



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2023). Buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2023(9), 388-398. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725161>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725161>

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

Buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen

NTBR 2023/42

Als AI-systemen schade veroorzaken, lopen producenten daarvan het risico daarvoor buitencontractueel aansprakelijk te worden gesteld. De Europese Commissie presenteerde drie voorstellen die van invloed zijn op die aansprakelijkheid: een voorstel voor een aangepaste productaansprakelijkheidsrichtlijn, een voorstel voor een AI-aansprakelijkheidsrichtlijn en een voorstel voor een AI-verordening. In deze bijdrage wordt de invloed van die voorstellen op de buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent besproken. Ook wordt de verhouding van die voorstellen ten opzichte van elkaar, contractenrechtelijke richtlijnen en gebruikersaansprakelijkheid beoordeeld. Tot slot worden de meest voor de hand liggende Europeesrechtelijke aansprakelijkheidsgrondslagen in kaart gebracht.

1. Inleiding

De Europese Commissie (EC) presenteerde de afgelopen drie jaar drie voorstellen die betrekking hebben op de veiligheid van en aansprakelijkheid voor AI.² Het gaat om de volgende voorstellen. Ten eerste het voorstel voor een aangepaste productaansprakelijkheidsrichtlijn³ ('PAR EC') ten aanzien waarvan de Raad amendementen heeft voorgesteld⁴ ('PAR R'). Ten tweede het voorstel voor een richtlijn met betrekking tot niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid voor AI⁵ ('AIR'). Ten derde, het voorstel voor een AI-Verordening⁶ ('AIV EC'), ten aanzien waarvan amendementen zijn voorgesteld door de Raad⁷ ('AIV R') en het Europees

Parlement (EP)⁸ ('AIV EP').⁹ In deze bijdrage zal ik deze voorstellen bespreken voor zover relevant voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen. Omwille van de overzichtelijkheid, omvang en leesbaarheid van deze bijdrage zal ik me bij de bespreking van deze voorstellen beperken tot de in mijn ogen belangrijkste aspecten. Ook zal ik ervan uitgaan dat er maar één partij is die het AI-systeem en alle componenten ontwikkelt, dat die partij over de broncode beschikt waarmee hij de software van het AI-systeem kan wijzigen of er iets aan kan toevoegen, dat die partij het systeem zelf in de EU op de markt brengt en dat die partij in de EU is gevestigd. Die partij zal ik met 'producent' aanduiden.¹⁰

Aangezien het niet voldoen aan verplichtingen uit de AIV invloed heeft op de PAR en AIR, bespreek ik als eerste de AIV (paragraaf 2¹¹) en daarna de PAR (paragraaf 3) en AIR (paragraaf 4). Vervolgens besteed ik bij wijze van intermezzo aandacht aan de in de PAR en AIR stiefmoederlijk behandelde gebruikersaansprakelijkheid (paragraaf 5). Ik sluit af met een conclusie waarin een spoorboekje is verwerkt voor de toepassing van deze voorstellen (paragraaf 6). Het doel van deze bijdrage is de verschillende voorstellen te analyseren, op hun betekenis en consistentie ten opzichte van elkaar, contractenrechtelijke richtlijnen en gebruikersaansprakelijkheid te beoordelen, en de meest voor de hand liggende Europeesrechtelijke aansprakelijkheidsgrondslagen in kaart te brengen.

2. AI-Verordening (AIV)

2.1 Doel en invloed op privaatrecht

De AIV is een publiekrechtelijke productveiligheidsverordening die er o.a. voor moet zorgen dat als AI-systemen met

1 Citeerwijze: T.J. de Graaf, 'Buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen', *NTBR* 2023/42, afl. 9. Prof. mr. T.J. (Tycho) de Graaf is als hoogleraar technologie en privaatrecht verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. Het onderzoek is gefinancierd door middel van het SAILS (Society Artificial Intelligence and Life Sciences) project van de Universiteit Leiden.

2 Zie voor een tijdslijn van relevante persberichten, rapporten, wetgevingsvoorstellen etc. digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence.

3 COM(2022)495 final, 28 september 2022, eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52022PC0495.

4 10694/23, 15 juni 2023, www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/06/14/the-council-adopts-its-negotiating-mandate-for-a-new-eu-law-on-liability-for-defective-products/.

5 COM(2022)496 final, 28 september 2022, eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52022PC0496.

6 COM(2021)206 final, 21 april 2021, eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206.

7 14954/22, 6 december 2022, www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/.

8 P9_TA(2023)0236, 14 juni 2023, www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_NL.html.

9 Op dit moment staan trialogen gepland in de hoop in november 2023 overeenstemming te bereiken, zie www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/ai-act-enters-final-phase-of-eu-legislative-process/.

10 Die partij wordt in de AIV en AIR 'aanbieder' genoemd, en in de PAR 'fabrikant'. Zie voor de verschillende soorten marktdeelnemers die aangesproken kunnen worden G.M. Veldt, 'Empirische fundamentelementen van het personele toepassingsbereik van het productaansprakelijkheidsvoorstel in relatie tot e-commerce', *NTBR* 2023/41, afl. 9 en P.W.J. Verbruggen, 'Theoretische rechtvaardigingen voor het personele toepassingsbereik van het voorstel voor een nieuwe Richtlijn Productaansprakelijkheid', *NTBR* 2023/40, afl. 9.; J. Sap, 'Keuzestress: enige aantekeningen bij de keuze van de aansprakelijk te stellen producent', *Verkeersrecht* 2023/7-8, p. 81, p. 207-212 en 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* 2023/1, p. 26-30.

11 Deze paragraaf is in belangrijke mate gebaseerd op de uitgebreidere bijdragen T.J. de Graaf & G.M. Veldt, 'Productveiligheid en aansprakelijkheid voor AI', *NJB* 2021/43, p. 3534-3544 en T.J. de Graaf & G.M. Veldt 'The AI Act and its impact on product safety, contracts and liability', *ERPL* 2022/5, p. 803-833.

een hoog risico¹² op de EU-markt worden gebracht of gebruikt, die systemen veilig zijn en daarmee hopelijk schade wordt voorkomen. De AIV verplicht producenten en soms ook gebruikers¹³ om ervoor te zorgen dat hoog risico AI-systemen voldoen aan productnormen die zijn vastgesteld in of ter uitvoering van de AIV (art. 16-28, 29 en 8-15 AIV EC). Als producenten zich niet houden aan de voor hen geldende productnormen, dan kunnen toezichthoudende autoriteiten handhavend tegen hen optreden door ze bijvoorbeeld te verplichten het systeem uit de handel te nemen (*product withdrawal*) of terug te roepen (*product recall*), of ze beboeten (art. 63, 65 lid 2 en 5 en 71 AIV EC). Het niet voldoen aan deze productveiligheidseisen kan ook privaatrechtelijke normen inkleuren, bijvoorbeeld de gebrekkigheid bij productaansprakelijkheid op grond van de PAR (paragraaf 3.2) en de conformiteit in het B2C-contractenrecht (art. 7:18 lid 2 BW en art. 7:50a lid 2 onder a BW).¹⁴ Het niet voldoen aan productveiligheidseisen kan ook procesrechtelijke bewijsvermoedens triggeren bij productaansprakelijkheid op grond van de PAR (paragraaf 3.3) en bij buitencontractuele aansprakelijkheid voor AI-systemen op grond van de AIR (paragraaf 4). Terug naar de AIV. In deze paragraaf focus ik op de definitie van AI-systeem en het toepassingsbereik van het voorstel (paragraaf 2.2), en op de verplichtingen die daaruit voortvloeien voor producenten (paragraaf 2.3) en gebruikers (paragraaf 2.4), dit alles voor zover het gaat om hoog risico AI-systemen.

2.2 Definitie en toepassingsbereik

De AIV is van toepassing op AI-systemen. Twee kenmerkende eigenschappen van AI zijn zelfstandig leren en autonoom handelen.¹⁵ Die eigenschappen keren niet terug in de

EC-definitie van een AI-systeem: “software die is ontwikkeld aan de hand van een of meer van de technieken en benaderingen die zijn opgenomen in de lijst van bijlage I en die voor een bepaalde reeks door mensen gedefinieerde doelstellingen output kan genereren, zoals inhoud, voorspellingen, aanbevelingen of beslissingen die van invloed zijn op de omgeving waarmee wordt geïnterageerd.” (art. 3 (1) AIV EC). Daardoor is de definitie zo breed dat veel algoritmen¹⁶ die geen AI bevatten er ook onder vallen. De AIV reguleert dus meer dan strikt noodzakelijk.¹⁷ De Raad en het EP gaan van andere definities uit. Terwijl de Raad de nadruk legt op autonomie en het gebruik van “machinaal leren en/of op logica of kennis gebaseerde benaderingen” (overweging 6, art. 3 (1) AIV R), hecht het EP in de overwegingen belang aan het lerend vermogen van AI, maar niet in de definitie van AI-systeem (overweging 6, art. 3 (1) AIV EP). De definitie zal in de trialog-variant vermoedelijk nog worden aangepast.

