgens de Hoge Raad zijn de vier onderdelen afzonderlijk ieder een product en ieder afzonderlijk in het verkeer gebracht.⁵² Om deze reden getuigt het oordeel van het hof, dat de heupprothese een (eind)product is en dat de vervaltermijn pas aanvangt met het in het verkeer brengen van het laatste onderdeel (de kom), nu de gebrekkigheid veroorzaakt wordt door een combinatie van kop en kom, van een onjuiste rechtsopvatting.⁵³

Wel komt de Hoge Raad met een trouvaille in r.o. 3.2.5. Waarschijnlijk omdat impliciet uit r.o. 4.16 van het hof lijkt te volgen dat vanwege de wrijving tussen kop en kom het hof lijkt te menen dat losse onderdelen alleen tezamen als gebrekkig kunnen worden aangemerkt.⁵⁴ Nu voor één onderdeel de vordering wel is vervallen en voor een ander onderdeel niet, ontstaat mogelijk een probleem. Hij oordeelt dat voor het geval na verwijzing de kom op de voet van artikel 6:186 BW gebrekkig wordt geoordeeld, bijvoorbeeld op de grond dat hij schade veroorzaakt als hij in contact komt met de kop, te gelden heeft dat de in artikel 6:191 lid 2 BW bedoelde vervaltermijn is aangevangen op 8 augustus 2004, te weten de dag nadat de kom in het verkeer is gebracht. De aansprakelijkheid van Zimmer c.s. voor schade die het gevolg ervan is dat de gebrekkige kom in contact komt met de kop, wordt volgens de Hoge Raad niet verminderd door de omstandigheid dat Zimmer c.s. ingevolge artikel 6:191 lid 2 BW niet (meer) aansprakelijk zijn voor de kop. Hoewel deze handreiking van de Hoge Raad logisch voorkomt, uiterst patiëntvriendelijk is en wellicht uit een oogpunt van efficiëntie is gedaan, is hij in mijn ogen niet gepast in een procedure over de uitleg van artikel 191 lid 2 BW en het daarmee samenhangende productbegrip. Deze overweging is namelijk gebaseerd op een aanname aangaande de gebrekkigheid van zowel kop als kom en die staat in rechte nog niet vast. Voorts neemt de overweging een voorschot op de invulling van het causale verband (in de zin van art. 4) en toepassing van de regeling van hoofdelijkheid in de richtlijn (art. 5). De handreiking lijkt een uiting van hoe wij naar Nederlands recht causaliteit invullen bij samenlopende oorzaken (namelijk conform art. 6:102 BW). Stel dat de kop en de kom ieder van andere producenten afkomstig waren. Als sprake is van samenlopende oorzaken in de zin dat de schade niet zou zijn veroorzaakt als één van de oorzaken zou hebben ontbroken (beide onderdelen worden gebrekkig geacht, wrijving tussen beide is noodzakelijk voor het loslaten van metaaldeeltjes, en beide zijn als gevolg daarvan *condicio sine qua non* voor de

schade), dan zijn beide producenten aansprakelijk voor de schade als geheel.⁵⁵ Is slechts de vordering jegens de een vervallen, dan kan het slachtoffer zich volledig verhalen op de ander. Voor ons voelt dat zeer natuurlijk en vanzelfsprekend aan.⁵⁶ Deze regel gaat onder ons nationale recht echter niet op als de schade deelbaar is in de zin dat een derde deel door de ene oorzaak is veroorzaakt en twee derde door de andere en het ene deel bijvoorbeeld ook zou zijn ontstaan als de schadeveroorzakende gebeurtenis voor het andere deel zou hebben ontbroken.⁵⁷ Vooralsnog is onduidelijk wat in casu feitelijk heeft te gelden, dus deze opmerking lijkt wat voorbarig te zijn gedaan.

