



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Empirische fundamenteën van het personele toepassingsbereik van het productaansprakelijkheidsvoorstel in relatie tot e-commerce

Veldt, G.M.

Citation

Veldt, G. M. (2023). Empirische fundamenteën van het personele toepassingsbereik van het productaansprakelijkheidsvoorstel in relatie tot e-commerce. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2023(9), 375-387. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725157>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725157>

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

Empirische fundamente van het personele toepassingsbereik van het productaansprakelijkheidsvoorstel in relatie tot e-commerce

NTBR 2023/41

Door internethandel en het gebruik van online-marktplaatsen is niet altijd een marktdeelnemer in de Europese Unie aansprakelijk voor schade op grond van productaansprakelijkheid. Het voorstel voor een Herziene Richtlijn productaansprakelijkheid breidt daarom de kring van aansprakelijke personen uit. Dit artikel laat zien op welke al dan niet getoetste aannames en empirische gegevens deze beoogde uitbreiding van het personele toepassingsbereik is gebaseerd. Het brengt in kaart welke kennisleemten er zijn en doet enkele suggesties voor onafhankelijk empirisch-juridisch onderzoek, hetgeen kan bijdragen aan het normatieve debat over de aansprakelijke personen en betere empirische fundamente van een herziene regeling.

1. Inleiding

Een van de rechtvaardigingen voor de herziening van de Richtlijn productaansprakelijkheid is volgens de Europese Commissie dat economische actoren de *no-fault liability* ontspringen in de digitale economie.² De opkomst van internethandel en het gebruik van onlinemarktplaatsen in de handel van producten,³ hebben geleid tot een sterkere globalisering, het wegvallen van traditionele handelsketens en de tussenschakels daarin. Vandaag de dag is het voor consumenten mogelijk om via een webshop of onlineplatform een product te bestellen, waarna het binnen 24 uur aan de deur kan worden afgeleverd. Voor ultrakorte levertijden is wel nodig dat het product al op het Europese grondgebied ligt opgeslagen. Heeft de klant meer geduld, dan laat hij het product tegen nog lagere tarieven per pakketpost uit China komen. Dat kan door aanschaf bij een EU-verkoper (via *drop*

shipping, omdat dan geen voorraad wordt aangehouden) of bij een niet-EU-verkoper (beter bekend als *direct import*).⁴

Deze vormen van internethandel veroorzaken mogelijk wel nieuwe risico's. Uit onderzoek blijkt dat veel van de online bestelde producten niet aan EU-regelgeving voldoen of veiligheidsrisico's in zich dragen.⁵ Ook laat recent onderzoek van de Consumentenbond zien dat – hoewel onlineplatforms zich vrijwillig hebben gecommitteerd om onveilige producten die op het Europese portaal *Safety gate* staan aangemeld offline te halen – dit in de praktijk niet altijd afdoende gebeurt.⁶ Veroorzaken deze producten schade, dan biedt de huidige Richtlijn productaansprakelijkheid niet altijd een partij binnen de EU om aan te spreken, nu een importeur of verkoper op Europees grondgebied bij directe import ontbreekt. Is sprake van betrokkenheid van een onlineplatform dat producten van derden aanbiedt, dan kan dat in veel gevallen kwalificeren als zuivere hosting, waardoor zij een vrijstelling van aansprakelijkheid geniet uit de Richtlijn e-commerce en met ingang van 17 februari 2024 de nieuwe *Digital Services Act*.⁷ Logistieke dienstverleners die het product opslaan, verpakken, adresseren en/of verzenden stellen zich daarnaast op het standpunt geen leverancier in de zin van de richtlijn en dus niet aansprakelijk te zijn.

1 Citeerwijze: G.M. Veldt, 'Empirische fundamente van het personele toepassingsbereik van het productaansprakelijkheidsvoorstel in relatie tot e-commerce', *NTBR* 2023/41, afl. 9. Gitta Veldt is Universitair Docent Civiel recht en *Empirical Legal Studies* bij de afdeling Civiel recht van het Instituut voor Privatrecht van de Universiteit Leiden. Zij dankt Vanessa Mak, Helen Pluut, Paul Verbruggen en de redactie van *NTBR* voor de waardevolle feedback.

2 Aangeduid als P1 in de toelichting op het voorstel, naast bepaalde producten en schade die buiten het toepassingsbereik vallen. Het andere probleem (P2) is dat consumenten obstakels kennen in het behalen van compensatie.

3 SWD(2022)316, p. 10 en 12.

4 Sociaal Economische Raad. Commissie voor Consumentenaangelegenheden (CCA), 'Directe import van buiten de EU. Gelijke bescherming én gelijk speelveld!', *Advies* 20/05, juni 2020: www.ser.nl/nl/adviezen/directe-import-buiten-eu.

5 Zie voor verschillende onderzoeken V. Ulfbeck & P. Verbruggen, 'Online Marketplaces and Product Liability: Back to the Where We Started?', *ERPL* 2022/6, p. 1 onder verwijzing naar Office for Product Safety and Standards, 'Government Issues Online Marketplaces Product Safety Message', *UK Government*, 10 november 2021: www.gov.uk/government/news/government-issues-online-sales-product-safety-message; M. Stevens, '66% of products tested from online marketplaces AliExpress, Amazon Marketplace, eBay and Wish failed safety tests', *Which?*, 24 februari 2020: www.which.co.uk/news/article/66-of-products-tested-from-online-marketplaces-amazon-marketplace-aliexpress-ebay-and-wish-failed-safety-tests-aHF9S3n8JmTp. Zie ook A. Brezon, S. Shifflett & J. Scheck, 'Amazon Has Ceded Control of Its Site. The Result: Thousands of Banned, Unsafe or Mislabeled Products', *Wall Street Journal*, 23 augustus 2019: www.wsj.com/articles/amazon-has-ceded-control-of-its-site-the-result-thousands-of-banned-unsafe-or-mislabeled-products-11566564990.

6 'Consumentenbond: onveilige producten makkelijk te verkopen via Bol en Amazon', *NOS* 4 juli 2023, nos.nl/artikel/2481408-consumentenbond-onveilige-producten-makkelijk-te-verkopen-via-bol-en-amazon. Zie de Product Safety Pledge: commission.europa.eu/system/files/2023-03/Pledge%2B_final_new.pdf.

7 Richtlijn 2001/31/EG (Richtlijn E-commerce); Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitale dienstenverordening, beter bekend als digital services act of 'DSA'), i.h.b. art. 93 inzake de inwerkingtreding. Een deel is sinds 16 november 2022 al in werking.

Deze mogelijke lacunes in consumentenbescherming onder de huidige richtlijn tracht de Europese Commissie te dichten door het aantal aansprakelijke personen onder de richtlijn onder voorwaarden uit te breiden tot gemachtigden (art. 7 lid 2), fulfilmentdienstverleners (art. 7 lid 3) en onlineplatforms (art. 7 lid 6) (zie par. 3).

Hoewel de oorspronkelijke richtlijn een van de eerste stukken van Europees privaatrecht is, met een privaatrechtelijke remedie in zuiver privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, is het tegelijkertijd een schoolvoorbeeld van interne marktregulering met een instrumentalistische insteek.⁸ Het herzieningsvoorstel is dat eveneens (par. 3). Dat roept de vraag op aan de hand van welke gegevens de Europese Commissie heeft onderzocht in hoeverre de oude richtlijn aan het realiseren van haar maatschappelijke doelen beantwoordt en op basis van welk onderzoek zij verwacht dat dit nieuwe voorstel aan de gestelde doelen gaat beantwoorden, alsmede op welke wijze dat is onderzocht.

In deze bijdrage staat de uitbreiding van het personele toepassingsbereik van de richtlijn in relatie tot e-commerce centraal.⁹ De bevindingen uit dit onderzoek kunnen evenwel bruikbaar zijn in de discussie over de andere aanpassingen in de richtlijn, nu bepaalde kennisleemten over de werking van productaansprakelijkheid, die ik hieronder zal aanstippen, van fundamentele aard zijn.

Het doel van dit artikel is om te laten zien op welke al dan niet getoetste aannames en empirische gegevens de uitbreiding van het personele toepassingsbereik van het voorstel is gebaseerd. Daartoe breng ik in kaart welke doelen de Europese Commissie met deze uitbreiding beoogt te bereiken en welke aannames aan de huidige richtlijn en het voorstel ten grondslag liggen (par. 2), alsmede wat het nieuwe toepassingsbereik onder het voorstel nu precies behelst (par. 3).¹⁰ Vervolgens bespreek ik welke empirische gegevens de Europese Commissie heeft gebruikt om de personele uitbreiding van het voorstel op te baseren (par. 4). Mijn uiteindelijke bevindingen (par. 5) sluiten aan bij eerdere kritieken op de pogingen van de EU om tot betere, meer *evidence based*

regulering te komen.¹¹ Ik probeer echter mede te laten zien waar de leemtes in dit concrete geval zitten en ik doe enkele suggesties hoe de rechtswetenschap zou kunnen bijdragen aan de empirische fundamenteën van productaansprakelijkheid, bijvoorbeeld door onafhankelijk empirisch-juridisch onderzoek te doen naar de aannames die aan het Europese productaansprakelijkheid ten grondslag liggen om zo het privaatrechtelijke normatieve debat te informeren (par. 6).

Ik laat de normatieve vraag naar wenselijkheid van een instrumentele inzet van productaansprakelijkheid hier buiten beschouwing.¹² Vaststaat dat de Europese wetgever productaansprakelijkheid inzet als instrument, bijvoorbeeld voor een betere verhaalbaarheid van schade en afschrikking ten behoeve van preventie dan onder de huidige regels. Deze keuze vraagt onderzoek naar de vraag of de beoogde doelen daadwerkelijk met het instrument worden bereikt. Daarnaast werkt het recht met aannames over de werkelijkheid die op hun juistheid moeten worden onderzocht.¹³ Dat is nodig om het recht te laten overeenstemmen met de maatschappelijke werkelijkheid en is dus noodzakelijk ongeacht welke privaatrechtelijke school men aanhangt.¹⁴ In eerdere literatuur is daar al eens toe opgeroepen, maar dit is op nationaal niveau en in Europees verband slechts beperkt gedaan (zie mede hierna).¹⁵

2. Aanleidingen en doelen van de uitbreiding van het personele toepassingsbereik van de richtlijn

Bepaalde economische actoren ontspringen als het gaat om schade veroorzaakt door gebrekkige producten bij internet-handel soms de dans. Dat is volgens de Europese Commissie problematisch, omdat de consument dan met lege handen blijft staan (compensatie), er een ongelijk speelveld ontstaat voor EU-producenten en niet-EU-producenten (eerlijke mededinging) en het productaansprakelijkheidsrecht dan niet zijn afschrik(wek)kende werking kan vervullen

⁸ Destijds ingevoerd op basis van de voorloper van art. 115 VWEU.