Tegelijkertijd is het belangrijk om het toepassingsbereik van de AIV niet te overschatten. AI-systemen worden uitsluitend in twee situaties als hoog risico AI-systemen aangemerkt en dus onderworpen aan de hierna te bespreken productnormen. De eerste situatie doet zich voor als AI-systemen die bedoeld zijn voor gebruik in de (risico)gebieden zoals bedoeld in bijlage III, bijvoorbeeld AI-sollicitantenselectiesoftware die in de VS draait en die via een browser in de EU wordt gebruikt (art. 6 lid 2 jo. bijlage III onder 4 (a) AIV EC).¹⁸ De tweede situatie is als AI-systemen die bedoeld zijn om te worden gebruikt als veiligheidscomponent van een product dat is onderworpen aan of zelf valt onder productveiligheidswetgeving opgenomen in bijlage II deel A (bijvoorbeeld de Machinerichtlijn¹⁹ of de Medical Devices Regulation (MDR)²⁰), maar alléén als die systemen volgens die regelgeving moeten worden onderworpen aan een zogeheten *third party conformity assessment* door een *notified body* (art. 6 lid 1 AIV EC). Een AI-systeem is dus geen hoog risico AI-systeem als het product onder productveiligheidswetgeving valt die is opgenomen in (1) bijlage II deel

12 De overige risicocategorieën verboden praktijken (titel II, art. 5), transparantierisico's (titel IV, art. 52) en geen/minimaal risico zullen vanwege het geringere belang voor aansprakelijkheid niet worden besproken. Zie daarvoor o.a. M. Veale & F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach', *Computer Law Review International* 2021/4, p. 97-112.

13 Onder 'gebruikers' wordt verstaan, voor zover hier relevant, natuurlijke of rechtspersonen die het AI-systeem professioneel gebruiken (art. 3 (4) AIV EC).

14 Zie voor het inkleuren van nationaal privaatrecht d.m.v. publiekrechtelijke productveiligheidsnormen voor het Nederlandse recht G.M. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling* (R&P CA22) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2020; voor het Belgische recht D. Verhoeven, *Productveiligheid en productaansprakelijkheid* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Intersentia 2018 en voor het Duitse recht M. Grützmaier, 'Die zivilrechtliche Haftung für KI nach dem Entwurf der geplanten KI-VO Potentielle zivilrechtliche Auswirkungen des geplanten KI-Sicherheitsrechts: ein neues Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB am Horizont', *Computer und Recht* 2021/7, p. 433-444.

15 Vgl. Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission, 'A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines Definition developed for the purpose of the AI HLEG's deliverables', 8 april 2019, digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines, p. 6: "Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions."

16 Een algoritme is "een aantal stappen dat je zet om een bepaald doel te bereiken", aldus S. Blauw, 'Wat is een algoritme?', 2 juli 2019, decorrespondent.nl/10306/wat-is-een-algoritme/149980270484-745de161.

17 M. Ebers e.a., 'The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)', *J – Multidisciplinary Scientific Journal* 2021, p. 590.

18 Met dien verstande dat de Raad voorstelt dat die systemen als hoog risico worden aangemerkt "unless the output of the system is purely accessory in respect of the relevant action or decision to be taken and is not therefore likely to lead to a significant risk to the health, safety or fundamental rights" (art. 6 lid 2a AIV C) en het EP het criterium toevoegt dat die systemen als hoog risico worden aangemerkt "if they pose a significant risk of harm to the health, safety or fundamental rights of natural persons" (art. 6 lid 1a AIV EP).

19 Richtlijn 2006/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende machines en die met ingang van 14 januari 2027 wordt vervangen door de Verordening 2023/1230 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2023 betreffende machines.

20 Verordening 2017/745 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2017 betreffende medische hulpmiddelen.

B (bijvoorbeeld zelfrijdende auto's²¹) of (2) bijlage II deel A, maar de producent de conformity assessment zelf mag doen (en dat is in veel gevallen zo). Dat sommige AI-systemen wel en andere niet als hoog risico worden aangemerkt, heeft te maken met de mate van risico voor gezondheid, veiligheid en fundamentele rechten alsmede de mate waarin die risico's zich hebben gemanifesteerd of in de nabije toekomst waarschijnlijk zullen manifesteren.²²

2.3 Verplichtingen producenten hoog risico AI-systemen

De AIV bevat een aantal essentiële eisen waaraan hoog risico AI-systemen dienen te voldoen. Die eisen zullen door Europese standaardisatieorganisaties zoals CEN, CENELEC en ETSI worden uitgewerkt in zogeheten geharmoniseerde normen, dat wil zeggen niet-bindende en gedetailleerde normalisatienormen. De producent moet er op grond van art. 16 AIV EC voor zorgen dat zijn hoog risico AI-systeem voldoet aan een flink aantal voorschriften, waarvan ik er een aantal noem.

De gebeurtenissen moeten door het systeem kunnen worden gelogd (art. 12 lid 1 AIV EC) en de werking van het systeem moet voldoende transparant zijn om *“gebruikers in staat te stellen de output van het systeem te interpreteren en op passende wijze te gebruiken”* (art. 13 lid 1 AIV EC). Veel zelflerende AI-systemen zijn naar hun aard zogeheten *black boxes*, dat wil zeggen dat het zelfs voor de producent vaak niet duidelijk is hoe het AI-systeem geleerd heeft en tot een bepaalde output is gekomen.²³ Door de onduidelijke formulering van het geciteerde artikel rijst de vraag of bij *black boxes* aan de transparantie eisen wordt voldaan. Als niet aan die eisen wordt voldaan, rijst de vraag of het recht moet worden aangepast (door het verlagen van de eisen teneinde innovatie niet te belemmeren) of de technologie (door de technologie te veranderen teneinde gebruikers (beter) te beschermen, bijvoorbeeld door middel van *explainable AI*²⁴). De Raad eist dat gebruikers in staat worden gesteld *“het systeem op passende wijze te begrijpen en te gebruiken”*

(art. 13 lid 1 AIV R). Het EP gaat verder: *“De gebruiker wordt in staat gesteld het AI-systeem op passende wijze te begrijpen en te gebruiken door middel van algemene kennis over hoe het AI-systeem werkt en welke gegevens het verwerkt, zodat de gebruiker de door het AI-systeem genomen beslissingen kan uitleggen aan de betrokken persoon.”* (art. 13 lid 1 AIV EP). De betrokken persoon is iemand ten aanzien van wie door een gebruiker²⁵ een besluit is genomen *“op basis van de output van een AI-systeem met een hoog risico en dat rechtsgevolgen heeft voor hem of haar of hem of haar treft op een wijze die volgens deze persoon negatieve gevolgen heeft voor zijn of haar gezondheid, veiligheid, grondrechten, sociaaleconomisch welzijn of andere rechten die voortvloeien uit de in deze verordening vastgestelde verplichtingen”* (art. 68 quater lid 1 AIV EP). Deze betrokken persoon krijgt, als het aan het EP ligt, op zijn beurt een uitlegrecht ten opzichte van de gebruiker met betrekking tot *“de rol van het AI-systeem in het kader van de besluitvormingsprocedure, de belangrijkste parameters van het genomen besluit en de bijbehorende inputdata”* (art. 68 quater lid 1 AIV EP).

Op het systeem moet ook menselijk toezicht kunnen worden uitgeoefend met het oog op het voorkomen of beperken van risico's voor gezondheid, veiligheid of grondrechten (art. 14 AIV EC), bijvoorbeeld door middel van een spreekwoordelijke rode stopknop. Het systeem moet, gelet op het beoogde doel tijdens de levensduur ervan, *“een passend niveau van nauwkeurigheid, robuustheid en cyberbeveiliging”* bieden (art. 15 lid 1 AIV EC). Verder moet het nauwkeurighedsniveau van het systeem in de bijbehorende gebruiksaanwijzingen worden vermeld (art. 15 lid 2 AIV EC) en technische documentatie worden opgesteld en geactualiseerd (art. 11 AIV EC). Ook moet over een systeem van risico- en kwaliteitsbeheer worden beschikt (art. 9 resp. 17 AIV EC). Als de producent gebruikmaakt van datareeksen om het systeem te trainen, valideren of testen, moet hij ervoor zorgen dat die reeksen *“relevant, representatief, foutenvrij en volledig”* zijn (art. 10 lid 3 AIV EC). De eis dat de datareeksen *“foutenvrij en volledig”* moeten zijn, is problematisch. Over het algemeen geldt dat hoe meer data worden gebruikt, hoe beter een AI-systeem leert.²⁶ Tegelijkertijd geldt dat datasets vrijwel nooit foutenvrij en volledig zijn. Eisen dat dat zo moet zijn, lijkt daarom weinig realistisch. Dat is vermoedelijk de reden waarom de Raad slechts eist dat de datareeksen dat *“zoveel mogelijk”* zijn (art. 10 lid 3 AIV R) en het EP alleen de volgende eisen met betrekking tot de datareeksen stelt: *“zo volledig mogelijk en worden naar behoren doorgelicht op fouten met het oog op het beoogde doel”* (art. 10 lid 3 AIV EP).

Tot slot moet de producent correctief onderhoud plegen of het systeem uit de handel nemen of terugroepen als hij meent of redenen heeft om aan te nemen dat het systeem

21 Die vallen onder Verordening 2018/858 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 betreffende de goedkeuring van en het markttoezicht op motorvoertuigen en aanhangwagens daarvan en systemen, onderdelen en technische eenheden die voor dergelijke voertuigen zijn bestemd. Bij wijziging van wetgeving in bijlage II deel B moet overigens wel rekening worden gehouden met de eisen in de AIV, zie overweging 29 en art. 2 lid 2 en 84 AIV EC.