Opvallend is verder dat de Hoge Raad geen prejudiciële vragen stelt over de verjaring in relatie tot het productbegrip. Het oordeel is logisch, maar volstrekt evident lijkt de oplossing me gelet op het bovenstaande niet,⁵⁸ getuige alleen al de worsteling van de rechtbank en het hof.⁵⁹

5. 'Nagetrokken' producten en kanalisatie

Als het gaat om samengestelde producten die bestanddeel – zie voor dit begrip paragraaf 2 – zijn geworden van een roerende zaak, heeft de Hoge Raad eind vorig jaar nog een belangwekkend arrest gewezen over schade veroorzaakt door een brand in of nabij een vermoedelijk gebrekkig onderdeel, een aircobedieningspaneel, aan de rest van een luxe jacht, na verkoop van het jacht inclusief paneel aan een particulier (*Lengers Yachts/Mannheimer Versicherung*).⁶⁰ De vraag stond centraal of de door brand ontstane schade aan de rest van het jacht op grond van de kanalisatieregeling bij koop ex artikel 7:24 lid 2 BW alleen voor rekening van de producent van de airco c.q. het aircobedieningspaneel kon worden gebracht of op grond van lid 1 door de verkoper moest worden vergoed. De zaak draaide primair om de uitleg van de kanalisatieregeling, een zuiver Nederlands artikel. Deze nationale bepaling verwijst echter naar de bepalingen over productaansprakelijkheid:

‘Bestaat de tekortkoming in een gebrek als bedoeld in afdeling 3 van titel 3 van boek 6, dan is de verkoper niet aansprakelijk voor schade als in die afdeling bedoeld, tenzij [sub a t/m c].’

Door deze verwijzing wordt de uitleg van onder meer het productbegrip onder de richtlijn relevant voor de uitleg van dit koopartikel.

⁵² HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1172, r.o. 3.2.3. De kop is namelijk op 11 februari 2004 in het verkeer gebracht, de steel op 5 juni 2004, de kom op 7 augustus 2004 en het adapterhuis op 18 augustus 2004 (Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10751, r.o. 4.15 in verbinding met r.o. 4.9). De vervaltermijn van de kop is daarmee aangevangen op 12 februari 2004.

⁵³ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10751, r.o. 4.17 en 4.19 resp. HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1172, r.o. 3.2.4.

⁵⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10751, r.o. 4.16, als ook aangehaald in concl. A-G Valk, onder 3.19 en 3.20, die dat in de overwegingen daarna bestempelt als een dwaalspoor (3.23) en ‘het hof is de weg kwijtgeraakt’ (3.21).

⁵⁵ O.a. HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4004, *NJ* 2000/351, m.nt. C.J.H. Brunner; Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:102 BW, aant. 1.6.2.2 (actueel t/m 2 mei 2021).

⁵⁶ Vgl. ook Lindenbergh in zijn noot, die meent dat het tweede oordeel ‘voor zich spreekt’ (*NJ* 2021/304, onder 9).

⁵⁷ Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:102 BW, aant. 1.6.2.3 (actueel t/m 2 mei 2021).

⁵⁸ Anders: Lindenbergh, *NJ* 2021/304, onder 2.

⁵⁹ Zie ook *JA* 2020/32, m.nt. J.P.M. Simons.

⁶⁰ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1757 (*Lengers Yachts/Mannheimer Versicherung*).

Het hof volgde eerder het betoog van de koper dat de schade aan de rest van het jacht geen gevolgschade maar transactieschade betrof, op basis van de uitleg van het product- en het schadebegrip onder de richtlijn, alsmede de uitleg van de nationale kanalisatieregeling. Volgens het hof volgt uit artikel 9, aanhef en onder b, dat onder ‘schade’ in de zin van artikel 1 wordt verstaan: beschadiging of vernietiging van een andere zaak dan het gebrekkige product. Volgens het hof zal naar spraakgebruik en de opvattingen in het maatschappelijke verkeer het bedieningspaneel van een airco niet snel als een andere zaak aan te merken zijn dan het schip waarin dit is ingebouwd. De richtlijn strekt bovendien tot bescherming van de consument. Daarmee is volgens het hof niet goed verenigbaar om in deze situatie aan te nemen dat het om verschillende zaken gaat.⁶¹ Daar waagt het hof zich dus aan uitleg van EU-recht. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, maar blijft in de motivering primair bij uitleg van de kanalisatieregeling.⁶² Volgens de Hoge Raad houdt artikel 7:24 lid 2 BW geen beperking in van de aansprakelijkheid van de verkoper voor door een veiligheidsgebrek veroorzaakte schade aan de door hem afgeleverde zaak zelf (de transactieschade). Omdat bij deze schade geen sprake is van ‘schade als in die afdeling bedoeld’ (lees: de afdeling productaansprakelijkheid), valt zij buiten de in artikel 7:24 lid 2 BW geregelde wettelijke aansprakelijkheidsbeperking voor de verkoper.⁶³ Volgens de Hoge Raad kan verdere uitleg van de richtlijn in het midden blijven: zelfs indien de producent van het bedieningspaneel aansprakelijk zou zijn jegens betrokkenen voor de schade aan het schip, doet dat niet af aan de contractuele aansprakelijkheid van verkoper Lengers voor die schade op grond van artikel 7:24 BW.⁶⁴