⁹ Het thans ontbreken van een aansprakelijke partij door bijvoorbeeld nieuwe producten als software, laat ik hier buiten beschouwing. Zie o.a. T.J. de Graaf, 'Buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen', *NTBR* 2023/42, afl. 9 en N.M. Brouwer, T.F. Walree & P.T.J. Wolters, 'De invloed van de Cyber Resilience Act en de Herziene richtlijn productaansprakelijkheid op de verplichting tot en de aansprakelijkheid voor de beveiliging van persoonsgegevens', *NTBR* 2023/43, afl. 9, alsmede R. de Bruin, 'Nieuwe productaansprakelijkheidsregels en AI: goed voor innovatie en acceptatie?', *VR* 2023/80, p. 200-203. Vgl. eerder G.M. Veldt, 'Het productbegrip bij productaansprakelijkheid aan de hand van drie ar-resten', *TVP* 2022, afl. 1, p. 27-34.

¹⁰ Paragraaf 2 bouwt voort op G.M. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling* (R&P CA22) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 177 en paragraaf 3 op G.M. Veldt, 'The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive', *EuCML* 2023, p. 24 e.v.

¹¹ Dit debat is uitvoerig en al lang gaande. Ik sluit hierna aan bij een systematisch literatuuronderzoek naar de kritieken na het uitrollen van de *better regulation* agenda in 2015, omdat dat een recenter overzicht geeft: L. Listorti, E. Basyte-Ferrari, S. Acs & P. Smits, 'Towards an Evidence-Based and Integrated Policy Cycle in the EU: a Review of the Debate on the Better Regulation Agenda', *Journal of Common Market Studies* 2020, vol. 58, no. 6, p. 1558-1577.

¹² Zie voor een recent overzicht van standpunten de recent verschenen bijdrage van Valk in dit tijdschrift: W.L. Valk, 'Klassiek en instrumenteel privaatrecht', *NTBR* 2023/2, afl. 1.

¹³ M. Smit e.a., '25 jaar empirisch-juridisch onderzoek in Nederland', in: C. Bijleveld e.a., *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 12; C. Bijleveld, *Research methods for Empirical Legal Studies: an introduction*, Den Haag: Eleven 2023, p. 5-8.

¹⁴ Vgl. in deze zin eerder: C. Stolker, 'Ja geleerd zijn jullie wel', *NJB* 2002/78, p. 766-778; J. Vranken, 'Wij weten wel wat wij doen', *NJB* 2014/1271, p. 1728-1737. Zie ook R. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

¹⁵ T. Havinga, 'Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid? Over de preventieve werking van schadeclaims en aansprakelijkheidsverzekering', *RdW* 2010/31, afl. 1, p. 24. Vgl. E.R. de Jong, 'Aansprakelijkheid en defensieve innovatie: staat het aansprakelijkheidsrecht nieuwe medische behandelmethoden in de weg?', in: I. Giesen, S. Wiznitzer, A. Keirse & W. de Zanger, *Assumpties annoteren. Rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 67-81.

(preventie).¹⁶ Voorts kan volgens de Europese Commissie rechtsonzekerheid als gevolg van verschillen in de nationale systemen leiden tot een minder goede werking van de interne markt.¹⁷ In deze opmerkingen uit de *impact assessment*, herkent men oude doelen en aannames die ook de huidige richtlijn, het personele toepassingsbereik ervan en de bijbehorende aansprakelijkheidsvereisten hebben gevormd. Ze zullen worden besproken omdat ze mede relevant kunnen zijn voor het vormgeven van de aansprakelijkheid van nieuwe marktdeelnemers, zoals fulfilmentdienstverleners en onlineplatforms (par. 5).

Europese productaansprakelijkheid is een kwalitatieve aansprakelijkheid die zijn normatieve rechtvaardiging mede vindt in de corrigerende en distributieve rechtvaardigheid, waarbij ook argumenten als slachtofferbescherming, de mogelijkheid tot kostenspreiding, de verzekerbaarheid van het risico, het profijt- en gevaarzettingsbeginsel een rol spelen.¹⁸ Tegelijkertijd vormt het een instrument ter bescherming van de consument, diens gezondheid en zaken, maar ook ten behoeve van het vrije verkeer van goederen en eerlijke mededinging. Rechtszekerheid rond compensatie zou het vertrouwen van consumenten in producten en daarmee de handel moeten stimuleren, noodzakelijk zijn voor economische groei en het stimuleren van innovatie.¹⁹

In dat licht hield de richtlijn niet alleen de term ‘producent’ bewust breed,²⁰ maar stelde daarnaast de importeur in de EER met hem gelijk om concurrentievervalsing met industrie uit derde landen tegen te gaan en de verhaalsmogelijkheden van slachtoffers te verbeteren.²¹

Ook zou het importeurs dwingen een extra controle uit te voeren op producten. Importeurs halen ook economisch voordeel uit de verkoop van het product, kennen – zo wordt aangenomen – hun productmarkt, kunnen kiezen welke producten ze importeren en kunnen de kwaliteit en conformiteit met wetgeving en normen contractueel bedingen.²² Zij zouden ex ante en ex post veiligheidsmaatregelen kunnen nemen – hetgeen ziet op hun feitelijke

hoedanigheid en capaciteit – waardoor risicoaansprakelijkheid wenselijk zou zijn ter afschrikking (preventie). Ook zouden zij in staat zijn om een toename van het risico om te zetten in hun productprijzen; een grondgedachte voor verliesspreiding en herverdeling.²³

In lijn met de grondgedachten over de functie van het aansprakelijkheidsrecht²⁴ merkt de Europese Commissie op dat productaansprakelijkheid dus op twee manieren bijdraagt aan de bescherming tegen onveilige producten op de interne markt.²⁵ Dreigende aansprakelijkheid zou afschikken c.q. een prikkel vormen, in de zin dat het rationele marktdeelnemers zou aanzetten tot het nemen van veiligheidsmaatregelen om schade te voorkomen (preventie).²⁶ Daarnaast dient het productaansprakelijkheidsrecht als vangnet indien niet-naleving van productveiligheidsrecht toch tot schade zou leiden (compensatie).²⁷ De mate waarin aansprakelijkheid aan preventie kan bijdragen staat evenwel sterk ter discussie. In de meeste *civil law*-jurisdicities is schadevergoeding een compensatoire maatregel die niet altijd volgt nu niet ieder slachtoffer een claim wenst in te dienen (rationele apathie) en er drempels zijn voor toewijzing. Ook ontbreken *punitive damages* en is de prikkel vanuit het aansprakelijkheidsrecht mogelijk beperkt, doordat het slachtoffer met weinig schade overblijft dan wel de gelaedeerde het minder voelt in de portemonnee door het bestaan van goede sociale zekerheid en andere verzekeringen.²⁸ Ook is er kritiek op het rationele keuzemodel waarop de preventieve werking is gebaseerd, nu personen in de praktijk minder rationeel zouden handelen (bijvoorbeeld vanuit de psychologie, denk aan attributiefouten e.d.)²⁹ en organisaties risico's, kosten en baten niet altijd goed kunnen inschatten. Eenduidig bewijs van preventieve werking van

16 SWD(2022)316, p. 10 onder verwijzing naar J. Goldberg, 'Twentieth Century Tort Theory', 91 *Geo. LJ* 2003, p. 513.
 17 SWD(2022)316, p. 12.
 18 Zie uitgebreid de bijdrage van P.W.J. Verbruggen, 'Theoretische rechtvaardigingen voor het personele toepassingsbereik van het voorstel voor een nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid', *NTBR* 2023/40, afl. 9. Zie eerder Veldt 2020/177.
 19 Zie ook overweging 1 en 47 van het voorstel, alsmede de evaluatie: COM(2018)46, p. 3 en SWD(2018)157, p. 7, figuur 1.
 20 Namelijk de fabrikant van een 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 onderscheidingssteken op het product aan te brengen, art. 3 lid 1 Richtlijn 85/374/EEG (Richtlijn productaansprakelijkheid).
 21 Art. 3 lid 2 Richtlijn productaansprakelijkheid; H.C. Taschner, *Produkthaftung*, München: Verlag C.H. Beck 1986, art. 3 onder 20. Zie ook: Toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Bulletin van de Europese Gemeenschappen, Supplement 11/76, par. 10 (hierna: Toelichting 1976). Vgl. SWD(2022)316, p. 18.
 22 Toelichting 1976, par. 10.

23 Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8th ed. 2020, § 4 ProdHaftG, rn. 43. Zie ook: Ch. Busch, 'Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective', [Draft – July 31, 2021], gepubliceerd op SSRN op 2 augustus 2021: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3897602, p. 13. Zie verder: J. Stapleton, *Product Liability*, London: Butterworths 1994.
 24 T. Honoré, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing 1999, p. 67 e.v.; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 001.
 25 COM(2000)893 def, p. 10; COM(2018)246, p. 1.
 26 Zie in deze zin ook SWD(2022)316, p. 22, concl. A-G Bot 21 oktober 2014, ECLI:EU:C:2014:2306, par. 38 (*Boston e.a.*) en G. Straetmans & D. Verhoeven, in: P. Machnikowski e.a., *European Product Liability: An analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 100 onder verwijzing naar C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 372.
 27 SWD(2022)316 (Impact Assessment), p. 16.
 28 A. Cavaliere, 'Product Liability in the European Union: Compensation and Deterrence Issues', *European Journal of Law and Economics* 2004, afl. 18, p. 30; M. Faure, 'Economic Analysis of Product Liability', in: P. Machnikowski (e.a.), *European Product Liability*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 619, par. 64-66; J.-S. Borghetti, 'Taking EU Product Liability Law Seriously: How Can the Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer Protection', SSRN: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4502351 zijnde een vertaling van een Frans artikel (2023) 1 *French Journal of Legal Policy* 2023, p. 17.
 29 Zie over attributiefouten in relatie tot preventie: I. Giesen, 'Attributie, Juridische Causaliteit en Preventieve Werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008, p. 202 en 204.

(product)aansprakelijkheid ontbreekt.³⁰ Desalniettemin blijft de aanname van preventieve werking een van de fundamenteën van productaansprakelijkheid, waarbij de Europese Commissie geen onderscheid maakt tussen generale en specifieke preventie.³¹

Het beschermingsbereik werd evenwel op andere punten strikt begrensd; de huidige richtlijn is namelijk *“het resultaat van een gecompliceerd afwegingsproces tussen verschillende belangen”*.³² De ruime aansprakelijkheid van de producent diende mede om vrijwaringsprocedures te vermijden.³³ De reden om de leverancier daarnaast niet mede risicoaansprakelijk te stellen, is de aanname dat daarvoor *“een hoge prijs zou moeten worden betaald, omdat alle leveranciers zich tegen een dergelijke aansprakelijkheid zouden moeten verzekeren en hierdoor de producten aanzienlijk duurder zouden worden. Deze vereenvoudiging zou bovendien leiden tot een toename van het aantal beroepen, omdat de leverancier zich op zijn beurt tot zijn eigen leverancier zal wenden, tot aan de producent toe”*.³⁴ De Europese Commissie noemt in haar evaluaties eveneens de verzekeraarbaarheid van risico's als doel.³⁵

Het Hof van Justitie EU plaatst in de recentere uitspraken gebruikersbescherming meer op de voorgrond onder verwijzing naar de considerans van de richtlijn, overgenomen in overweging 2 en 30 van het voorstel. Aansprakelijkheid buiten schuld is *“noodzakelijk (...) voor een rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico's”*.³⁶ Het voorstel codificeert gedeeltelijk deze jurisprudentie.³⁷

3. De inhoud van het personele toepassingsbereik van het voorstel

Voornoemde pluraliteit aan doelen en bijbehorende aannames liggen mede ten grondslag aan de voorgestelde wijzigingen in het personele toepassingsbereik, die in deze paragraaf inhoudelijk zullen worden besproken.³⁸ De hiernavolgende wijzigingsvoorstellen lijken met name te zijn ingegeven door de wens om meer coherentie met ander EU-recht te waarborgen.³⁹ Ik zal in paragraaf 4 en 5 bepleiten dat het doelbereik en de aannames van het voorstel nauwelijks empirisch onderbouwd zijn. De hierna te bespreken aanpassingen verbeteren enigszins de compensatie- en verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers. Echter, een goede onderbouwing in relatie tot de overige doelen (daadwerkelijke verhaalbaarheid van de vordering, preventie, impact op het consumentenvertrouwen, prijsstelling en interne markt en eerlijke mededinging) ontbreekt (par. 6).