22 Zie paragraaf 5.2.3 van de toelichting bij de AIV EC.

23 M. Ebers, 'Regulierung von KI und Robotik' in: M. Ebers, C. Heinze, T. Krügel & B. Steinrötter (red.), *Künstliche Intelligenz und Robotik. Rechtshandbuch*, München: C.H. Beck 2020, p. 90-92 en M. Ebers, 'Regulating AI and Robotics', in: M. Ebers & S. Navas, *Algorithms and Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, p. 165-166.

24 Vgl. S.J. Körner, 'Nachvollziehbarkeit von KI-basierten Entscheidungen', in: M. Kaulartz & T. Braegelman, *Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, München: C.H. Beck 2020, p. 44-51. Zie ook de door de gemeente Amsterdam gebruikte Modelbepalingen voor gemeenten voor verantwoord gebruik van algoritmische toepassingen, www.amsterdam.nl/innovatie/digitalisering-technologie/algoritmen-ai/contractvoorwaarden-algoritmen/, die de gemeente gebruikt voor inkoop van algoritmen bij leveranciers en dat met betrekking tot dat onderwerp strengere eisen bevat dan de AIV EC door in art. 5.4 te focussen op het kunnen uitleggen waarom het algoritme tot een bepaalde beslissing is gekomen en wat de belangrijkste factoren daarvoor waren.

25 Art. 68 quater AIV EP heeft het over een *“exploitant”*, maar uit art. 3 (4) AIV EP en AIV EC blijkt dat de definitie van *“exploitant”* van het EP hetzelfde is als *“gebruiker”* van de EC. Ik gebruik de definitie van de EC om verwarring te voorkomen.

26 M. Valkanova, 'Trainieren von KI-Modellen', in: Kaulartz & Braegelman 2020, p. 336.

niet in overeenstemming is met de AIV (art. 21 AIV EC). Of dat makkelijk gaat, zal afhangen van de mate waarin dat systeem op afstand kan worden aangepast. Soms kan dat door middel van een *over-the-air-update*, soms is daarvoor fysieke toegang tot het systeem vereist.

2.4 Verplichtingen gebruikers hoog risico AI-systemen

Zoals hierboven bleek, rusten er op de producent veel verplichtingen. De gebruiker heeft er veel minder. Hij moet het systeem gebruiken in overeenstemming met de gebruiksaanwijzingen (art. 29 lid 1 AIV EC) en zorgen voor relevante inputdata in het licht van het doel van het systeem voor zover hij daarover controle heeft (art. 29 lid 3 AIV EC). Verder moet de gebruiker het systeem monitoren op basis van de gebruiksaanwijzingen. Als de gebruiker redenen heeft om aan te nemen dat het gebruik overeenkomstig de gebruiksaanwijzingen zal resulteren in het materialiseren van risico's voor gezondheid, veiligheid of grondrechten, dan moet hij de producent daarover inlichten en het gebruik van het systeem onderbreken (art. 29 lid 4 jo. 65 AIV EC).

Ingrijpender is dat bij een 'ingrijpende wijziging' van het hoog risico AI-systeem een nieuwe conformiteitsbeoordeling moet plaatsvinden (art. 43 lid 4 AIV EC). Als de gebruiker een 'ingrijpende wijziging'²⁷ in het systeem aanbrengt, geldt hij voortaan als producent en de oorspronkelijke producent niet meer (art. 28 lid 1 (c) en lid 2 AIV EC, zie in soortgelijke zin art. 7 lid 4 PAR EC). Dat zou wellicht kunnen door het systeem verkeerd te trainen waardoor het zichzelf aanpast op een manier die door de producent niet was voorzien en waarmee dus ook geen rekening kon worden gehouden bij de conformiteitsbeoordeling.²⁸ Ik vraag me af of een gebruiker, die door het aanbrengen van een ingrijpende wijziging ineens als nieuwe producent geldt, in staat is alle verplichtingen na te komen die op een producent rusten. In de regel beschikt de gebruiker immers niet over de daarvoor vereiste broncode, data, tools, kennis en ervaring. Op basis van de AIV EC werd de gebruiker door Veldt en mij daarom aangeraden dat soort risico's van tevoren met de producent contractueel af te dekken.²⁹ Het lijkt erop dat de Raad die gedaantewisseling te ver vond gaan, want hij wil heel art. 28 AIV EC schrappen. Het EP wil dat niet, maar verzacht wel de pijn voor de nieuwe producent door de oorspronkelijke producent te verplichten informatie en bijstand te verlenen zodat de nieuwe producent voortaan aan zijn verplichtingen op grond van de AIV kan voldoen (art. 28 lid 2 AIV EP). Het EP voegt zelfs een verplichting toe voor derden van wie de producent afhankelijk is, om met de producent

een contract te sluiten waarin dat soort informatie- en bijstandsverplichtingen zijn opgenomen (art. 28 bis lid 2 en 28 ter lid 2 AIV EP).

3. Productaansprakelijkheidsrichtlijn (PAR)

3.1 Definities en toepassingsbereik

Het tweede voorstel is de PAR. Productaansprakelijkheid op grond van de huidige productaansprakelijkheidsrichtlijn³⁰ ('PAR 1985') behelst een dwingendrechtelijke risicoaansprakelijkheid van de producent voor schade door letsel of overlijden alsmede zaakschade in de privésfeer³¹ veroorzaakt door een veiligheidsgebrek in een product (zijnde een roerende zaak). Daarvoor is de producent aansprakelijk, tenzij hem een beroep toekomt op een van de bevrijdende verweren, bijvoorbeeld als aannemelijk is dat het schadeveroorzakende gebrek niet bestond op het moment waarop het product door hem in het verkeer werd gebracht of het gebrek nadien is ontstaan. Doordat de richtlijn focust op het begrip zaak, zaakschade en het moment van in het verkeer brengen, ontstond onduidelijkheid over de vraag of de richtlijn van toepassing is op: (1) door software veroorzaakte schade; (2) schade aan gegevens; en (3) gebreken ontstaan door updates en upgrades die worden verschaft na het in het verkeer brengen.³²

Aan die discussies wil de EC een einde maken. Onder product valt volgens het voorstel ook software en "*dossiers voor digitale fabricage*" (overweging 14 en art. 4 (1) PAR EC). Die dossiers zijn bestanden waarmee bijvoorbeeld 3D-printers tastbare voorwerpen produceren (art. 4 (2) PAR EC). Voor wat betreft het schadebegrip komt "*verlies of corruptie van gegevens die niet uitsluitend beroepsmatig worden gebruikt*" voortaan ook voor vergoeding in aanmerking (art. 4 (6) PAR EC). Daarbij valt volgens overweging 15 te denken aan kosten voor bijvoorbeeld het terughalen of herstellen van gegevens zoals vakantiefoto's. Tot dusver de *quick wins*. Ingewikkelder en interessanter wordt het bij de volgende onderwerpen die voortkomen uit de PAR EC en die ik hierna uitgebreider zal bespreken: gebreken die ontstaan nadat het product in de handel is gebracht (paragraaf 3.2), de procesrechtelijke hulpmiddelen waar de eiser gebruik van kan maken (paragraaf 3.3) en de verhouding tussen enerzijds de buitencontractenrechtelijke PAR en anderzijds het B2C-contractenrecht dat volgt uit de implementaties van de

27 In de Nederlandse vertaling wordt in art. 43 lid 4 AIV EC gesproken over "wezenlijke wijziging", in art. 28 lid 1 onder c AIV EC over "ingrijpende wijziging" en in art. 7 lid 4 PAR EC weer over "wezenlijke wijziging", terwijl in de Engelse versies in alle gevallen over "substantial modification" wordt gesproken. Ik ga er daarom van uit dat art. 28 AIV EC een vertaalfout bevat en houdt vast aan "ingrijpende wijziging".

28 Vgl. de situatie waarin de gebruiker wordt aangesproken omdat hij het systeem heeft blootgesteld aan irrelevante inputdata (art. 4 lid 3 AIR, waarover paragraaf 4).

29 De Graaf & Veldt 2021, p. 3542-3543.

30 Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, en in Nederland geïmplementeerd in m.n. art. 6:185 e.v. BW.

31 Preciezer: beschadiging of vernietiging van een andere zaak dan het gebrekkige product die bestemd is voor en vooral gebruikt is in de privésfeer, mits de schade hoger is dan de franchise van € 500 (art. 9 onder b PAR 1985), zie voor Nederland art. 6:190 lid 1 onder b, 6:173 lid 2 onder b en 7:24 lid 2 onder c BW.

32 Zie daarover in Europees verband o.a. P. Machnikowski (red.), *European Product Liability: An analysis of the state of the art in the era of new technologies*, Cambridge: Intersentia 2016 en E. Karner, B.A. Koch & M.A. Geistfeld, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence commissioned by the Directorate-General for Justice and Consumers of the European Commission*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2021.

Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud in ons BW (paragraaf 3.4).³³

3.2 Gebreken na het in de handel brengen

Als gezegd vormt traditioneel het moment waarop het product in de EU in het verkeer is gebracht het ijkpunt voor productaansprakelijkheid. Dat is niet alleen een belangrijk gezichtspunt voor de beoordeling van de gebrekkigheid van het product (art. 6 lid 1 (c) PAR 1985). Het vormt ook een belangrijk bevrijdend verweer, nu de producent niet aansprakelijk is voor schade als aannemelijk is dat het schadeveroorzakende gebrek niet bestond op het moment waarop het product door hem in het verkeer werd gebracht of het gebrek nadien is ontstaan (art. 7 (b) PAR 1985). Na dat moment heeft de producent immers geen zeggenschap meer over dat product. Over producten die software bevatten of die uit software bestaan, heeft de producent na dat moment in de regel echter wel zeggenschap doordat hij ze van updates en upgrades kan (laten) voorzien. Wordt het product gebrekkig door zo'n update of upgrade na het moment van het in de handel brengen of verzuimt de producent een na dat moment ontstaan gebrek door middel van een update of upgrade te herstellen, dan moet de producent daarvoor aansprakelijk zijn, aldus overweging 37-38 PAR EC. Een soortgelijke verantwoordelijkheid zagen we eerder in het B2C-contractenrecht in de vorm van een verplichting voor de verkoper/handelaar na (af)levering te blijven updaten (art. 7:18 lid 4 en 7:50a lid 4 BW). Het komt ook voor in de AIV in de vorm van een verplichting tot correctief onderhoud (art. 21 AIV EC). Het is daarom niet meer dan logisch dat die gedachte ook in het productaansprakelijkheidsvoorstel terugkeert. Dat gebeurt in de volgende vorm.

De producent is niet aansprakelijk voor door een gebrekkig product veroorzaakte schade *nadat* het in de handel is gebracht (art. 10 lid 1 (c) PAR EC), tenzij het schadeveroorzakende gebrek te wijten is aan software (waaronder updates en upgrades) of *“het ontbreken van software-updates of -upgrades die nodig zijn om de veiligheid te handhaven”*, dit alles voor zover de producent daarover *“zeggenschap”* heeft (art. 10 lid 2 (b) en (c) PAR EC, waarover later meer in paragraaf 3.4). Of die software of het ontbreken van die updates of upgrades leidt tot een gebrek, moet worden beantwoord aan de hand van art. 6 PAR EC. Dat artikel bepaalt dat een product geacht wordt gebreken te vertonen als *“het niet de veiligheid biedt die het grote publiek gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen”* waarbij onder andere relevant zijn:³⁴ (1) *“het effect op het*

product van het vermogen om te blijven leren na het in de handel brengen of in gebruik stellen ervan” (art. 6 lid 1 (c) PAR EC), (2) het moment waarop de producent niet langer *“zeggenschap”* over het product heeft (art. 6 lid 1 (e) PAR EC) en (3) *“productveiligheidsvoorschriften, met inbegrip van veiligheidsgerelateerde cyberbeveiligingsvoorschriften”* (art. 6 lid 1 (f) PAR EC). Bij die productveiligheidsvoorschriften kan worden gedacht aan die in de AIV. Daar wordt voor een hoog risico AI-systeem *“een passend niveau van nauwkeurigheid, robuustheid en cyberbeveiliging”* geëist (art. 15 lid 1 AIV EC). Cyberbeveiligingseisen worden echter ook gesteld in andere regelgeving, zoals in: (1) het EC voorstel voor een Verordening betreffende horizontale cyberbeveiligingsvereisten voor producten met digitale elementen³⁵ en (2) regelgeving met betrekking tot specifieke producten zoals medische hulpmiddelen (art. 17 annex 1 MDR).³⁶

3.3 Procesrechtelijke hulpmiddelen

Veel zelflerende AI-systemen zijn naar hun aard zogeheten black boxes. Zoals gezegd eist de AIV EC met het oog op productveiligheid dat de werking van hoog risico AI-systemen *“voldoende transparant is om gebruikers in staat te stellen de output van het systeem te interpreteren en op passende wijze te gebruiken”* (art. 13 lid 1 AIV EC, zie paragraaf 2.3). Voor een veilig gebruik van dat soort AI-systemen moge dat voldoende zijn. Echter, als door het gebruik van het AI-systeem schade wordt veroorzaakt, zal de gelaedeerde moeite kunnen hebben om met name het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade aan te tonen (art. 9 lid 1 AIV EC). Dat komt doordat het systeem vaak een black box is en door andere technische complexiteit (waarover meer in paragraaf 4). De EC komt de schadevergoeding eisende gelaedeerde (eiser) op twee manieren tegemoet.³⁷

Ten eerste moeten rechters de mogelijkheid krijgen de producent te gelasten bewijsmateriaal openbaar te laten maken. Daarvoor is nodig dat de eiser *“feiten en bewijsmateriaal heeft overgelegd die volstaan om de schadevordering aannemelijk te maken”* (art. 8 lid 1 PAR EC). Als dat het geval is, mag de betreffende rechter die openbaarmaking alleen gelasten voor zover noodzakelijk en evenredig ter onderbouwing van de schadevordering (art. 8 lid 2 PAR EC). Daarbij zal rekening moeten worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van procespartijen en betrokken derden, met name wat betreft de bescherming van vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen (art. 8 lid 3 PAR EC). De rechter kan, als hij openbaarmaking gelast, maatregelen nemen om de vertrouwelijkheid te eerbiedigen (art. 8 lid

33 Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen respectievelijk Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten. Hierna zal ik uitsluitend verwijzen naar de artikelen die in ons BW zijn opgenomen ter implementatie van die twee richtlijnen.

34 Zoals bij omstandighedencatalogi gebruikelijk, wordt niet duidelijk wat het soortelijk gewicht van iedere omstandigheid is en ook niet of de aanwezigheid van die omstandigheid sneller of minder snel tot gebrekkigheid leidt.

35 COM(2022)454 final, 15 september 2022, eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex:52022PC0454.

36 Zie uitbreider over cybersecurity N.M. Brouwer, T.F. Walree & P.T.J. Wolters, 'De invloed van de Cyber Resilience Act en de Herziening richtlijn productaansprakelijkheid op de verplichting tot en de aansprakelijkheid voor de beveiliging van persoonsgegevens', *NTBR* 2023/43, afl. 9.

37 Zie uitbreider over bewijslastverdeling O. Dheu & J. De Bruyne, 'Artificial Intelligence and Tort Law: A 'Multi-faceted' Reality', *ERPL* 2023-2&3, p. 265-284.

4 PAR EC).³⁸ De meningen verschillen over de vraag of het voor de gelaedeerde makkelijker of moeilijker zal zijn bewijs openbaar te laten maken op grond van de PAR EC dan op grond van de exhibitieplicht van art. 843a Rv.³⁹

Ten tweede wordt de bewijslast van de eiser verlicht door middel van de volgende bewijsvermoedens ten aanzien van gebrek en causaal verband. Het product wordt geacht een gebrek te vertonen als de verweerder niet voldoet aan de hiervoor genoemde bewijsopenbaarmakingsplicht (art. 9 lid 2 (a) PAR EC). Het product wordt ook geacht een gebrek te vertonen als de eiser aantoont dat *“het product niet voldoet aan de in het recht van de Unie of het nationale recht neergelegde dwingende veiligheidsvoorschriften die bedoeld zijn om bescherming te bieden tegen het risico van de voorgeschiede schade”* (art. 9 lid 2 (b) PAR EC). Het niet voldoen aan een productveiligheidsvoorschrift in de AIV leidt dus alleen tot een bewijsvermoeden van gebrekkigheid als ook aan een relativiteitseis wordt voldaan; dat voorschrift moet namelijk bedoeld zijn te beschermen tegen het risico van de geleden schade.⁴⁰ Ook geldt een vermoeden van gebrekkigheid als *“de schade is veroorzaakt door een kennelijk disfunctioneren van het product bij normaal gebruik”*⁴¹ of *“onder normale omstandigheden”* (art. 9 lid 2 (c) PAR EC). Hierbij kan worden gedacht aan een AI-systeem dat ineens zelfstandig anders handelt dan beoogd.⁴² Is het gebrek eenmaal vastgesteld, dan wordt ook de bewijslast ten aanzien van het *causaal verband* tussen dat gebrek en de schade verlicht. Dat verband wordt aannemelijk geacht als *“de soort veroorzaakte schade doorgaans strookt met het betrokken gebrek”* (art. 9 lid 3 PAR EC).

38 Zie voor kritiek dat deze regeling te onuitgewerkt en te uitgebreid is G. Spindler, ‘Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz. Die haftungsrechtliche Einordnung von Software als Produkt nach Unionsrecht – endlich’, *Computer und Recht* 2022/11, p. 696-697 en G. Spindler, ‘Different approaches for liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons’, in: S. Lohsse, R. Schulze & D. Staudenmayer (red.), *Liability for AI: Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2023, p. 65-68, terwijl J. Wassink & M.B.M. Loos, ‘Productaansprakelijkheid in het digitale tijdperk. De Richtlijn productaansprakelijkheid bij de tijd gebracht’, *NTBR* 2023/1-2, p. 25 juist uitbreiding van het voorstel voorstaan, en wel naar de periode waarin er nog geen procedure is begonnen.