Daarmee worden geen prejudiciële vragen gesteld en blijft een belangrijke controverse uit de Duitse literatuur onopgelost. Daar bestaat al jarenlang discussie of de fabrikant van een gebrekkig onderdeel voor schade aan het eindproduct op grond van de richtlijn kan worden aangesproken. De meerderheid van de Duitse doctrine meent dat schade aan de rest van het eindproduct door een onderdeel niet kan worden gezien als schade aan ‘een andere zaak dan het gebrekkige product’ als genoemd in artikel 9. Wat ‘het gebrekkige product’ is, moet aan de hand van ‘die Verkehrsanschauung’ worden beoordeeld, aldus de Duitse wetgever.⁶⁵ Toepassing daarvan zou in dit geval ertoe leiden dat het schip als het gebrekkige product moet worden gezien en dat schade aan de rest van het schip niet van de producent van het onderdeel kan worden gevorderd op basis van de bepalingen ter implementatie van de

richtlijn.⁶⁶ In de literatuur zijn echter ook afwijkende geluiden te horen, die aansluiten bij de verdere tekst van de richtlijn. Volgens artikel 2 van de richtlijn is een product immers een goed, ook nadat het bestanddeel is geworden van een ander roerend of onroerend goed, en conform artikel 3 kan als producent ook de fabrikant van een onderdeel worden verstaan. Bezie men deze artikelen in samenhang, dan valt niet uit te sluiten dat schade aan het eindproduct anders dan het gebrekkige onderdeel zelf als schade ‘aan een andere zaak’ in de zin van artikel 9 kan worden gezien, in welk geval de producent van het onderdeel uit hoofde van de richtlijn aangesproken kan worden voor vergoeding van de schade aan de rest van het eindproduct.⁶⁷ In dat geval zou een koper van een jacht als het onderhavige de schadevergoeding voor de schade die is veroorzaakt door de gebrekkige airco aan de rest van het jacht, mogelijk toch op grond van de bepalingen over productaansprakelijkheid kunnen vorderen van de producent van het gebrekkige onderdeel c.q. product, namelijk het aircobedieningspaneel. Uiteindelijk is het laatste woord aan het HvJ EU. Klaarblijkelijk calculeert de Hoge Raad in r.o. 3.3.3 in dat het Hof mogelijk ooit de minderheidsuitleg volgt. Mocht het ooit zover komen, dan is mogelijk toch samenloop met koop mogelijk, waardoor de koper zowel de fabrikant van het onderdeel als de verkoper kan aanspreken.

Overigens is zeer waarschijnlijk dat de gesubrogeerde verzekeraar van de koper, Mannheimer, de vordering hier bewust heeft willen baseren op wanprestatie vanwege non-conformiteit bij koop vanwege de tijdelijke regeling verhaalsrechten (art. 6:197 lid 2 BW), die maakt dat het recht op schadevergoeding uit hoofde van productaansprakelijkheid niet vatbaar is voor subrogatie.⁶⁸ De verkoper trekt hier aan het kortste eind.

6. Het product in de toekomst

De Europese Commissie heeft op 30 juni 2021 een *inception impact assessment* gepubliceerd.⁶⁹ Volgens het digitale dossier daarbij wordt in het derde kwartaal 2022 mogelijk een voorstel tot herziening van de richtlijn productaansprakelijkheid verwacht, waarin onder andere rekening zal worden gehouden met de uitdagingen die *artificial intelligence* (AI) voor productaansprakelijkheid zal meebrengen.⁷⁰ In de aanloop naar de aangekondigde initiatieven zijn diverse beleidsstukken, expertrapporten en wetenschappelijke bijdragen gepubliceerd

61 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:295, r.o. 4.15.

62 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1757, r.o. 3.2.3 en 3.3.2.