De hoofdregel blijft dat de fabrikant (inclusief die van een component) aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een gebrekkig product.⁴⁰ Iedere (rechts)persoon die een product *“substantieel wijzigt”* is straks ook aansprakelijk als fabrikant, in lijn met productveiligheidswetgeving.⁴¹

Als de fabrikant buiten de Unie is gevestigd, is zowel de (in de Unie gevestigde)⁴² importeur als de gemachtigde aansprakelijk.⁴³ De ‘gemachtigde’ als entiteit kennen we uit het productveiligheidsrecht. Een fabrikant kan, als hij dat wil, schriftelijk een gemachtigde aanwijzen voor het vervullen van bepaalde productveiligheidsverplichtingen (zoals het verstrekken van technische informatie aan autoriteiten namens de fabrikant). Deze gemachtigde zou volgens het voorstel ook aansprakelijk kunnen zijn voor gebreken in producten. Het aanstellen van een gemachtigde is niet altijd verplicht.⁴⁴ Hij kan bovendien in de praktijk ontbreken. Is

30 Zie in het algemeen: B. van Rooij & M. Brownlee, ‘Does Tort Deter? Inconclusive Empirical Evidence about the Effect of Liability in Preventing Harmful Behaviour’, in: B. van Rooij & D. Sokol, *Handbook of Compliance*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 311 e.v.; P. Fenn & N. Rickman, ‘Personal Injury Litigation’, in: P. Cane & H.M. Kritzer, *The Oxford Handbook on Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 253. Zie specifiek: M.A. Geistfeld, ‘Products Liability’, in: M. Faure (ed.), *Tort Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 301-304 en A.M. Polinsky & M. Shavell, ‘The Uneasy Case for Product Liability’, *Harvard Law Review* 2010, issue 143, p. 1455.

31 Vgl. voor de V.S.: P. Cane, ‘Tort law as regulation’, *Common Law World Review* 2002, afl. 4, p. 317. Voor Nederland: I. Giesen, ‘Attributie, Juridische Causaliteit en Preventieve Werking’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2008, p. 202, onder verwijzing naar Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 12.

32 HvJ EG 25 april 2002, C-154/00, ECLI:EU:C:2002:254 (Commissie/Griekenland), overweging 29.

33 Toelichting 1976, par. 6; HvJ EG 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (Commissie/Frankrijk 2), r.o. 53.

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

35 Zie COM(2000)893 def., i.h.b. p. 23. Zie in vergelijkbare zin overweging 20 van de Rome II-verordening (EG) 864/2007 over de doelen van productaansprakelijkheid in relatie tot het toepasselijke recht.

36 Considerans onder 2 van de richtlijn, zoals ook aangehaald in HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (W. c.s./Sanofi Pasteur c.s.), overweging 32, onder verwijzing naar HvJ EU (Vierde kamer) 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)), overweging 42.

37 Zie o.a. overweging 4 van het voorstel en de bijdrage van M.J.J. de Ridder, ‘Het bewijs van gebrekkigheid en causaal verband bij complexe producten in het voorstel voor een nieuwe productaansprakelijkheidsrichtlijn’, *NTBR* 2023/39, afl. 9.

38 Voorstel, p. 2. Zie in deze zin Borghetti 2023, p. 8 e.v.

39 Zie eerder Veldt 2023, par. IV e.v. Zie ook P.W.J. Verbruggen, ‘Theoretische rechtvaardigingen voor het personele toepassingsbereik van het voorstel voor een nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid’, *NTBR* 2023/40, afl. 9.

40 Art. 7 lid 1 Voorstel. Zie voor de definitie van fabrikant art. 4 lid 11 Voorstel.

41 Art. 7 lid 4 Voorstel. Zie eerder voor kanttekeningen hierop in het licht van AI: T.J. de Graaf & G.M. Veldt, ‘The AI Act and Its Impact on Product Safety, Contracts and Liability’, *European Review of Private Law* 2022, p. 803. Zie ook overweging 29 van de preambulen bij het Voorstel.

42 Art. 7 lid 2 Voorstel; *“in de Unie”* lijkt de Raad terecht te willen schrappen: Raad, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products – Mandate for negotiations with the European Parliament, 15 June 2023, 10694/23 (2022/0302(COD)). Zie ook Veldt 2023, par. II en IV.1.

43 Art. 7 lid 2 en art. 4 lid 12 Voorstel.

44 Art. 4 lid 1 Verordening (EU) 2019/1020 (Marktoezicht) vraagt dat er een marktdeelnemer in de Unie is gevestigd om de productveiligheidsverplichtingen te vervullen uit art. 4(3)(a)-(d) van die verordening. Dat kan een gemachtigde c.q. vertegenwoordiger zijn (art. 4(2)(c) Verordening (EU) 2019/1020), en is de fulfilmentdienstverlener (art. 4(2)(d)) als een marktdeelnemer in de Unie ontbreekt. Zie iets minder helder: Art. 2(e)(ii) Richtlijn 2001/95/EC (Richtlijn algemene productveiligheid) en art. 3 lid 9 jo. art. 10 Verordening (EU) 2023/988 (Verordening algemene productveiligheid). Onder sommige sector specifieke wetgeving is aanstelling van een gemachtigde c.q. vertegenwoordiger expliciet verplicht gesteld, bijv. art. 4(2) Verordening (EG) 1223/2009 (Cosmetica).

hij wel aanwezig, dan is relevant dat het voorstel geen verzekeringsplicht of andere waarborgen voor verhaalsmogelijkheden bevat.⁴⁵

Als geen andere marktdeelnemer in de Unie is gevestigd, kan de fulfilmentdienstverlener secundair aansprakelijk worden gesteld, mits hij ten minste twee van de volgende vier diensten aanbiedt: opslag, verpakking, adressering en verzending.⁴⁶ De definitie van fulfilmentdienstverlener komt uit het productveiligheidsrecht, namelijk de Markttoezichtverordening.⁴⁷ Deze diensten worden vaak geassocieerd met onlineplatforms (denk aan *Fulfilment by Amazon* of Logistiek via bol.com),⁴⁸ maar rechtspersonen kunnen ook logistieke diensten verlenen aan verkopers zonder betrokkenheid van een platform. Fulfilmentdiensten worden verleend door traditionele grote logistieke partijen als Ceva en Muller Maersk, maar ook door nieuwe en kleinere spelers.⁴⁹ De definitie is ruim en snel toepasselijk. Het is niet volstrekt helder wat de normatieve rechtvaardiging is voor deze uitbreiding van aansprakelijkheid naar een in potentie grote groep logistieke dienstverleners, anders dan de consument een extra verhaalsmogelijkheid te bieden.⁵⁰ Zo is het maar de vraag of zij eenzelfde poortwachtersrol hebben als importeurs.⁵¹ Overigens is de vraag of een slachtoffer in de praktijk altijd de identiteit van de fulfilmentdienstverlener kan achterhalen.⁵² Deze onduidelijkheden over de rol

en positie van fulfilmentdienstverleners en het nut van de aansprakelijkheid roepen de vraag op, op welke empirische gegevens de Europese Commissie zich baseert (par. 4).

De distributeur is alleen aansprakelijk indien de identiteit van de fabrikant of een van de eerdergenoemde marktdeelnemers niet kan worden vastgesteld, en de distributeur niet binnen een maand na ontvangst van een verzoek van de eiser daartoe de identiteit van zijn voorschakel bekendmaakt.⁵³

Als een platform zelf producten verkoopt, kan het kwalificeren als importeur of distributeur. Verleent het fulfilmentdiensten, dan kan het ook uit dien hoofde aansprakelijk zijn. Wat nu als het platform zuiver de verkoop faciliteert door slechts producten van anderen online weer te geven? Artikel 7 lid 6 bepaalt dat lid 5 (aangaande de distributeur) mede van toepassing is op aanbieders van een onlineplatform dat consumenten in staat stelt overeenkomsten op afstand met handelaren te sluiten en die geen fabrikant, importeur of distributeur zijn, mits voldaan is aan de voorwaarden van artikel 6 lid 3 van de Verordening digitale diensten (lees: de DSA). Deze verwijzing naar artikel 6 lid 3 DSA betekent dat het platform aansprakelijk kan zijn onder het voorstel als het specifieke informatie toont of anderszins de betrokken specifieke transactie mogelijk maakt op een wijze die *een gemiddelde consument zou doen geloven dat de informatie of het (de) in de transactie aan de orde zijnd(e) product of dienst wordt verstrekt door het onlineplatform zelf* (hierna: categorie 1) dan wel *door een afnemer van de dienst die op gezag of onder toezicht van de dienaarhandelt* (hierna: categorie 2, zie ook art. 6 lid 2 DSA). Het platform is in dat geval aansprakelijk, indien het niet binnen een maand na een verzoek daartoe de identiteit van de verkoper mededeelt (overeenkomstig art. 7 lid 5 aangaande de distributeur). Deelt het platform de identiteit van Europese fulfilmentdienstverlener mee, dan is het platform bevrijd en gaat de fulfilmentdienstverlener voor; de rechtvaardiging daarvoor blijkt niet uit het voorstel.⁵⁴

In de praktijk presenteren onlineplatforms zich steeds meer als louter tussenpersonen. Zij dienen onder de nieuwe Verordening algemene productveiligheid externe verkopers en hun productveiligheidsinformatie expliciet te vermelden op hun websites en in hun verkoopportalen,⁵⁵ waardoor een beroep op categorie 1 voor de consument sowieso lastiger zal zijn. Volgens de considerans is de gedachte achter categorie 2 dat consumenten veronderstellen dat platforms *“kennis hebben van of toezicht houden op de informatie, ook al is dat*

45 Zie eerder Veldt 2023, IV.1 onder verwijzing naar art. 10 lid 16 Verordening (EU) 2017/745 (Medische Hulpmiddelen) als besproken in Veldt 2020, nr. 52. Vgl. Voor ‘operator liability’: Expert Group on Liability and New Technologies, Report on liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies 2019, par. 33; Resolution of the European Parliament of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL), P9_TA(2020)0276, recital 25 and art. 4(4). Zie kritisch over verplichte verzekering en AI; M. Faure & S. Li, ‘Artificial intelligence and (Compulsory) Insurance’, *JETL* 2022, p. 1-24.