39 Makkelijker: P.G. van der Putt & R.J.J. Westerdijk, ‘AI en aansprakelijkheid: stappen naar een nieuw regime’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2023/1, p. 7-8 met betrekking tot de soortgelijke regeling in art. 3 AIR, omdat van de verzoeker niet wordt vereist dat hij een specifiek belang aantoont en waarbij zij verwijzen naar HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1706 (*ISG/Meropa & Fyffes*). Moeilijker: L.F. Dröge & O.J. Tjhuis, ‘Herziening van de richtlijn productaansprakelijkheid. Maakt het herzieningsvoorstel de gestelde doelen waar?’, *MvV* 2023/2, p. 70 omdat het ‘noodzakelijk en evenredig’ juist strenger is dan dat belang. Zie ook de bijdrage 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.

40 De relativiteitseis zijn we in Nederland gewend van art. 6:163 BW en in Duitsland in § 823 Abs. 2 BGB, maar ontbreekt in andere landen zoals België en Frankrijk, zie C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 285-286 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Tort law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2022, p. 81-82.

41 De Raad heeft het over “redelijkerwijs voorzienbaar” in plaats van “normaal” gebruik.

42 G. Wagner, ‘Liability Rules for the Digital Age’, *JETL* 2022; 13(3), VI F 3, p. 217.

Als het voor de eiser vanwege de technische of wetenschappelijke complexiteit *“buitensporig moeilijk is om de gebreken van het product en/of het oorzakelijk verband tussen de gebreken ervan en de schade aan te tonen”* dan wordt hij nog verder geholpen. In dat geval worden die gebreken en/of dat verband aannemelijk geacht als de eiser aan de hand van *“voldoende relevant bewijsmateriaal”* aantoont dat het product heeft bijgedragen⁴³ aan de schade en *“het waarschijnlijk is dat het product gebreken vertoonde en/of dat de gebreken ervan een waarschijnlijke oorzaak van de schade zijn”* (art. 9 lid 4 PAR EC). Daarmee kan wellicht tegenwicht worden geboden tegen het betoog dat als een AI-systeem zelf leert en zichzelf aanpast en de output afhankelijk is van de omstandigheden waarin de gebruiker het AI-systeem gebruikt, de daardoor veroorzaakte onvoorspelbaarheid van de output het causale verband tussen gebrek en schade doorbreekt.⁴⁴ Met name bij AI-systemen zal de eiser van deze bewijslastverlichting willen profiteren. Echter, in de praktijk zal vermoedelijk veel worden getwist over de vraag of van zodanige complexiteit, buitensporigheid, relevantie en waarschijnlijkheid sprake is.⁴⁵

3.4 Verhouding met B2C-contractenrecht

Als een AI-systeem gebrekkig is, dan kan een consument op grond van productaansprakelijkheid, kort gezegd, schadevergoeding vorderen ten aanzien van materiële verliezen als gevolg van (a) lichamelijk letsel of overlijden, (b) aantasting van zaken die in de privésfeer worden gebruikt (anders dan aantasting van het gebrekkige product zelf) alsmede (c) verlies of corruptie van privégegevens (al deze schadepos-ten worden aangeduid als gevolgschade ex art. 5 lid 1 jo. 4 (6) PAR EC). De buitencontractuele aansprakelijkheid voor deze schadepos-ten rust op basis van productaansprakelijkheid enkel op de producent. In de literatuur gaan stemmen op om die exclusiviteit te doorbreken. Frankrijk probeerde die exclusiviteit te doorbreken door het productaansprakelijkheidsrecht naar andere leveranciers uit te breiden. Dat mocht niet van het HvJ EU vanwege de volledige harmonisatie van de PAR 1985.⁴⁶ Er zijn echter goede redenen dit

43 Wagner 2022, VI F 4, p. 218 meent dat “bijdragen” moet worden geïnterpreteerd als “more likely than not” zodat ook echt van een bewijslastverlichting sprake is.

44 Zie voor een weergave van dat betoog en argumenten daartegen M. Bas-hayreh, F.N. Sibai & A. Tabbara, ‘Artificial intelligence and legal liability: towards an international approach of proportional liability based on risk sharing’, *Information & Communications Technology Law* 2021, vol. 30, no. 2, p. 171-174; S. Whittam, ‘Mind the compensation gap: towards a new European regime addressing civil liability in the age of AI’, *International Journal of Law and Information Technology* 2022/30, p. 251-252 en 256 en, voor een uitgebreidere weergave van liability gaps, M. Buiten, A. de Streeel & M. Peitz, ‘The law and economics of AI liability’, *Computer Law & Security Review*, 2023/48, par. 3, p. 5-8.

45 Zie ook 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.

46 HvJ EU 24 april 2002, ECLI:EU:C:2002:252 (*Commissie/Frankrijk*).

te heroverwegen.⁴⁷ Nederland, daarentegen, koos voor het uitbreiden van de exclusiviteit door alle aansprakelijkheid naar de producent te kanaliseren en de mogelijkheid voor de consumentkoper om gevolgschade op de verkoper te verhalen uit te sluiten. Dat hoefde niet (zie art. 13 PAR 1985), maar het gebeurde wel (art. 7:24 lid 2 en 7:50a BW). Er zijn goede redenen die aansprakelijkheidsuitsluiting en kanalisatie te schrappen, onder andere omdat (1) de rechtspositie van de consumentkoper ten opzichte van zijn verkoper zonder goede reden ingewikkelder en slechter is dan die van een professionele koper ten opzichte van zijn verkoper⁴⁸ en (2) de zaakschade franchise van € 500 (art. 9 onder b PAR 1985) in de PAR EC vervalt.

Hoe het ook zij, voor andere remedies dan schadevergoeding en voor vergoeding van andere schadeposten dan voornoemde gevolgschade moet de consument andere grondslagen zien te vinden. Als hij bijvoorbeeld aanspraak wil maken op updates of upgrades, na ontbinding zijn geld terug wil krijgen of schade aan het product zelf vergoed wil zien (transactieschade), dan zal hij zich in de regel moeten of willen⁴⁹ wenden tot de contractuele wederpartij van wie hij het AI-systeem heeft gekocht of geleverd gekregen (verkoper/handelaar).⁵⁰ Als het gaat om roerende zaken waarin AI is verwerkt of die met AI verbonden zijn, dan gelden de conformiteitseisen vervat in art. 7:17-18a BW. De consument kan bij non-conformiteit van de verkoper eisen: nakoming (herstel/vervanging), (gedeeltelijke) ontbinding en/of schadevergoeding (art. 7:22 lid 4 BW, art. 7:19a-7:22 BW en art. 7:24 lid 1 jo. 6:74 e.v. BW). Gaat het om AI *an sich*, dan zijn soortgelijke regelingen van toepassing met betrekking tot conformiteit, nakoming, ontbinding en schadevergoeding (art. 7:50ad-50af BW, art. 7:50ah-50ak BW en art. 7:50ag jo. 6:74 e.v. BW).

47 J.-S. Borghetti, 'Taking EU product liability law seriously: how can the Product Liability Directive effectively contribute to consumer protection?', *French Journal of Public Policy* 2023/1, 6 juli 2023, ssrn.com/abstract=4502351, par. III.A.2.a die, als ik het goed begrijp, (nog) verder wil gaan dan de in de PAR EC voorgestelde uitbreiding van productaansprakelijkheid naar anderen dan de daar bedoelde marktdeelnemers. Zie ook P.W.J. Verbruggen, 'Theoretische rechtvaardigingen voor het personele toepassingsgebied van het voorstel voor een nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid', *NTBR* 2023/40, afl. 9.

48 Zie voor kritiek op dat gevolgschade niet van de verkoper mag worden gevorderd op grond van de kanalisatieregeling van art. 7:24 lid 2 BW: Asser/Hijma 7-I 2019/608 en Wassink & Loos 2023, p. 28. Art. 3 onder c PAR EC bepaalt dat de PAR geen afbreuk doet aan nationale contractuele aansprakelijkheid, waaronder nationaal recht ter implementatie van EU-richtlijnen, en biedt dus expliciet de mogelijkheid voor de consumentkoper om, naast de producent op basis van productaansprakelijkheid, de verkoper op basis van nationaal contractenrecht voor schadevergoeding aan te spreken (ook als het voortspuit uit de Richtlijn consumentenkoop of Richtlijn digitale inhoud).

49 Vanwege het dwingendrechtelijke karakter van het consumentencontractenrecht: art. 7:6 BW en 7:50a BW.

50 De laatste zin van overweging 38 PAR R maakt duidelijk dat de PAR uit zichzelf geen verplichting behelst om updates of upgrades te leveren. Overigens komt het in de praktijk regelmatig voor dat de producent ook rechtstreeks met de consument een licentieovereenkomst sluit (EULA), maar aan die verhouding wordt in de Richtlijn consumentenkoop en Richtlijn digitale inhoud nauwelijks aandacht besteed (alleen zijdelings in art. 17 Richtlijn consumentenkoop en art. 7:6a BW, daar waar het gaat om commerciële garanties voor de koop van roerende zaken waarin software is verwerkt of die met software verbonden zijn).