63 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1757, r.o. 3.2.3 onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 181 (onder B) en p. 236-237 (onder 3).

64 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1757, r.o. 3.3.3.

65 MüKo/Wagner, §1 ProdHaftG, Rn. 9 e.v., zoals ook aangehaald in concl. A-G Drijber, onder 3.28. Zie voor een uitvoeriger overzicht: Foerste/Graf von Westphalen, *Produkthaftungsbandbuch*, §46, Rn. 4.

66 De Duitse literatuur noemt vaak het voorbeeld van gebrekkige remmen in een verder goed functionerende auto. Eventuele schade aan de auto zelf, bijv. na een ongeval, kan niet van de producent van de remmen worden gevorderd, MüKo/Wagner, §1 ProdHaftG, Rn. 9 e.v.

67 Zie voor deze afwijkende opvatting, die mij uit een oogpunt van consumentenbescherming wel aanspreekt, o.a. Foerste/Graf von Westphalen, *Produkthaftungsbandbuch*, §46, Rn. 5 e.v. en aldaar genoemde bronnen.

68 Zie ook concl. A-G Drijber, onder 3.21.

69 Ref. Ares(2021)4266516, 30 juni 2021.

70 Zie https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence_en (laatst geraadpleegd op 21 januari 2022). Andere beleidsopties zijn het ontwikkelen van nadere richtsnoeren e.d. (zie nader voornoemde *impact assessment*).

waarin ook wordt ingegaan op het productbegrip.⁷¹ Hoe een daadwerkelijk Commissievoorstel eruit gaat zien, is nog onzeker. Zo is onduidelijk of een voorstel een extra laag voor (de gebruiker van) AI in aanvulling op de bestaande richtlijn in zal houden, of dat de richtlijn zelf echt gaat worden aangepast. Voorts ligt in het midden of het een richtlijn of een verordening zal betreffen.⁷²

De meeste belanghebbenden en deskundigen pleiten voor uitbreiding van het productbegrip in de richtlijn, zodat digitale elementen en digitale producten inclusief AI ook onder de richtlijn vallen, hetgeen onder andere relevant zal zijn voor medische apps en andere smart-medische hulpmiddelen in relatie tot letselschade. Qua definitie stelt een deel van de auteurs voor aan te sluiten bij artikel 2 lid 5 onder b van de nieuwe richtlijn consumentenkoop ((EU) 2019/771) over 'goederen met digitale elementen'⁷³ en voor *stand-alone* digitale inhoud en diensten bij artikel 2 aanhef en onder 1 en 2 van de richtlijn digitale inhoud en diensten ((EU) 2019/770).⁷⁴ Daarmee zou voornoemde softwarediscussie (par. 2) kunnen worden opgelost. Een reden voor uitbreiding die de Expert Group nog

noemt, is dat digitale inhoud tegenwoordig veel functies vervult die traditioneel gezien door roerende zaken werden vervuld.⁷⁵ Een recent antwoord op de *public consultation* van een aantal belangrijke auteurs vermeldt nog dat de grens voor wat betreft productaansprakelijkheid moet worden getrokken bij de definitie van dienst in de zin van artikel 3 lid 5 van de richtlijn digitale inhoud en diensten.⁷⁶ Zij doen nog verdere suggesties met betrekking tot digitale content en software as a service (SaaS).⁷⁷

Kiest men voor een additioneel separaat instrument voor het gebruik van AI dat als laag gaat fungeren boven op de richtlijn, dan ligt een separate definitie voor AI voor de hand.⁷⁸ Hoe dan ook rijst de vraag of qua definities een nieuw instrument, dan wel een aanpassing van de huidige richtlijn, het net gepresenteerde publiekrechtelijke voorstel voor een AI-verordening gaat volgen of dat een autonoom AI-begrip wordt gekozen.⁷⁹ Mij lijkt enige afstemming tussen deze definities in ieder geval gewenst. De academische discussie in aanloop naar een mogelijk voorstel spitst zich vooral toe op de gevolgen van digitalisering en het gebruik van AI voor de richtlijn. Dat betekent dat uitlegkwesties ten aanzien van traditionelere onderwerpen over samengestelde producten, het product en het schadebegrip (als genoemd in par. 4 en 5 hiervoor) waarschijnlijk niet worden meegenomen en aan het HvJ EU worden gelaten.