46 Art. 7 lid 3 in verband met art. 4 sub 14 Voorstel. Zie ook Ch. Twigg-Flesner, ‘Guiding principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age’, *the European Law Institute* 2021 (hierna ‘ELI Guiding Principles 2021’): www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf, p. 7.

47 Art. 7 lid 3 Voorstel: “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 (...), pakketbezorgdiensten (...) of vrachtovervoerdiensten (...) in de zin van artikel 2, punt 1, van Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad 52; (...) in de zin van artikel 2, punt 2, van Verordening (EU) 2018/644 van het Europees Parlement en de Raad 53 en van andere postdiensten of vrachtovervoerdiensten.” Zie ook Verordening (EU) 2019/1020 (Markttoezichtverordening).

48 sell.amazon.nl/fulfilment-by-amazon en partnerplatform.bol.com/nl/diensten/logistiek-via-bol-com/. Zie ook ELI Guiding Principles 2021, p. 7. Eerder: Veldt 2023, par. IV.2.

49 Busch 2021, p. 14 en 21. Zie ook Verbruggen & Ulfbeck 2022, p. 978.

50 Zie voor een prachtig overzicht van alle normatieve rechtvaardigingen voor kwalitatieve aansprakelijkheid: B. Koch, ‘Grey Zone Between Fault and Strict Liability... and Where to Place AI’, in: S. Lohse, R. Schulze & D. Staudemayer, *Liability for AI. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2023, p. 28-39.

51 Zie eerder Veldt 2023, par. IV.2. Zie ook Borghetti 2023, p. 27.

52 Borghetti 2023, p. 25. Diens naam zou evenwel in de toekomst op de productinformatie moeten staan, art. 16 lid 1 en 3 Verordening (EU) 2023/988 (Verordening algemene productveiligheid), evt. m.b.v. een QR-code, zie overweging 23 en 46.

53 Art. 7 lid 5, sub a) en b) Voorstel.

54 Veldt 2023, par. IV.5.

55 Art. 22 lid 9 Verordening algemene productveiligheid.

in werkelijkheid misschien niet het geval".⁵⁶ De considerans noemt ook nog als voorbeeld van categorie 2, het geval dat het platform de prijs van de door de handelaar aangeboden goederen of diensten bepaalt.⁵⁷ Volgens de Duitse literatuur valt 'actief handelen' zoals onder de oude e-commerce richtlijn ook onder deze tweede categorie.⁵⁸ Het criterium 'gezag' of 'onder toezicht' handelen (categorie 2) blijft vaag. Is bijvoorbeeld voldoende dat het platform actief bij de verkopers om productfoto's, bewijs van de CE-markering en een verklaring van overeenstemming van het product vraagt of kan vragen en bij gebreke daarvan de verkoper kan weigeren?⁵⁹ Duidelijk is wel dat onlinemarktplaatsen – een species van onlineplatforms – op grond van de aankomende Verordening algemene productveiligheid vanaf 13 december 2024 verplicht zijn om hun webinterface aldus in te richten dat alle relevante details omtrent productveiligheid bij de verkopers worden uitgevraagd,⁶⁰ waardoor zij zelf makkelijk aan hun 'wegwijsplicht' in de zin van art. 7 lid 5 Voorstel kunnen voldoen en in dat geval sowieso niet aansprakelijk in de zin van het voorstel.

Gaat productaansprakelijkheid niet op, dan resteert voor het slachtoffer een beroep schuldaansprakelijkheid via het nationale recht wegens strijd met de wet of het ongeschreven recht. In dat verband is van belang dat recent de Verordening algemene productveiligheid is aangenomen, waarin de wettelijke verplichtingen voor onlinemarktplaatsen (een species van onlineplatforms) zijn aangescherpt.⁶¹ Kennis van een onveilig product op de site en daar niet tegen ingrijpen (zuiver nalaten) kan ook in strijd zijn met ongeschreven recht, mits het slachtoffer de aanwezigheid van deze kennis stelt en zo nodig bewijst.⁶² Voor aansprakelijkheid in beide gevallen is evenwel nodig dat de 'hostingsvrijstelling' niet opgaat (art. 6 lid 1 onder b DSA), bijvoorbeeld omdat het platform een onveilig product niet prompt offline haalt nadat het platform kennis of het besef heeft gekregen van de onveiligheid van het product op het

platform⁶³ of wanneer het platform niet passief, maar actief heeft gehandeld.⁶⁴ Hoewel onlinemarktplaatsen uit hoofde van het publiekrecht sneller moeten reageren op meldingen van autoriteiten, lijkt in deze nieuwe plichten geen harde monitoringsplicht te kunnen worden gelezen.⁶⁵ De aansprakelijkheid van het onlineplatform (cf. de tekst van het voorstel) c.q. de onlinemarktplaats (cf. de Verordening algemene productveiligheid) blijft dus vanwege deze kennis-eisen een schuldaansprakelijkheid met hoge bewijsrechtelijke drempels, waardoor de vraag rijst waarom niet voor striktere platformaansprakelijkheid in het voorstel is gekozen. Zeker bij directe import (par. 1); ook dan gaat het platform vrijuit indien het tijdig de niet-EU-verkoper mededeelt aan het slachtoffer.⁶⁶ Striktere aansprakelijkheid zou ook rechtseconomisch gerechtvaardigd zijn omdat zij de 'cheapest cost avoider' zijn en risicoaansprakelijkheid hen het optimale zorgniveau laat bepalen.⁶⁷

4. Belangrijkste onderzoeken en bevindingen in relatie tot het persoonlijke toepassingsbereik van de richtlijn

4.1 Introductie

In deze paragraaf worden de belangrijkste bevindingen besproken uit het empirische onderzoek van de Europese Commissie ten behoeve van evaluatie van de huidige richtlijn (par. 4.2) en de *impact assessment* van het voorstel (par. 4.3) ter onderbouwing van het persoonlijke toepassingsbereik. Hieruit volgt dat niet alle belangrijke stakeholders – zoals fulfilmentdienstverleners en mkb'ers – zijn bevestigd. Verdere kennisleemtes en suggesties voor onderzoek volgen in paragraaf 5.

4.2 Evaluatie

De eerste uitvoerige evaluatie van de richtlijn werd in 2016 gestart.⁶⁸ Het doel ervan was om te zien of het geldende recht aan zijn doel beantwoordt, en meer in het bijzonder of de richtlijn consistent is met ander EU-recht, geschikt is om een antwoord te bieden op technologische ontwikkelingen en of zij van meerwaarde is voor zowel bedrijven

56 Overweging considerans 24 DSA, vervolg: "Van een dergelijk gedrag kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een onlineplatform de identiteit van de handelaar niet duidelijk weergeeft zoals vereist door deze verordening, wanneer een onlineplatform die identiteit of contactgegevens van de handelaar achterhoudt tot na de sluiting van de tussen de handelaar en de consument gesloten overeenkomst, of wanneer een onlineplatform het product of de dienst in eigen naam in de handel brengt in plaats van de naam te gebruiken van de handelaar die dat product of die dienst zal leveren. In dat verband moet op objectieve wijze, op basis van alle relevante omstandigheden, worden vastgesteld of de weergave een gemiddelde consument kan doen geloven dat de betrokken informatie was verstrekt door het onlineplatform zelf of door handelaars die onder het gezag of toezicht van dat onlineplatform handelen."

57 Overweging 23 van de considerans van de DSA.

58 HvJ EU 22 juni 2021, C-682/18 (*Peterson/Google*); HvJ EU C-324/09 (*L'Oreal/Ebay*), r.o. 120; F. Hofmann & B. Raue, *Digital Services Act*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2023, art. 6 lid 2 DSA, rn. 117.

59 Vgl. art. 22 lid 6 Verordening algemene productveiligheid.

60 Art. 22 lid 9 Verordening algemene productveiligheid.

61 Art. 3 lid 14 Verordening algemene productveiligheid.

62 Vgl. naar Nederlands recht HR 22 november 1974, NJ 1975/149 (*Heddemaa/De Conink, Struikelende broodbezorger, Springtouw-arrest*) en, over de zorgplicht van de leverancier, Veldt (R&P 2020 CA022), nr. 402. Zie ook Jansen, *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.5.3.2.

63 Art. 6 lid 1 DSA; HvJ EU C-324/09 (*L'Oreal/Ebay*), r.o. 122: er mag van uit worden gegaan dat het onlineplatform bewust is in deze zin "indien een melding voldoende informatie bevat om een zorgvuldige aanbieder van hostingdiensten in staat te stellen zonder een gedetailleerd juridisch onderzoek vast te stellen dat het duidelijk is dat de inhoud illegaal is". Zie ook overweging 53 van de considerans van de DSA.

64 HvJ EU 22 juni 2021, C-682/18 (*Peterson/Google*); HvJ EU C-324/09 (*L'Oreal/Ebay*), r.o. 120.

65 De Verordening algemene productveiligheid lijkt aan te sluiten bij art. 7 DSA, dat bepaalt dat vrijwillige monitoring niet aan toepasselijkheid van de host-vrijstelling in de weg kan staan, zie o.a. art. 22 lid 6 Verordening algemene productveiligheid. Zie verder art. 22 lid 4 resp. lid 5 en lid 8 Verordening algemene productveiligheid.

66 Veldt 2023, par. IV; Feedback of the European Law Institute (ELI) on the European Commission's proposal for a Revised Product Liability Directive 2023: www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf, p. 18.