Vergelijk ik de Nederlandse implementatie van de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud enerzijds met de PAR EC anderzijds, dan vallen me twee dingen op. Ten eerste dat beide belang toekennen aan updates en upgrades (art. 7:18 lid 4-5 BW en art. 7:50a lid 4-5 BW enerzijds en art. 10 lid 2 PAR EC anderzijds). Ten tweede dat de mogelijkheden van de contractpartij (verkoper/handelaar) zich te verweren tegen daarmee verband houdende contractuele remedies op grond van de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud lijken te verschillen van de mogelijkheden van de producent zich te verweren tegen schadevergoedingsvorderingen op grond van de PAR EC. Die verschillen zijn niet altijd te verklaren en rechtvaardigen doordat de verkoper/handelaar minder invloed heeft op het product dan de producent of omdat de grondslag voor de remedie verschilt. Ik noem drie voorbeelden.

Ten eerste, de verkoper van een roerende zaak met embedded AI hoeft, "wanneer de koopovereenkomst voorziet in één enkele levering", updates daarvan 'slechts' te leveren gedurende "de periode die de consument redelijkerwijs kan verwachten" (art. 7:18 lid 4 BW),⁵¹ waarna van tekortschieten dus geen sprake meer zal zijn. De PAR EC bepaalt echter niet met zoveel woorden dat de producent na zo'n periode niet aansprakelijk is. Sterker nog, overweging 38 PAR EC heeft het over een productveiligheidsverantwoordelijkheid "gedurende de volledige levenscyclus van producten" die doorwerkt in het "aansprakelijk zijn voor de schade die wordt veroorzaakt doordat zij [de producenten, TG] niet de softwarebeveiligingsupdates of -upgrades leveren die nodig zijn om kwetsbaarheden op het gebied van cyberbeveiliging aan te pakken en de veiligheid van het product te handhaven". Die overweging zou wel eens bepalend kunnen zijn voor het inkleuren van de gebrekkigheid aan de hand van de "specifieke verwachtingen van de eindgebruikers voor wie het product is bestemd" (art. 6 lid 1 (h) PAR EC). De "periode die de consument redelijkerwijs kan verwachten" lijkt in ieder geval korter dan de "volledige levenscyclus". Betoogd zou kunnen worden dat dat verschil gerechtvaardigd is omdat de verkoper minder invloed heeft op het product dan de producent. Feitelijk gezien heeft de verkoper van AI-systemen echter geen invloed op het uitbrengen van beveiligingsupdates. In de praktijk kan en doet alleen de producent dat. Als een verkoper juridisch geacht wordt tekort te schieten voor het uitblijven van beveiligingsupdates die hij niet zelf kan ontwikkelen en uitbrengen, dan lijkt de rechtvaardiging voor zo'n regel niet te vinden in een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden die gebaseerd is op de feitelijke invloed die de verkoper heeft om beveiligingsupdates uit te brengen, maar (vooral) in consumentenbescherming.

51 In de literatuur zijn ten minste drie opvattingen te vinden over hoelang die redelijke periode is, aldus en waarover A.U. Janssen, 'The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update', in: S. Lohsse, R. Schulze & D. Staudenmayer (red.), *Smart Products: Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2022, p. 99-102.

Gelet op het verschil in remedies bij een tekortkoming in de nakoming en bij de gevolgen van een onrechtmatige daad, is de consument echter niet gebaat bij een verschil tussen de periode waarin hij de verkoper kan aanspreken en de periode waarin hij de producent kan aanspreken. Neem het voorbeeld van een smartphone waarvan de hoogte van de prijs van invloed is op hoelang een consument mag verwachten dat er beveiligingsupdates worden uitgebracht. Na die periode is de levenscyclus van de smartphone echter nog niet voltooid en blijft de smartphone nog functioneren. Welke remedies heeft de consument in de periode tussen het moment waarop de redelijke periode is geëindigd, maar de levenscyclus nog niet? De consument kan dan geen beveiligingsupdates meer eisen: van de verkoper niet omdat de redelijke periode is verstreken, van de producent niet omdat het geen schadevergoedingsvordering betreft.⁵² De producent blijft in die periode echter wel aansprakelijk voor eventuele gevolgschade die ontstaat door een veiligheidsgebrek als hij een beveiligingsupdate had kunnen en moeten uitbrengen om veranderende beveiligingsrisico's te lijf te gaan, maar dat niet deed. Uit oogpunt van schadevoorkoming ligt het veel meer voor de hand consumenten mechanismen in handen te geven waardoor hij verkopers (en daarmee indirect producenten) kunnen dwingen beveiligingsupdates uit te brengen, dan enkel genoeg te moeten nemen met schadevergoeding als die updates niet worden uitgebracht. Daarvoor moeten alleen wel de termijnen die voor de verkoper gelden gelijk zijn aan die die voor de producent gelden, of omgekeerd.

Ten tweede, de verkoper van een roerende zaak met embedded AI kan zich er niet achter verschuilen dat die AI en de updates daarvan worden geleverd door een derde (art. 7:5a lid 1 onder a BW),⁵³ terwijl de producent na het in de handel brengen van het product niet aansprakelijk is als hij, zoals eerder gezegd, geen zeggenschap heeft over de software (waaronder updates of upgrades) of het ontbreken daarvan (art. 10 lid 2 PAR EC). Op het eerste gezicht lijkt de producent taalkundig gezien veel sneller vrijuit te kunnen gaan dan de verkoper. Als de producent niet over de broncode van de AI-software beschikt (doordat deze bijvoorbeeld door een derde is ontwikkeld en hij die broncode niet aan de producent verstrekt), dan heeft de producent van de hardware feitelijk gezien geen zeggenschap over die software en het aanpassen daarvan. De definities van “zeggenschap van de fabrikant”, “component” en “bijbehorende dienst” laten echter zien dat juridisch gezien nog steeds sprake kan zijn van zeggenschap in de zin van de PAR EC (art. 4 (5), (3) resp.

(4) PAR EC). De producent wordt volgens die definities immers geacht zeggenschap te hebben als hij toestemming geeft voor “integratie, interconnectie of levering door een derde” van een voorwerp of bijbehorende dienst die “zodanig in een product is geïntegreerd of daarmee onderling is verbonden dat het product zonder die dienst een of meer van zijn functies niet zou kunnen vervullen”. Heeft hij zodanige zeggenschap, dan is hij aansprakelijk voor door derden verschaft gebrekkige veiligheidupdates/-upgrades/diensten of het ontbreken daarvan, ook na het in de handel brengen van het product. Hier is dus, in veel gevallen, bij nader inzien slechts sprake van een schijnverschil tussen het consumentenkoop- en productaansprakelijkheidsrecht. Ik merk het echter toch op om te voorkomen dat de lezer op het verkeerde been wordt gezet.

Tot slot bepalen de implementatieartikelen van de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud dat de verkoper/handelaar niet aansprakelijk is voor een conformiteitsgebrek als, kort gezegd, de consument geleverde updates niet installeert (art. 7:18 lid 5 en 7:50ae lid 5 BW), terwijl de PAR EC dat niet met zoveel woorden bepaalt. Toegegeven, dat niet installeren van veiligheidupdates lijkt volgens een wat cryptische overweging 38 PAR EC onder een soort a contrario aansprakelijkheidsuitsluiting van art. 10 lid 2 PAR EC te vallen, omdat dat niet installeren buiten de zeggenschap van de producent valt. Of het levert vermoedelijk eigen schuld van de gelaedeerde op ex art. 12 lid 2 PAR EC.⁵⁴ Dat zou op hetzelfde neer moeten komen, maar de materieel- en procesrechtelijke uitwerking verschilt. Het zou beter zijn als in beide regimes dezelfde formulering wordt gebruikt.

Bij deze drie verweren met betrekking tot beveiligingsupdates en -upgrades ontstaan dus door de verschillende formuleringen verschillen in rechtsbescherming of het is niet voldoende duidelijk of er zodanige verschillen zijn. Het ligt mijns inziens voor de hand de PAR EC op de contractrechtelijke richtlijnen af te stemmen, zoveel mogelijk soortgelijke formuleringen te kiezen en, als er verschillen beoogd zijn, die verschillen te expliciteren en beargumenteren. Daarbij zal uiteraard rekening moeten worden gehouden met het verschil in rechtsverhouding (contractueel vs. buitencontractueel) en de uitwerking op de remedies (nakoming, ontbinding en schadevergoeding vs. uitsluitend vergoeding van gevolgschade).

4. AI-aansprakelijkheidsrichtlijn (AIR)

Dat brengt me tot het voorstel voor een AI-aansprakelijkheidsrichtlijn. Die AIR vult de PAR aan. De PAR betreft buitencontractuele risicoaansprakelijkheid van de producent en behelst een zelfstandige aansprakelijkheidsgrondslag. De AIR behelst geen zelfstandige aansprakelijkheidsgrondslag. Zij biedt uitsluitend procesrechtelijke hulpmiddelen

⁵² Wellicht is een creatieve oplossing denkbaar langs de weg van een schadevoorkomingsObliegenheit op grond van HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984, NJ 2008/480 (Scaramea/Telfort) bij wijze van schadevergoeding in natura ex art. 6:103 BW.