7. Conclusie

We kijken in spanning uit naar het voorstel of de voorstellen voor herziening van de richtlijn productaansprakelijkheid en de mogelijke innovaties die zij voor de personenschadepraktijk kunnen meebrengen. Naar verwachting zal het evenwel lang duren alvorens er concrete wetgeving zal volgen. Tot die tijd zal de personenschadepraktijk het moeten doen met de piketpalen die door het Hof en de Hoge Raad in voornoemde zaken zijn geslagen. Met de hernieuwde aandacht voor het productbegrip bij de wetgever, in de literatuur en in de rechtspraak kunnen we wellicht in de tussentijd nieuwe Europese zaken verwachten. We zullen dan zien of het Hof een ander productbegrip voorstaat dan onze Hoge Raad.

71 De richtlijn productaansprakelijkheid is recent geëvalueerd (COM(2018)246). Als gevolg daarvan zijn twee *expert groups* ingesteld voor 'liability and new technologies', waarvan de New Technologies Formation op 27 november 2019 heeft gerapporteerd: Expert Group on Liability and New Technologies, New Technologies Formation, Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies (hierna: Expert Group Report). Zie voorts het Witboek; het Verslag. Zie ook Resolutie van het Europees Parlement van 20 oktober 2020 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het civielrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel voor kunstmatige intelligentie (2020/2014(INL)), P9_TA(2020)0276 (hierna: de Resolutie). Zie eerder over deze ontwikkelingen ook kort E.R. de Jong, 'Een kroniek van ontwikkelingen op het snijvlak van aansprakelijkheid en innovatie op drie niveaus', *NTBR* 2020/28. Op 21 januari 2021 publiceerde het European Law Institute (ELI) een Pilot Innovation Paper opgesteld door Twigg-Flesner: ELI-position paper (zie noot 31). Zie eerder ook P. Machnikowski, *European product liability: an analysis of the state of the art in the era of new technologies*, Cambridge: Intersentia 2016.

72 Voornoemd dossier heeft het vooral nog over een 'proposal for a directive'. Vgl. Annex bij de Resolutie, overweging 10 en 23, waarin een aparte verordening voor AI wordt bepleit.

73 Art. 2 aanhef: 'Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: 5. (...) b. alle roerende lichamelijke zaken waarin digitale inhoud of digitale diensten zijn verwerkt of die daarmee onderling verbonden zijn, op zodanige wijze dat het ontbreken van die digitale inhoud of die digitale dienst ertoe zou leiden dat de goederen hun functies niet kunnen vervullen ("goederen met digitale elementen").' Principle 4 ELI-position paper; Expert Report, p. 6 en 28. Zie ook T. Sergio Cabral, 'Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (27) 2020, afl. 5, p. 621 en B.A. Koch e.a., *Response of the European Law Institute, Public Consultation on Civil Liability. Adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*, 2022, https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf.

74 Art. 2 aanhef Richtlijn (EU) 2019/770: 'Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: 1) "digitale inhoud": gegevens die in digitale vorm worden geproduceerd en geleverd; 2) "digitale dienst": a) een dienst die de consument in staat stelt gegevens in digitale vorm te creëren, te verwerken of op te slaan, of toegang tot die gegevens te krijgen; of b) een dienst die voorziet in de mogelijkheid van het delen van gegevens of andere interactie met gegevens in digitale vorm die door de consument of door andere gebruikers van die dienst worden geüpload of gecreëerd.'

75 Expert Group Report, p. 42-43. Zie ook De Bruyne e.a. 2021, p. 379-380 en daar genoemde bronnen.

76 Koch e.a. 2022, p. 11 en noot 18: 'Art 3(5)(a) DCD excludes "the provision of services other than digital services, regardless of whether digital forms or means are used by the trader to produce the output of the service or to deliver or transmit it to the consumer" from the scope of the directive.'

77 Koch e.a. 2022, p. 11 en 12.

78 Vgl. art. 3 onder a van de annex bij de Resolutie, waarin ook voor een aparte definitie is gekozen.

79 Europese Commissie, 'Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de unie', COM(2021)206 final, 21 april 2021. Zie hierover uitgebreid T.J. de Graaf & G.M. Veldt, 'Productveiligheid en aansprakelijkheid voor AI', *NJB* 2021, p. 3173.