67 In tegenstelling tot de rechter bij schuldaansprakelijkheid.

68 SWD(2018)157; Evaluation of the directive 85/374/EEC on the liability for defective products consultation strategy, Ares(2016) 5572770, 27 september 2016.

als slachtoffers.⁶⁹ De Europese Commissie trachtte daarbij een combinatie van methoden toe te passen, beter bekend als triangulatie, zodat zo robuust mogelijke informatie kon worden verkregen. In 2016 en 2017 hield zij een openbare consultatie. Bovendien kreeg Ernst & Young in samenwerking met Technopolis en VVA de opdracht om onderzoek te doen naar de impact van de richtlijn over de periode 2000-2016 (hierna: de externe evaluatiestudie).⁷⁰

In deze externe evaluatiestudie is gebruikgemaakt van zowel bureauonderzoek naar literatuur en jurisprudentie als van gerichte onlinevragenlijsten, maar op deze vragenlijsten is zeer slecht gereageerd. Oorspronkelijk was het de bedoeling van de Europese Commissie om uitvoerig en representatief kwantitatief onderzoek te doen onder verschillende categorieën stakeholders, rekening houdende met geografische kenmerken en een goede afspiegeling in relatie tot de diverse productgroepen, maar dat is slechts beperkt gelukt. Op de *public consultation* hebben 113 stakeholders gereageerd (40 producenten, 48 consumenten(organisaties) en 23 autoriteiten/deelnemers uit het maatschappelijk veld uit 16 lidstaten). Verder zijn 14 *position papers* ingediend, door consumenten (1), brancheorganisaties (9) en autoriteiten/vertegenwoordigers uit het maatschappelijk veld (4). Op de onlinevragenlijsten die werden uitgezet onder 400 stakeholders kwamen maar 26 reacties (industrie 4, consumentenorganisaties 11, verzekeraars 0, autoriteiten en maatschappelijke organisaties 11 en deskundigen bij rechtbanken 0). Hierna is getracht om via *Computer Assisted Telephone Interviewing* (CATI) toch enigszins een beeld te vormen, waaraan 457 bedrijven hebben deelgenomen.⁷¹ Daarnaast zijn 61 interviews afgenomen met stakeholders met ervaring met de richtlijn (17 producenten, 11 consumenten, 9 verzekeraars, 24 autoriteiten en vertegenwoordigers uit het maatschappelijke veld).⁷²

Verder is een *product liability seminar* georganiseerd en een conferentie waar de voorlopige bevindingen in oktober 2017 werden gepresenteerd.⁷³ De eindresultaten van de evaluatie werden in 2018 gepubliceerd.⁷⁴

Voor wat betreft de analyse van de data is relevant dat eerder nooit zo'n grootschalige evaluatie is uitgevoerd, waardoor eerdere empirische data ontbreken. Hierdoor kunnen de huidige data niet worden vergeleken met data uit een voorgaande evaluatieperiode, laat staan dat de algehele effectiviteit en impact van de richtlijn kan worden beoordeeld.⁷⁵ Verder kon niet alle data van de gerechtelijke instanties en marktdeelnemers worden verkregen. Ook de *response rate* op de public consultation en de onlinevragenlijst was – zoals hiervoor is gebleken – relatief laag.⁷⁶ Een goede kosten-batenanalyse op basis van kwantitatieve data was volgens de Europese Commissie niet mogelijk; hiervoor is alleen een "*kwantitatieve analyse*" gebruikt.⁷⁷ Feitelijk zijn aan de hand van aannames inschattingen gemaakt van mogelijke kosten en baten.

Het externe rapport vermeldt dat het grootste gedeelte van de productaansprakelijkheidsclaims wordt geschikt, hetgeen is gebaseerd op de CATI interviews, waarin 53% (n=132) heeft geantwoord dat de meeste zaken buitengerechtelijk worden afgedaan. De Europese Commissie en het externe rapport noemen ook percentages over de manier waarop schikkingen tot stand komen.⁷⁸ Tegelijkertijd wordt opgemerkt dat over de schikkingen geen officiële cijfers beschikbaar zijn, waardoor onduidelijk is waar deze percentages exact op zijn gebaseerd.⁷⁹

De externe evaluatiestudie noemt een totaal van 798 rechtszaken over productaansprakelijkheid in de EU, maar men vermoedt dat het totale aantal zaken hoger ligt omdat ze niet allemaal worden geregistreerd in de databases.⁸⁰ In de wel geregistreerde rechtszaken wordt meestal de producent in rechte betrokken. Leveranciers of importeurs worden slechts in de helft van die gevallen in rechte betrokken, maar die getallen zeggen niet zo veel, nu de data incompleet lijken te zijn.⁸¹ Daardoor is het gegeven dat in 60% van de gepubliceerde zaken het slachtoffer wint ook weinig informatief.⁸² Uit de wel geregistreerde rechtszaken blijkt dat van de gevallen waarin de claim wordt afgewezen, dit in 53% van die zaken gebeurt vanwege gebrek van bewijs van gebrekkigheid of causaal verband. Omdat die rechtszaken alleen niet op hun verdere merites zijn geanalyseerd (bijv. bijbehorende dossiers) en we niet weten hoeveel en welke zaken de rechter halen, is onduidelijk of dat terecht of bezwaarlijk is.⁸³

69 COM(2018)46, p. 2; SWD(2018)157, p. 15 en 16. De evaluatie was onderdeel van het vijfde implementatierapport van de richtlijn.

70 EY, Technopolis Group, VVA, Evaluation of the Council Directive 85/374/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, Final report, January 2018: op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d4e3e1f5-526c-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en (Externe evaluatiestudie).

71 SWD(2018)157, p. 20.

72 Annex 2, bij SWD(2018)157, p. 65; Externe evaluatiestudie, p. 12-13.

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

74 COM(2018)246 - Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). 7 May 2018; SWD(2018)157 final - Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products; SWD(2018)158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report.

75 SWD(2018)157, p. 20 alsmede Annex 2, SWD(2018)157, p. 66-67.

76 SWD(2018)157, p. 17.

77 Annex 2, SWD(2018)157, p. 68; Externe evaluatiestudie, p. 15.

78 COM(2018)46, p. 5 en noot 13; SWD(2018), p. 12-14, namelijk 46% in directe onderhandelingen, 35% in rechte, 15% via ADR en 7% via een andere weg, zoals via de verzekeraars. Deze zouden zijn gebaseerd op gemiddelden over 28 lidstaten.

79 Extern Rapport, p. 18-19. Zie de noten voor antwoorden op de *public consultation* over deze topics.

80 COM(2018)46, p. 5, noot 14 en SWD(2018)157, p. 13 onder verwijzing naar de externe evaluatiestudie van EY e.a., alsmede p. 20 met nadere uitleg.

81 SWD(2018)157, p. 14.

82 SWD(2018)157, p. 14; Externe evaluatiestudie, p. 23.

83 SWD(2018)157, p. 27-28; Extern Rapport, p. 23.

Wat nog opvalt is dat het externe rapport meldt dat in 20% van de zaken werd gekozen voor toewijzing van de vordering op een andere grondslag dan productaansprakelijkheid, bijvoorbeeld een andere vorm van buitencontractuele aansprakelijkheid of een contract.⁸⁴ Een analyse waarom een andere rechtsgrond werd gebruikt, ontbreekt echter, waardoor de rol van productaansprakelijkheid naast het nationale recht onderbelicht blijft. Ook blijkt in slechts 3% (n=21) van de rechtszaken een gedaagde uit een andere lidstaat te komen, hetgeen ook niet kan worden verklaard. Het kan volgens de externe rapporteurs mogelijk wel een indicatie zijn dat marktdeelnemers van gedaagden buiten hun jurisdictie minder te vrezen hebben.⁸⁵ Voorts is nog relevant dat uit de *stakeholder consultation* zou volgen dat 31% niet zou zijn verzekerd, hetgeen voor de verhaalbaarheid van de schade relevant kan zijn, maar een verklaring waarom ze niet zijn verzekerd blijkt er niet uit.⁸⁶

Uit zowel de consultatie als het onderzoek en de conferentie volgde dat de industrie en verzekeraars menen dat de richtlijn aan haar doel beantwoordt, maar dat consumenten(organisaties) bij herhaling blijven wijzen op de bestaande drempels voor verhaal van schade, zoals de hoge drempels voor bewijs van gebrek en causaliteit,⁸⁷ de hoge kosten voor deskundigenberichten en het ontbreken van een recht op informatie dat kan helpen bij het bewijs van gebrekkigheid.⁸⁸ De Europese Commissie baseert de aanname dat het bewijs van deze vereisten onder omstandigheden aan consumentenbescherming in de weg kan staan, met name op het percentage van 53% van de geregistreerde zaken waarin de claim wordt afgewezen, samen met de stakeholder consultatie en het verdere academische debat. Deze drempels voor het bieden van compensatie via het aansprakelijkheidsrecht kunnen in theorie zowel aan het bieden van een prikkel tot het voorkomen van schade als aan gebruikersbescherming nadat schade is ingetreden in de weg staan.⁸⁹

Wat betreft de geschiktheid van de richtlijn voor nieuwe technologieën maakte het gebrek aan informatie over specifieke rechtszaken, klachten of relevante ervaringen van

stakeholders het onmogelijk hier iets over te zeggen.⁹⁰ Ook moest nader onderzoek worden gedaan naar de impact van veranderende productmarkten met meerdere, nieuwe actoren en mondiale handelsketens.⁹¹

4.3 Impact Assessment (IA)

Om een beter beeld te krijgen van de mogelijke problemen en de bevindingen uit de evaluatie te valideren heeft de Europese Commissie vervolgens een stakeholder consultation gehouden. Daartoe werd onder meer een externe partij gecontracteerd, namelijk *Center for Strategic Evaluation Services* (CSES) die heeft gerapporteerd (hierna: het externe IA-rapport).⁹² De stakeholder consultation bestond uit de volgende onderdelen. CSES heeft literatuuronderzoek gedaan en interviews gehouden met 80 relevante stakeholders. Daarnaast werd door de Europese Commissie feedback verzameld op de *inception impact assessment* van 30 juni t/m 28 juli 2021, waarop 34 reacties zijn ontvangen. In november 2021 heeft CSES een gerichte consultatie (*targeted consultation*) uitgevoerd via een vragenlijst, waarop 93 respondenten hebben gereageerd. Slechts 36 respondenten hebben de survey afgemaakt. Daarnaast is door de Europese Commissie een twaalf weken durende public consultation gehouden van oktober 2021 tot en met 11 januari 2022, waarop 291 reacties zijn gekomen en 65 *position papers* zijn ontvangen. Ten slotte zijn ook twee *stakeholder workshops* georganiseerd op 23 juni 2021 en 13 december 2021, waarin 60 vertegenwoordigers bij elkaar zijn gebracht, en een workshop met lidstaten op 1 februari 2022.⁹³

Eén belangrijke stakeholdercategorie kon niet worden opgenomen in de stakeholder consultation, namelijk fulfilmentdienstverleners. Dat is zeer ongelukkig, nu het juist een categorie is die in het voorstel wordt geconfronteerd met een aanzienlijke uitbreiding van aansprakelijkheid.⁹⁴

Tegelijkertijd blijkt uit de kosten-batenanalyse dat gezien de groei van e-commerce en de verwachte groei van fulfilmentdienstverlening dit potentieel een grote groep bedrijven zou kunnen treffen.⁹⁵ Als het gaat om onlineplatforms, dan noemt de kosten-batenanalyse dat naar schatting 50% van de consumentenaankopen via een platform loopt.⁹⁶ Het is in

84 Extern Rapport, p. 22.

85 Extern Rapport, p. 35-36.

86 Extern Rapport, p. 40 en noten.

87 COM(2018)46, p. 7; SWD(2018)158 - Stakeholder Consultation - Synopsis Report, p. 3.

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

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

90 COM(2018)46, p. 7 onder verwijzing naar slechts één Bulgaarse zaak waarin nieuwe technologie een issue vormde, no. 20942/2012. Vgl. SWD(2018)157, p. 34-35 en Annex 2, SWD(2018)157, p. 66 en 67.

91 COM(2018)46, p. 10. SWD(2018)157, p. 21 m.n. t.a.v. nieuwe technologieën. Andere onderwerpen die nader moesten worden onderzocht waren de impact van cybersecurity, het consumentenvertrouwen in het algemeen dat te lijden zou hebben gehad onder schandalen als *Dieselgate* en zou moeten worden hersteld door het (collectieve) verhaal voor consumenten makkelijker te maken, alsmede duurzaamheid.