⁵³ Waarover kritisch C. Wendehorst, ‘The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer’, in: Lohsse, Schulze & Staudenmayer 2022, p. 88-89, die er o.a. op wijst dat het regresrecht van art. 18 Richtlijn consumentenkoop (art. 7:25 BW) en art. 20 Richtlijn digitale inhoud (art. 7:50 am BW) bij m.n. grensoverschrijdende handel zwak is en kostenverhogend werkt.

⁵⁴ Van der Putt & Westerdijk 2023, p. 12 gaan uit van aansprakelijkheidsvermindering wegens eigen schuld.

aan gelaedeerden (eisers) die verweerders, waaronder de producent, aanspreken voor door AI-systemen veroorzaakte schade op grond van een nationaalrechtelijke buitencontractuele schuld aansprakelijkheid (in de meeste gevallen en hierna: onrechtmatige daad).⁵⁵ Op grond van de PAR komt alleen gevolgschade geleden door natuurlijke personen voor vergoeding in aanmerking. De AIR is van toepassing onafhankelijk van het soort schade en van de in de AIR opgenomen procesrechtelijke hulpmiddelen kunnen zowel natuurlijke- als rechtspersonen gebruikmaken.

Op grond van de AIR moeten rechters de mogelijkheid krijgen openbaarmaking van bewijsmateriaal te gelasten op soortgelijke wijze als in de PAR EC (art. 3 AIR). Interessanter zijn de bewijsvermoedens met betrekking tot causaal verband. Die zijn in de AIR opgenomen voor de situatie dat een AI-systeem (zoals gedefinieerd in de AIV) een tussenschakel vormt tussen een beweerdelijk schadeveroorzakende partij (verweerder) en de schade. Dat betekent dat de bewijsvermoedens wel van toepassing zijn als het AI-systeem (zelfstandig) handelt (overweging 3 AIR), maar niet als het AI-systeem slechts informeert of adviseert waarna de verweerder zelf handelt (overweging 15 AIR). In het geval dat AI zelfstandig handelt, kunnen “de specifieke kenmerken van bepaalde AI-systemen, zoals ondoorzichtigheid, autonoom gedrag en complexiteit, het voor de gelaedeerde uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk maken” om te bewijzen dat sprake is van een causaal verband tussen de schending van een bepaalde zorgvuldigheidsverplichting (waarover zo meer) en de schade, met name om te bewijzen dat de input van de verweerder tot de schadeveroorzakende output heeft geleid (overweging 3 AIR). Handelt de verweerder echter zelf, dan is volgens overweging 15 AIR de schade te herleiden tot een menselijk doen of nalaten, is het bewijs van causaal verband niet moeilijker dan als er geen AI-systeem wordt gebruikt en is er dus geen noodzaak om de eiser met bewijsvermoedens te helpen. Overigens zou die uitzondering voor niet-zelfhandelende AI-systemen producenten ertoe kunnen verleiden een mens de beslissing van het AI-systeem ‘af te laten stempelen’ om aan de werkingssfeer van de AIR te ontsnappen.⁵⁶

In het besproken geval dat een AI-systeem handelt zonder dat er een mens tussen zit, moeten rechters bij een schadevergoedingsvordering uitgaan van het causaal verband tussen de zogeheten schuld van de verweerder en de output van het AI-systeem (of het verzuim output te genereren) als aan drie cumulatieve voorwaarden in art. 4 lid 1 AIR is voldaan. Ten eerste moet volgens (a) sprake zijn van schuld, waarbij onder schuld wordt verstaan het niet voldoen aan: (1) de bewijsopenbaarmakingsplicht (art. 3 lid 5 AIR) of (2)

een Unierechtelijke- of nationale zorgvuldigheidsplicht die “rechtstreeks bedoeld is om bescherming te bieden tegen de geleden schade” (relativiteit), denk aan bepaalde zorgvuldigheidsplichten uit de AIV of in het kader van een onrechtmatige daad. Ten tweede moet het volgens (b) redelijkerwijs aannemelijk zijn dat die schuld die output heeft beïnvloed. Dat lijkt minder streng dan in de PAR, waar wordt geëist dat het betreffende gebrek “een waarschijnlijke oorzaak van de schade” is (art. 9 lid 4 PAR EC).⁵⁷ Ten derde moet die output volgens (c) die schade hebben veroorzaakt. Is aan die drie voorwaarden voldaan, dan leidt dat tot een weerlegbaar vermoeden van causaal verband tussen de schuld en output (art. 4 lid 7 AIR). Het vermoeden is echter niet van toepassing bij een hoog risico AI-systeem (zoals gedefinieerd in de AIV) als de eiser over voldoende bewijsmateriaal kan beschikken om het causaal verband aan te tonen (art. 4 lid 4 AIR). Het vermoeden is ook alleen van toepassing bij een niet hoog risico AI-systeem als het voor eiser buitensporig moeilijk is om het causaal verband aan te tonen (art. 4 lid 5 AIR).

Is sprake van een *hoog risico AI-systeem* en vordert de eiser schadevergoeding van een producent of gebruiker van zo'n systeem (zoals bedoeld in de AIV), dan wordt de voorwaarde voor schuld onder art. 4 lid 1 (a) AIR specifiek ingevuld. Wordt de *producent* aangesproken, dan is uitsluitend (!) sprake van zodanige schuld als specifieke veiligheidseisen uit de AIV zijn geschonden met betrekking tot: (a) kwaliteit van trainingsdata, (b) transparantie, (c) menselijk toezicht, (d) nauwkeurigheid, robuustheid en cyberbeveiliging of (e) uit de handel nemen of terugroepen (art. 4 lid 2 AIR). Wordt de *gebruiker* van een hoog risico AI-systeem aangesproken, dan is op grond van een niet-limitatieve opsomming sprake van zodanige schuld als de gebruiker (a) zich niet heeft gehouden aan zijn verplichtingen het systeem te gebruiken of monitoren volgens de gebruiksaanwijzing of (b) het systeem heeft blootgesteld aan irrelevante inputdata (art. 4 lid 3 AIR). Volgens overweging 26 AIR is de opsomming bij de producent limitatief omdat de AIV volledige harmonisatie van de vereisten voor AI-systemen behelst, maar bij de gebruiker niet-limitatief omdat zijn verplichtingen op grond van de AIV volgens art. 29 lid 2 AIV EC geen afbreuk doen aan zijn andere verplichtingen op grond van Unie- of nationaal recht. In de literatuur is kritisch gereageerd op dit onderscheid en vanuit rechtsbeschermingsoogpunt vind ik het ook niet wenselijk.⁵⁸

55 Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Liability for AI’, in: V. Mak, T.F.E. Tjong Tjin Tai & A. Berlee (red.), *Research Handbook in Data Science and Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018, p. 55-82 (2^e editie verschijnt binnenkort).

56 Aldus P. Hacker, ‘The European AI Liability Directives - Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future’, *Computer Law & Security Review* 2023-51, par. IV.2.a), p. 13, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4279796.

57 D. Staudenmayer, ‘Haftung für Künstliche Intelligenz. Die deliktsrechtliche Anpassung des europäischen Privatrechts an die Digitalisierung’, *NJW* 2023, 894, nr. 61.

58 G. Borges, ‘Liability for AI Systems Under Current and Future Law. An overview of the key changes envisioned by the proposal of an EU-directive on liability for AI’, *Computer Law Review International* 2023/1, par. 65, p. 7, wijst erop dat naleving van de AIV de facto een exoneration ten gunste van de producent oplevert en Wagner 2022, VII D 3 b en c, p. 226-227 vindt de limitatieve opsomming zelfs “irritating”.

5. Gebruikersaansprakelijkheid

Op de drie besproken voorstellen met betrekking tot productveiligheid (AIV), productaansprakelijkheid (PAR) en AI-aansprakelijkheid (AIR) valt, zoals ik hierboven heb gedaan, de nodige kritiek te uiten met betrekking tot wat er geregeld is en hoe de regelingen zich tot elkaar verhouden en tot het B2C-contractenrecht in de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud. Er valt echter ook kritiek te uiten op wat er nauwelijks is geregeld: gebruikersaansprakelijkheid.

Opvallend is namelijk dat de drie voorstellen nauwelijks aandacht besteden aan gebruikersaansprakelijkheid, en als er in de PAR en AIR wel aandacht aan wordt besteed, dan vooral procesrechtelijk. Dat is opmerkelijk omdat het EP al op 2 oktober 2020 een verordening had voorgesteld waarin een zelfstandige aansprakelijkheidsgrondslag voor zowel *frontend operators* (gebruikers) en *backend operators* (producenten) was opgenomen.⁵⁹ In dat voorstel zat een gemaximeerde risicoaansprakelijkheid voor hoog risico AI-systemen (art. 4) en een schuldaansprakelijkheid voor overige AI-systemen (art. 8). Zo'n keuze voor een aanvullend aansprakelijkheidsregime voor gebruikers valt goed te verdedigen. In Nederland is bijvoorbeeld een risicoaansprakelijkheid van een gebruiker van hulp- of gevaarlijke zaken in het leven geroepen omdat hij zeker bij professioneel gebruik, profijt behaalt door de inzet ervan, makkelijk is op te sporen, zich niet achter anderen behoort te verschuilen en door middel van vrijwaring de claim in de keten kan doorzetten of zich daartegen kan verzekeren.⁶⁰

Daartegen kan worden ingebracht dat de producent van een AI-systeem de *cheapest cost avoider* is, vaak als enige door middel van updates en upgrades het functioneren van het systeem in verregaande mate kan beïnvloeden en dus aansprakelijk dient te zijn als sprake is van een gebrek.⁶¹ Dat neemt echter niet weg dat gebruikersaansprakelijkheid in ieder geval wat externe aansprakelijkheid betreft een nuttige functie vervult, ook als intern in de keten de producent

uiteindelijk aansprakelijk is.⁶² Dat een gebruiker het AI-systeem zonder broncode niet of nauwelijks kan aanpassen, is voor de Europese wetgever op zich onvoldoende reden de gebruiker niet verantwoordelijk voor dat systeem te achten.⁶³ Die wetgever heeft iets soortgelijks eerder gedaan door de verkoper van een roerende zaak met embedded AI contractenrechtelijk verantwoordelijk te houden voor updates en upgrades, ook al kan hij die niet zelf ontwikkelen en uitbrengen (7:5a lid 1 onder a BW, zie paragraaf 3.4).

Hoewel de keuze van de EC om meteen de *ultimately responsible party* aan te laten spreken begrijpelijk is, denk ik dat ook de mogelijkheid moet worden geboden (1) voor op z'n minst de natuurlijke persoon⁶⁴ om de professionele gebruiker aan te spreken en (2) voor die gebruiker om vervolgens regres te nemen in de keten, zoals bijvoorbeeld het EP heeft gedaan. Dat zou kunnen door de PAR en AIR in elkaar te schuiven⁶⁵ en gebruikersaansprakelijkheid toe te voegen. Daardoor zouden alle aanspraken, verweermiddelen, hoofdelijkheden en regresmogelijkheden geregeld en op elkaar afgestemd kunnen worden. Dat is beter dan, zoals nu het geval is, verschillen in Europese instrumenten ontstaan en Europees en nationaal recht door elkaar heen lopen. Als dat niet gebeurt, blijft de gelaedeerde voor een schadevergoedingsvordering ten opzichte van de gebruiker aangewezen op nationaal recht. Dan heb ik het met name over de risicoaansprakelijkheden van art. 6:74 jo. 6:77 BW als de gebruiker het AI-systeem als hulpzaak gebruikt ter uitvoering van een overeenkomst,⁶⁶ en over art. 6:162 of 6:173 BW waar zo'n contractuele band ontbreekt. Voor zo'n risicoaansprakelijkheid is echter steeds vereist dat sprake is van een roerende zaak. Als het AI-systeem alleen uit software bestaat, dan moeten we in zo'n geval creatieve oplossingen verzinnen om daarvan gebruik te kunnen maken.⁶⁷ Naar de letter van de wet is software immers geen zaak, want geen voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object (art. 3:2 BW).

59 2020/2014(INL), eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELLAR:1923c62a-2640-11ec-bd8e-01aa75ed71a1. Zie voor een kritische beschouwing van dat voorstel G. Wagner, 'Liability for Artificial Intelligence: A Proposal by the European Parliament', in: Horst Eidenmüller / Gerhard Wagner, *Law by Algorithm*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, p. 127-155.

60 Zie voor deze argumenten in het kader van contractuele aansprakelijkheid ex art. 6:74 jo. 6:77 BW *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 267-268 (V.V. II) en bij buitencontractuele aansprakelijkheid ex art. 6:162 en 6:173 BW anders dan op grond van productaansprakelijkheid *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 745 (MvA II). Zie in het kader van AI-systemen Buiten, De Streef & Peitz 2023, par. 4.2.3, p. 12-13.

61 Zie voor argumenten waarom met name de producent zou moeten worden aangesproken G. Wagner, 'Robot liability', in: S. Lohsse, R. Schulze & D. Staudenmayer (ed.), *Liability for Artificial Intelligence and Internet of Things. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2019, p. 40-52 en voor zijn betoog het voorstel van het EP te negeren Wagner 2022, p. 198-199. Zie voor argumenten dat de noodzaak voor een risicoaansprakelijkheid van gebruikers drastisch is gereduceerd door de PAR EC C. Wendehorst, 'Product Liability or Operator Liability for AI – What is the Best Way Forward?', in: Lohsse, Schulze & Staudenmayer 2023, p. 99-127.

62 Zie uitgebreider Spindler 2023, p. 89-92 en voor het Duitse recht Ann-Kristin Mayrhofer, 'Produkthaftungsrechtliche Verantwortlichkeit des „Trainee-Nutzers“ von KI-Systemen', *Recht Digital (RDigital)* 2023/1, p. 20-26.

63 Zie P.W.J. Verbruggen, 'Theoretische rechtvaardigingen voor het personele toepassingsbereik van het voorstel voor een nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid', *NTBR* 2023/40, afl. 9, voor argumenten om in het kader van productaansprakelijkheid andere marktdeelnemers dan de fabrikant aansprakelijk te achten, ook al hebben zij weinig invloed op het ontwerp, waarschuwingen en/of instructies.

64 Wagner 2022, VII D 1 (p. 209) en VII D 2 (p. 211) wil nog een stap verdergaan door ook zaakschade geleden door commerciële partijen onder de werkingssfeer van de PAR te laten vallen.

65 Aldus ook, en met een uitgewerkt voorstel hoe dat te doen, Hacker 2023, par. IV.2.a), p. 30-33.

66 Zie daarover T.J. de Graaf & I.S. Wuisman, 'Contractuele aansprakelijkheid voor het gebruik van AI-systemen in het licht van Europese voorstellen', *WPNR* 2021, afl. 7348, p. 905-915 en i.h.k.v. medische aansprakelijkheid J.H. van Staalduinen, 'Medische aansprakelijkheid en AI. Welke wegen leiden naar Rome? Overzicht, analyse en vraagstukken', *NJB* 2022/2239, p. 2573-2580. Zie ook H. Claes & M. Herbosch, 'Artificial Intelligence and Contractual Liability Limitations: A Natural Combination?', *ERPL* 2023/2, p. 1-28.

67 Waarover in algemene zin T.J. de Graaf, *Stof, papier, inkt: over de invloed van deze vereisten op blockchain, elektronisch contracteren en kunstmatige intelligentie* (oratie Leiden) 2023, scholarlypublications.universiteitiden.nl/handle/1887/3641854.

6. Conclusie

AI met al laten de besproken voorstellen een gefragmenteerd beeld zien daar waar het gaat om aansprakelijkheid van de producent van zelfhandelende AI-systemen. Afhankelijk van de hoedanigheid van de gelaedeerde en het soort schade dat is geleden, staan hem verschillende mogelijkheden ten dienste om die schade op een ander te verhalen. Ervan uitgaande dat alle besproken voorstellen in de huidige vorm in werking treden, sluit ik af met een spoorboekje met daarin in grote lijnen de verschillende aanspraken en de meest voor de hand liggende Europeesrechtelijke grondslagen. Hopelijk helpt het de lezer een weg te vinden door het oerwoud aan regelgeving.

Gaat het om (1) door een *natuurlijk persoon* geleden schade door letsel of overlijden of zaakschade in de privésfeer (waaronder verlies of corruptie van privégegevens, maar geen schade aan het product zelf) (gevolgschade) die (2) *buitencontractueel* is toegebracht als gevolg van een gebrekkig AI-systeem en (3) wil die persoon profiteren van risicoaansprakelijkheid uit hoofde van productaansprakelijkheid, dan moet die persoon in beginsel de producent daarvoor aanspreken op grond van het voorstel voor een aangepaste productaansprakelijkheidsrichtlijn (PAR). De gebrekkigheid kan daarbij ingekleurd worden door de productveiligheidseisen uit het voorstel voor een AI-Verordening (AIV). Ook kan er geprofiteerd worden van bewijsopenbaarmakingsplichten en bewijsvermoedens in de PAR en het voorstel voor een AI-aansprakelijkheidsrichtlijn (AIR).

Heeft de *natuurlijke persoon andere schade* geleden (bijvoorbeeld schade aan het product zelf (transactieschade) of zuivere vermogensschade) dan zijn twee situaties denkbaar. Als hij het AI-systeem van een bedrijf heeft gekocht of gelicentieerd, dan moet hij de verkoper respectievelijk handelaar voor dat soort andersoortige schade aanspreken op grond van de *overeenkomst* en nationaal recht ter implementatie van de Richtlijn consumentenkoop respectievelijk Richtlijn digitale inhoud. Daarbij kan de conformiteit op basis van de productveiligheidseisen uit de AIV worden ingekleurd. Is *geen sprake van een overeenkomst*, dan is hij voor vergoeding van die andersoortige schade aangewezen op nationaalrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheidsgrondslagen (meestal onrechtmatige daad). Wel kan hij in dat geval profiteren van de bewijsopenbaarmakingsplichten en bewijsvermoedens uit de AIR. Daarbij spelen de productveiligheidseisen uit de AIV wederom een rol.

Van de bewijsopenbaarmakingsplichten en bewijsvermoedens uit de AIR kunnen ook *bedrijven* die schade lijden profiteren, voor zover sprake is van buitencontractuele aansprakelijkheid voor AI-systemen. Is sprake van contractuele aansprakelijkheid, dan zijn die bedrijven uitsluitend aangewezen op nationaal recht.