92 Center for Strategy & Evaluation Services (CSES), Impact assessment study on the possible revision of the product liability Directive PLD 85/374/EEC - EEC - No. 887/PP/GRO/IMA/20/1133/11700, final report, June 2022 (hierna: externe IA-rapport). Annex 3 bevat de resultaten van de stakeholder consultation.

93 Externe IA-rapport, p. 15; Annex 2 over de stakeholder consultation bij SWD(2022)316, p. 64.

94 Annex 2, IA SWD(2022)316, p. 75; Externe IA-rapport, p. 15.

95 Zie voor cijfers Externe IA-rapport, p. 150, tabel 4.12.

96 Externe IA-rapport, p. 57.

dat verband bijzonder waarom de effecten van mogelijke platformaansprakelijkheid zo beperkt aan de orde komen. Het belangrijkste argument om aansprakelijkheid van de fulfilmentdienstverlener voor te laten gaan, lijkt het oogpunt van coherentie met productveiligheidsrecht te zijn.⁹⁷ Ook is een argument dat aansprakelijkheid van de fulfilmentdienstverlener niet vaak voorkomt, omdat het aanwijzen van een gemachtigde in het productveiligheidsrecht verplicht is,⁹⁸ maar onduidelijk is of die in de praktijk altijd aanwezig is (dit is niet nader onderzocht). Vooralsnog is het niet onder al het productveiligheidsrecht verplicht om je gemachtigde als niet-EU-producent in een openbaar register te registreren, zoals dat wel verplicht is onder bijvoorbeeld de Richtlijn voor afgedankte elektrische en elektronische apparatuur.⁹⁹ Registratie zou echter wel helpen bij de handhaving en om een beeld te krijgen wie allemaal als gemachtigde in de praktijk optreden. Zo is de vraag of bij gemachtigden in het productveiligheidsrecht vaak sprake is van *special purpose vehicles*, hetgeen bij medische hulpmiddelen wel schijnt voor te komen, nog niet door de Europese Commissie onderzocht.

De mogelijke stijging in verzekeringspremies voor fulfilmentdienstverleners kan niet met Europese gegevens worden onderbouwd en voor de overige effecten (meer preventie, maar hogere productprijzen) wordt wederom met aannames gewerkt.¹⁰⁰ Aangenomen wordt dat eventueel hogere verzekeringspremies door gemachtigden en fulfilmentdienstverleners zullen worden doorberekend in de prijs voor hun dienstverlening en dat de contracten met producenten in derde landen op nieuwe aansprakelijkheden zullen worden aangepast.¹⁰¹ Of eenzelfde effect in contracten in de praktijk al is opgetreden na introductie van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid via de Marktoezichtverordening, is evenmin empirisch onderzocht.

De feedback van mkb'ers op de stakeholder consultation was daarnaast beperkt, maar week – aldus de Europese Commissie – niet bijzonder af van de zienswijze van andere ondernemingen.¹⁰² Tegelijkertijd blijkt uit het externe IA-rapport dat wel opmerkingen zijn gemaakt over de beschikbaarheid van verzekeringen van mkb'ers tegen betaalbare premies en ook de vraag of diegenen die wel een verzekering hebben afdoende zijn verzekerd, hetgeen niet terugkomt in het Commissierapport.¹⁰³ Mkb'ers lijken eveneens van groot belang in relatie tot dit voorstel nu het erop lijkt dat met de opkomst van onlineplatforms en e-commerce, juist kleine ondernemingen steeds meer

gebruikmaken van onlineplatforms.¹⁰⁴ Nu zullen kleine verkopers die het product in de EU voor het eerst op de markt aanbieden al snel als importeur kwalificeren onder de huidige richtlijn, maar dan nog zou voor de hand hebben gelegen dat deze categorie goed zou zijn bevraagd. Bijvoorbeeld over de vraag of deze bedrijven zich überhaupt bewust zijn van productaansprakelijkheidsrisico's, of zij hiervoor zijn verzekerd en wat voor maatregelen zij nemen om te voorkomen dat de producten die zij inkopen geen schade veroorzaken.

Uit de publieke consultatie bleek dat 64% van alle respondenten (179 van de 280) het eens of sterk eens was met de stellingen dat de richtlijn consumentenbescherming dient te waarborgen indien gebrekkige producten schade veroorzaken en online zijn aangekocht en er geen producent of importeur in de EU gevestigd is. Daarbij wordt wel opgemerkt dat hoewel enige toelichting was verschaft op het onderwerp en het verdere juridische kader – onder andere over het DSA voorstel – de respondenten zich mogelijk niet volledig bewust waren van de strekking van de vraag vanwege de complexiteit van dit kader.¹⁰⁵ Daarentegen was er grotere verdeeldheid over de vraag of de richtlijn zou moeten worden aangepast om consumentenbescherming te waarborgen, indien schade is veroorzaakt door een defect product dat is aangeschaft via onlineplatforms, indien geen producent of importeur in de EU aanwezig is. 45% (n=126 van de 280) was het oneens of sterk oneens, 29% (n=81) was het hiermee eens.¹⁰⁶ Wat opvalt is dat niet een expliciet scenario of reguleringsoptie aan de respondenten is voorgelegd in de zin dat is aangegeven *op welke manier* de richtlijn zou kunnen of moeten worden aangepast om deze bescherming te bewerkstelligen.

De algemene conclusie uit de workshop met lidstaten was dat eventuele veranderingen in de aansprakelijke personen, met name met het oog op gemachtigden en fulfilmentdienstverleners, afgestemd zouden moeten worden op de Marktoezichtverordening en het Voorstel algemene productveiligheid, dat de basis vormde voor de recent aangenomen Verordening algemene productveiligheid.¹⁰⁷ Overigens bevat het externe IA-rapport nog een toelichting over de afgewezen opties om onlinemarktplaatsen onder gelijke voorwaarden als de distributeur of importeur aansprakelijk te maken, namelijk dat onlineplatforms stellen dat zij in veel gevallen slechts als bemiddelaar optreden en dus niet als verkoper kwalificeren. Andere redenen tegen uitbreiding van aansprakelijkheid worden daar niet genoemd.¹⁰⁸

97 Zie bijv. Externe IA-rapport, p. 106, tabel 3.1 en noten 264 en 265, p. 142, tabel 4.9.

98 Externe IA-rapport, p. 151.

99 Art. 16 Richtlijn 2012/19/EU (afgedankte elektrische en elektronische apparatuur).

100 Externe IA-rapport, p. 152.

101 Externe IA-rapport, p. 304.

102 Zie Annex 2 bij SWD(2022)316 final, p. 63. Het ging om 13 mkb'ers en twee mkb-organisaties.

103 Externe IA-rapport, p. 300.

104 Zie voor Nederland in ieder geval:

www.cbs.nl/nl-nl/longread/rapportages/2022/monitor-online-platformen-2021?onepage=true#c-7--Verkoop-van-bedrijven-via-online-platformen.

105 IA, SWD(2022)136, p. 68 en noot 267.

106 IA, SWD(2022)136, p. 68.

107 IA, SWD(2022)136, p. 64 ; Verordening (EU) 2023/988 (algemene productveiligheid).

108 Extern IA-rapport, p. 424.

5. Belangrijke beperkingen van het huidige en suggesties voor verder onderzoek

5.1 Introductie

In deze paragraaf licht ik nog een aantal belangrijke beperkingen van het empirische onderzoek naar productaansprakelijkheid uit en bespreek ik welke lessen uit de bestaande kennis en de leemtes daarin zijn te trekken, niet alleen voor het voorstel zelf, maar ook voor eventueel vervolgonderzoek.

5.2 Onduidelijkheid totale aantal incidenten, claims en rechtszaken

Uit het voorgaande volgt dat de primaire aanname is dat consumenten te vaak met lege handen staan en dat die positie is verslechterd door internethandel. Dat roept de vraag op in hoeverre consumenten nu al met lege handen staan en of de kans daarop daadwerkelijk is vergroot door internethandel. Een belangrijke lacune in het verrichte onderzoek is het gebrek aan cijfers over het aantal veiligheidsincidenten met producten, laat staan dat er inzicht is in de vraag van hoeveel incidenten de oorzaak daadwerkelijk lag in een gebrekkig product.¹⁰⁹ Er zijn aanwijzingen dat veel onveilige producten de markt bereiken (zie par. 1), maar hoeveel producten daadwerkelijk schade veroorzaken is niet bekend.¹¹⁰ Voorts is er geen helderheid over het exacte aantal schikkingen dat is getroffen bij productaansprakelijkheidsclaims, nu deze vaak vertrouwelijk zijn.¹¹¹ Denk bijvoorbeeld aan de voor Nederland gebruikelijke praktijk om letselschadegevallen af te doen via de benoeming van letselschade-experts, waarna een slachtoffer veelal voor geheimhouding dient te tekenen. Dat er geen exacte duidelijkheid is over het aantal claims, is problematisch omdat daardoor geen goed beeld kan worden verkregen over de grootte van het probleem – het aantal onveilige producten op de interne markt, de mogelijke schade bij personen als gevolg daarvan – en de daadwerkelijke uitwerking van de huidige richtlijn productaansprakelijkheid in relatie tot dat probleem, voor wat betreft zowel het verhaal van schade als de verdere effecten.¹¹² Onduidelijk is of consumenten in de juiste gevallen worden gecompenseerd, worden ondergecompenseerd, of dat sprake is van overcompensatie (bijv. wanneer

ongefundeerde claims toch deels buitengerechtelijk worden uitbetaald uit vrees voor reputatieschade).¹¹³ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de *Regulatory Scrutiny Board* in haar opinie over de impact assessment weliswaar positief heeft geoordeeld, maar kritiek heeft geuit, onder andere nu de impact assessment report niet voldoende helder is over de grootte van het probleem en hoe het is geëvolueerd. Volgens de *Regulatory Scrutiny Board* is het rapport onvoldoende helder over de aannames over het *base line scenario*, dat wil zeggen; de nulmeting en de vraag hoe het probleem zich zou ontwikkelen als in het geheel niet zou worden ingegrepen.¹¹⁴

Ook is onduidelijk of in de praktijk met name de producent, de importeur en/of – naar verwachting in een enkel geval – de leverancier wordt aangesproken. De sleutel tot een deel van deze data ligt bij de verzekeringsbranche, hoewel verschillende verhalen de ronde gaan over hoeveel gegevens de verzekeringsbranche nu daadwerkelijk registreert en deelt met beleidsmakers. Er bestaan geen cijfers die een betrouwbare indicatie geven over hoe lastig het thans is om compensatie te verkrijgen van partijen buiten de EU of van partijen die thans niet onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen.¹¹⁵ Doordat deze informatie ontbreekt, kan ook geen inschatting worden gegeven van wat de mogelijke impact zal zijn van eventuele toekomstige ontwikkelingen in de markt voor diverse productgroepen en de uitbreidingen van aansprakelijkheden.

Er is wel enige inzage in het totale aantal rechtszaken, maar zelfs die registratie is onvolledig. Het voorstel voorziet in een bepaling die het mogelijk maakt een register in het leven te roepen waarbinnen nationale rechtspraak over productaansprakelijkheid op Europees niveau worden geregistreerd (art. 15), hetgeen nuttig is voor doctrinair en rechtsvergelijkend onderzoek. Dat zou bijvoorbeeld makkelijker inzicht kunnen geven in welke bewijsverlichtende mechanismen door rechters worden toegepast, en in welke gevallen, hetgeen ook voor de rechtspraak bruikbaar is. Tegelijkertijd zal dit geen betere data geven over de daadwerkelijke hoeveelheid incidenten, de daaropvolgende buitengerechtelijke claims bij partijen, de vraag wie in de praktijk als eerste worden aangesproken en de hoogte van de uitbetaalde vergoedingen. De Europese Commissie heeft er niet voor gekozen om verzekeraars bijvoorbeeld via wetgeving te

109 IA, SWD(2022)136 p. 10 onder verwijzing naar O. Geiss, S. Kephelopous, T. Champarino & J. Barrero-Moreno, 'Injury and accident data collection efforts in Europe in support of consumer product safety policy', *Injury Prevention* 2016, afl. 22, Suppl. 2, A127 en recent over de mogelijkheden tot het verbeteren van de bruikbaarheid van productongevalregistratie-data: A. Radovnikovic, O. Geiss, S. Kephelopoulos, V. Reina, J. Barrero, S. Dalla Costa, M. Verile & E. Mantica, 'Assessment of the opportunities for increasing the availability of EU data on consumer product-related injuries', *Injury Prevention* 2021, afl. 27, p. 172-183, alsmede Annex 4 bij de IA.

110 IA, SWD(2022)136, Annex 4, p. 80. Zie voor grove, doch onnauwkeurige en niet-wetenschappelijke schattingen, Borghetti 2023, p. 12-16 ("no scientific bases", p. 17).

111 SWD(2018)157 p. 20.

112 Zie ook de opmerking van de *Regulatory Scrutiny Board* in reactie op de Impact Assessment ter onderbouwing van hun oordeel over de IA luidende "positive, with reservations", European Commission, *Regulatory Scrutiny Board Opinion*, Product Liability Directive, 8.4.2022, SEC(2022) 343: "1. The report is not sufficiently clear about the size and evolution of the problem. (...)".

113 Vgl. J.G. van Erp, 'Shaming and compliance', in: B. van Rooij & D. Sokol, *Handbook of Compliance*, CUP: Cambridge 2021, p. 444 e.v.

114 SEC(2022)343, *Regulatory Scrutiny Board Opinion*, Product Liability Directive, 8.4.2022, p. 1 (hierna: SEC(2022)343). Dat is een veel voorkomende kritiek t.a.v. IAs: Listori 2020, p. 1565. Zie anders Borghetti 2023, p. 17 en 19. Hij meent dat het gebrek aan rechtszaken – ook al is het overzicht incompleet – en het gebrek aan 'cross border cases' toch een duidelijk teken is van een zeer beperkte impact van de richtlijn op consumentenbescherming en een teken van ineffectiviteit. Hij pleit op grond daarvan voor uitbreiding van aansprakelijkheid van de leverancier. Ik vind dat een te voorbarige conclusie op basis van incomplete cijfers en vraag me sterk af of dat zal leiden tot meer succesvolle claims van consumenten. Dat laat overigens onverlet dat er meer normatieve rechtvaardigingen kunnen zijn voor uitbreiding.

115 Externe IA-rapport, p. 57 resp. 58-59.

dwingen om hierin meer inzage te geven, terwijl zij via andere instrumenten wel aan meer dataverzameling doet. Denk aan artikel 25 lid 6 Markttoezichtverordening, dat lidstaten verplicht inzage te geven in het productveiligheidstoezicht of artikel 40 DSA, dat het mogelijk maakt om zeer grote onlineplatforms te bewegen tot het verstrekken van data voor onderzoek. Dat laatste kan ook een beter beeld geven over wie er verkopen via platforms. Zonder verdere data blijft onduidelijk wat het exacte probleem is waar het voorstel een oplossing voor moet bieden.

5.3 Perceptieonderzoek en inhoud ervan

Wat verder opvalt is dat de Europese Commissie, naast literatuur en jurisprudentieonderzoek, veel gebruikmaakt van perceptieonderzoek; het bevragen van marktdeelnemers, consumenten(organisaties) en andere stakeholders. Dat gaat vaak via *calls* op de website van de Europese Commissie, hetgeen sowieso geen representatieve steekproef kan vormen en het risico in zich heeft dat alleen partijen die Brussel en het voorbereidingsproces van wetgeving goed kennen zich melden, waardoor een eenzijdig beeld kan worden verkregen. Tegelijkertijd is het begrijpelijk nu het vinden van willekeurige respondenten binnen deze doelgroep zeer veel tijd kost. Het beperkte aantal respondenten in de voorfase is bovendien problematisch omdat met name de eerdere studies richtinggevend zijn voor het vormgeven van diverse beleidsopties, die vervolgens aan respondenten in het vervolgonderzoek (zoals de public consultation bij de IA) worden voorgelegd.¹¹⁶ De kans is daardoor aanzienlijk dat als respondenten die groot belang hebben bij bepaalde uitkomsten in een vroeg stadium juist wel reageren, en deze uitkomsten vervolgens vormend zijn voor het vervolgonderzoek. Onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek onder grotere groepen respondenten is in dat verband belangrijk.¹¹⁷

Als de Europese Commissie gebruikmaakt van perceptieonderzoek in de vorm van surveys, dan is opvallend om te zien dat veel van de vragen zien op de wetgeving in haar geheel. In het vervolgonderzoek (IA) vraagt men naar onderliggende deelonderwerpen, maar niet naar concrete reguleringsopties. Een stelling als *“The Product Liability Directive needs to be adapted to ensure consumer protection if damage is caused by defective products bought through online market places where there is no EU-based producer or importer”* is onvoldoende specifiek en een antwoord is weinig informatief voor de wetgever.¹¹⁸ Die vragen zouden specifiekere kunnen om het draagvlak voor diverse concrete

reguleringsopties te peilen.¹¹⁹ Echter, mijns inziens is het vanuit juridisch privaatrechtelijk perspectief veel interessanter om aanvullend, meer wetenschappelijk perceptieonderzoek te gebruiken om een beter beeld te krijgen van de concrete rol, hoedanigheden, capaciteiten en contractuele relaties tussen nieuwe marktdeelnemers in online markten zoals fulfilmentdienstverleners, onlineplatforms en onlineverkopers, hun kennis van hun wettelijke verplichtingen en perspectief op hun rol en de onderlinge machtsverhoudingen. Achten fulfilmentdienstverleners zich bijvoorbeeld in staat om kwaliteitseisen over de producten die zij opslaan door te bedingen (net zoals dat wordt aangenomen voor importeurs)? Wat voor andere maatregelen kunnen zij nemen om productveiligheid van door hen opgeslagen producten te waarborgen?¹²⁰ Dat zou een beter beeld geven of in welke mate normatieve rechtvaardigingen voor productaansprakelijkheid overeenstemmen met de werkelijkheid, waardoor keuzes in de rangorde en mate van aansprakelijkheid beter kunnen worden onderbouwd. Het zou ook een beeld geven over de eventuele effecten van aansprakelijkheid (zie par. 5.4 hierna).

Ook ontbreekt ander kwantitatief, meer economisch marktonderzoek op basis van andere data, bijvoorbeeld voor het concretiseren van mogelijke kosten en baten, het staven van onderliggende aannames en beoordelen van de concrete gevolgen van de huidige richtlijn op markten, dat minder ziet op percepties en dus een completer beeld kan opleveren.¹²¹ Beter inzicht in de aantallen transacties op grote platforms, het aantal claims bij verzekeraars (zie par. 5.2) en de hoogte en wijze van berekening van de premies voor verzekeringen, helpt bij het maken van een inschatting van wat de impact is van bijvoorbeeld een verzwarende van de aansprakelijkheid van platforms op de productprijzen. De aanname is dat deze kosten door het platform via de dienstprijzen aan verkopers worden doorberekend. Dat het voorstel daarnaast noodzakelijk is voor het waarborgen van een *level playing field* in de EU is een aanname uit de literatuur en visie van de industrie,¹²² die – voor zover ik kan beoordelen op basis van de beschikbare stukken – nog niet op juistheid is onderzocht.¹²³

5.4 De impact van huidige richtlijn op preventie

Wat voorts spijtig is, is dat ook onderzoek ontbreekt over wat de impact is van het bestaan van de huidige richtlijn (generieke preventie), alsmede concrete productaansprakelijkheidsclaims (specifieke preventie) in reguliere handelsketens. Onduidelijk is in hoeverre importeurs nu al

116 Zie in het algemeen Listori e.a. 2020, p. 1564 die meerdere auteurs aanhalen die wijzen op het risico van politisering van het evaluatie en *impact assessment* proces.

117 Het gebruik van consultants wordt in de wetenschap bekritiseerd vanwege onafhankelijkheid en het verlies van *inhouse expertise* bij de Europese Commissie, Listorti e.a. 2020, p. 1565.

118 Externe IA-rapport, p. 440.

119 *Evidence based policymaking* heeft vaak meerdere doelen en kwaliteitsspecten; bijv. onderzoeken van “social validity, behavioural insights and legal validity”, P. Purnhagen & P.H. Feindt, ‘Better Regulatory Impact Assessment. Making Behavioural Insights Work for the Commission’s New Better Regulation Strategy’, *EJRR* 2015/3.

120 In dat verband heeft ondergetekende reeds een interviewstudie gedaan waarvan de resultaten nog zullen worden gepubliceerd.

121 Zie ook de kritiek op kosten-batenanalyses in het algemeen: Listori 2020, p. 1565; Purnhagen & Feindt 2015.

122 SWD(2018)157, p. 21.

123 Zie stelliger, nl. dat het niet nodig is voor een *level playing field*, Borghetti 2023, p. 9.

risico's afdekken in bijvoorbeeld hun contracten en wat de concrete verzekeringsdekking behelst. Onduidelijk is ook of importeurs zich van het productaansprakelijkheidsrisico bewust zijn (de public consultation bij de evaluatie lijkt dit te suggereren, maar heeft te weinig respondenten), hoe hoog ze dit risico (lees: de 'pakkans') inschatten en wat bijvoorbeeld importeurs concreet doen om risico's op claims te beperken. Uit meer criminologisch onderzoek weten we immers dat de perceptie van een hoge pakkans wel enig effect op gedrag kan hebben. Van Rooij en Brownlee wijzen erop dat empirisch onderzoek naar de juridische kennis van normadressaten – die meestal beperkt lijkt te zijn – en hun percepties dus cruciaal is voor onderzoek naar de effecten van aansprakelijkheid.¹²⁴

Nu platforms in veel gevallen een vrijstelling genieten zal dat naar verwachting niet bijdragen aan gedragsverbetering aangaande veiligheid. Sterker nog: platforms hebben er baat bij om in zalige onwetendheid te blijven verkeren en geen 'gezag' (art. 6 lid 3 jo. lid 2 DSA) uit te oefenen om van de vrijstelling te kunnen blijven genieten (par. 3). Meer onderzoek naar platform websites, interfaces en bevraging van partijen die gebruikmaken van deze platformen, kan een beter beeld geven van de hoedanigheid en capaciteit van platformen in relatie tot de veiligheid van producten (vgl. par. 2 over de aannames over de invloed van de importeur). Hoe meer invloed in de transacties en qua monitoring in de praktijk mogelijk is, hoe meer dat in normatieve zin een verzwaring van platformaansprakelijkheid rechtvaardigt.¹²⁵

Ook de beperkte bevraging van mkb'ers in de impact assessment fase is problematisch, en ook hier is de Regulatory Scrutiny Board kritisch. Volgens deze zou de impact assessment in ieder geval duidelijk moeten maken wat de kosten voor het bedrijfsleven zijn en hoe de kwantitatieve ramingen zijn berekend. De kosten voor bedrijven zonder aansprakelijkheidsverzekering kunnen niet worden geraamd door gebrek aan data, waardoor de impact van het voorstel op bedrijven onduidelijk is. Ook zou het effect op mkb'ers en de mate waarin zij zouden kunnen worden geconfronteerd met directe compensatiekosten, vanwege het ontbreken van een verzekering, volgens de Regulatory Scrutiny Board

uitgebreider moeten worden geanalyseerd.¹²⁶ Ook hier zou meer inzage in data van de verzekeringsbranche een goede eerste stap zijn (par. 5.2).

De beleidsstukken zeggen niets over de rol van verzekeringen in relatie tot preventie – namelijk als factor die aan preventie in de weg staat (par. 2) en/of als factor die preventie bevordert omdat verzekeraars mogelijk aansturen op beter kwaliteitsmanagement, door in dat geval korting te geven op de premie.¹²⁷ Wel is verzekeraarbaarheid in relatie tot het voorkomen van een stijging in productkosten (zie hierna) voor de wetgever een aandachtspunt.

5.5 Verhouding tot de reguliere onrechtmatige daad en het productveiligheidsrecht

Een vergelijkbaar probleem dat onderzoek naar de daadwerkelijke impact van de richtlijn bemoeilijkt, is dat deze van toepassing is in aanvulling op het reguliere nationale aansprakelijkheidsrecht, waardoor de toegevoegde waarde van deze kwalitatieve aansprakelijkheid lastig te kwantificeren is.¹²⁸ Fulfilmentdienstverleners en onlineplatforms kunnen op dit moment al aansprakelijk worden gehouden op grond van het reguliere onrechtmatigedaadsrecht wegens schending van een wettelijke plicht of het ongeschreven recht (par. 3), en voor de traditionele actoren zijn beide regimes al simultaan van toepassing. In deze natuurlijke setting zijn verschillende aansprakelijkheidsregimes – schuld of kwalitatief – lastig te isoleren waardoor je geen causaal verband kunt meten tussen de mogelijke effecten van elk afzonderlijk regime. In vergelijkbare zin is onduidelijk wat de impact en effecten zijn van productveiligheidsrecht enerzijds en productaansprakelijkheidsrecht anderzijds. Zo is volgens de Regulatory Scrutiny Board bijvoorbeeld onvoldoende helder in hoeverre het aantal productaansprakelijkheidsclaims misschien al deels zou afnemen door recente aanpassingen in het productveiligheidsrecht, en welk gedeelte van het probleem dan nog resteert waar productaansprakelijkheid een antwoord op moet bieden.¹²⁹ De Europese wetgever draait aan verschillende knoppen tegelijkertijd, waardoor niet altijd duidelijk is welk reguleringskader of welke beleidsmaatregel welk effect heeft.¹³⁰

Ook helpt het niet dat de evaluatie van de Markttoezichtsverordening die in 2021 in werking is getreden en waarop de uitbreiding van het personele toepassingsbereik tot fulfilmentdienstverleners is gebaseerd, nog moet plaatsvinden. Zo'n evaluatie kan – mits goed uitgevoerd – zeer nuttige informatie geven over welke gevolgen

124 Van Rooij & Brownlee 2021, p. 321. Vgl. ook S.N.P. Wiznitzer, *Defensieve dokters: Een juridisch-empirisch onderzoek naar de invloed van het medisch aansprakelijkheidsrecht op het professionele handelen van artsen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 280 waaruit blijkt dat kennis van artsen over o.a. het aansprakelijkheidsrecht beperkt is.

125 Zie ook de bijdrage van P.W.J. Verbruggen, 'Theoretische rechtvaardigingen voor het personele toepassingsbereik van het voorstel voor een nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid', *NTBR* 2023/40, afl. 9. Vgl. in de *V.S. Loomis v. Amazon.com LLC*, 2021 WL 1608878 (Cal. App. Ct. April 26, 2021), p. 18-20 met argumenten voor risicoaansprakelijkheid van platformen: "(1) the defendant received a direct financial benefit from its activities and from the sale of the product; (2) the defendant's role was integral to the business enterprise such that the defendant's conduct was a necessary factor in bringing the product to the initial consumer market; and (3) the defendant had control over, or a substantial ability to influence, the manufacturing or distribution process." Met name dat laatste argument – dat opging vanwege invloed op de prijzen – was doorslaggevend om risicoaansprakelijkheid aan te nemen voor Amazon.

126 SEC(2022)343, p. 3, onder 5 en 6.

127 Vgl. Havinga 2010, p. 19-23.

128 SWD(2022)316, p. 12.

129 SEC(2022)343, p. 2.

130 European Commission, Regulatory Scrutiny Board Opinion, Product Liability Directive, 8.4.2022, SEC(2022) 343: "(...) It is also not clear about the baseline assumptions regarding the reduction of product liability cases resulting from the recent revisions of the product safety rules, as well as the robustness and relevance of the extrapolated baseline estimates. 2. The report does not present the net impact of the preferred option. The distributional analysis of the impacts on the different stakeholder groups, including SMEs is incomplete."

de publiekrechtelijke uitbreiding van verantwoordelijkheid, toezicht en sanctionering heeft gehad. Wordt de bepaling door nationale toezichthouders nu gebruikt? Zo ja, wat zien zij gebeuren in de praktijk? Is het personele toepassingsbereik (normadressaat c.q. daderschap) passend voor wat men ziet in de markt? Dat is extra relevant nu de empirische gegevens waarop de uitbreiding onder de Markttoezichtsverordening is gebaseerd ook mager zijn. De fulfilmentdienstverlener was niet als aparte normadressaat voorzien in het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie in 2017.¹³¹ De fulfilmentdienstverlener is in de Markttoezichtsverordening gekomen op voorstel van de Raad in 2019, maar verdere onderbouwing ervan lijkt te ontbreken.¹³² De evaluatie van de Markttoezichtverordening kan nuttige informatie opleveren die relevant kan zijn voor de vormgeving van productaansprakelijkheid. Daarmee wil ik niet zeggen dat nu met aanpassing van de Richtlijn productaansprakelijkheid gewacht zou moeten worden tot 2026 (de datum van de eerdergenoemde evaluatie), maar gezien de overige beperkingen van voornoemd onderzoek is de empirische basis voor uitbreiding nu wel erg mager.

Indien men het idee van preventie meer los zou laten en zou focussen op het primaire doel van compensatie, dan behoren (zoals al lange tijd wordt betoogd) alternatieven, zoals *first* en *third party* verzekeringen of schadefondsen, tot de mogelijkheden. Deze opties zijn niet afdoende onderzocht.¹³³

6. Conclusie

Het voorgaande laat zien dat op het empirische onderzoek dat aan het personele toepassingsbereik van het voorstel ten grondslag ligt het nodige valt af te dingen. Als gezegd lijken veel keuzes over de inhoud van de richtlijn die zien op het vergroten van de verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers bij e-commerce ingegeven door enerzijds coherentieargumenten en anderzijds aannames over de werking van de markt die niet afdoende empirisch zijn onderzocht.¹³⁴ De aansprakelijkheid van de gemachtigde lijkt gunstig voor het slachtoffer, maar is niet deugdelijk onderzocht en lijkt niet te moeten worden overschat. Hoewel het volgens de meeste productveiligheidswetten verplicht is om een gemachtigde aan te stellen als er geen andere marktdeelnemer beschikbaar is in de Unie, kan het in de praktijk voorkomen dat er een ontbreekt. Dat kan het gevolg zijn van onvoldoende

handhaving van productveiligheidswetgeving, maar het productaansprakelijkheidsrecht vormt gezien het voorgaande slechts een beperkt vangnet als die gemachtigde ontbreekt. Daarnaast bevat het voorstel geen verplichting om te zorgen voor voldoende financiële dekking of om aansprakelijkheidsrisico's te verzekeren. Dat zou kunnen betekenen dat zelfs als er een gemachtigde beschikbaar is, een slachtoffer zonder verhaalsmogelijkheden achterblijft, bijvoorbeeld bij faillissement of als de gemachtigde een *special purpose vehicle* is. De optie van verplichte third en/of first party verzekeringen is evenmin goed onderzocht.

Bovendien is directe import een gangbare praktijk geworden. Directe import, via onlineplatforms of webshops, stelt consumenten in staat om buiten de EU direct een product online te kopen en het product via de post te laten bezorgen. Als producten van buiten de EU worden verzonden, is er vaak geen marktpartij in de Unie. De consument is dan zelf de importeur en er is geen andere partij in de EU die op grond van het voorstel aansprakelijk zou zijn. Verdergaande aansprakelijkheid van onlineplatforms is in dat verband onvoldoende onderzocht, terwijl daarvoor wel diverse normatieve rechtvaardigingen bestaan.

Een deel van de beperkingen qua empirische gegevens, bijvoorbeeld ten aanzien van concrete data over de hoeveelheid onveilige producten op de markt, zullen maar in beperkte mate te ondervangen zijn, maar betere toegang tot data van de verzekeringsbranche en platforms, onafhankelijk wetenschappelijk perceptieonderzoek onder marktdeelnemers en deugdelijker aanvullend marktonderzoek, kunnen een beter inzicht geven in de vraag of de juridische aannames die aan productaansprakelijkheid ten grondslag liggen juist zijn, en zo bijdragen aan betere wetgeving. Hier ligt naast een taak voor de wetgever, ook een taak voor de wetenschap. Ik hoop daar de komende jaren met eigen empirisch-juridisch onderzoek mede aan bij te kunnen dragen.

¹³¹ COM(2017)795 final.

¹³² Zie voor de volledige procedure: eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:32019R1020. Het eerste document waarin de uitbreiding is voorzien is: ST 8438 2019 INIT, Council of European Union, Inter-institutional File 2017/0353(COD), Brussel, 30 april 2019. Later hebben Bulgarije, Luxemburg, Slowakije en het V.K. hun steun onthouden aan een herzien artikel 4, 9429/19 ADD 1, Council of the European Union, Brussels, 29 May 2019, Interinstitutional File: 2017/0353(COD).

¹³³ H. Heiss, 'Liability for Artificial Intelligence (AI): Sollutions Provided by Insurance Law', in: S. Lohsse, R. Schulze & D. Staudemayer, *Liability for AI. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2023, p. 253 e.v.; ELI Guiding Principles 2021, nr. 3. Vgl. de discussie in de V.S. over *enterprise liability*, Goldberg 2003, p. 539.

¹³⁴ IA, SWD(2022)316, p. 18.