



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Hoever reikt de persoonlijke aansprakelijkheid?

Wijntjens, L.A.B.M.; Laarman, B.S.; Staalduinen, J.H. van; Bleeker, T.R.

Citation

Wijntjens, L. A. B. M., Laarman, B. S., Staalduinen, J. H. van, & Bleeker, T. R. (2023). Hoever reikt de persoonlijke aansprakelijkheid? *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2023(8), 331-348. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725195>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725195>

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

Hoever reikt de persoonlijke aansprakelijkheid?

NTBR 2023/37

Op 14 april 2023 vond de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht plaats. Traditiegetrouw kregen jonge onderzoekers de kans om hun werk te presenteren en zo het bastion van het burgerlijk recht te bestormen. Ook werd de VBR-publicatieprijs uitgereikt. Dit jaar was het thema 'Hoever reikt de persoonlijke aansprakelijkheid?' Sprekers waren Lianne Wijntjens (TiU), Berber Laarman (VU), Jan van Staalduinen (UL) en Tim Bleeker (VU). Deze bijdrage vormt een verslag van hun presentaties en de prijsuitreiking.

1. Introductie

Op 14 april 2023 vond de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht plaats. Traditiegetrouw kregen jonge onderzoekers de kans om hun werk te presenteren en zo het bastion van het burgerlijk recht te bestormen. Ook werd de VBR-publicatieprijs uitgereikt. Dit jaar was het thema 'Hoever reikt de persoonlijke aansprakelijkheid?' De sprekers waren Lianne Wijntjens (TiU), Berber Laarman (VU), Jan van Staalduinen (UL) en Tim Bleeker (VU). Deze bijdrage vormt een verslag van de middag. De volgende onderwerpen komen aan bod: het aanbieden van excuses en de reikwijdte van persoonlijke aansprakelijkheid (par. 2), samenloop tussen klacht en claim en de aansprakelijkheid van de zorgaanbieder (par. 3), aansprakelijkheid wegens schade door medische AI (par. 4) en persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders (par. 5). Afgesloten wordt met de uitreiking van de VBR-publicatieprijs (par. 6).

2. Het aanbieden van excuses en de reikwijdte van persoonlijke aansprakelijkheid

2.1 Inleiding

De eerste presentatie wordt verzorgd door Lianne Wijntjens, universitair hoofddocent aan de Open Universiteit. Zij promoveerde op 11 september 2020 aan Tilburg University op een proefschrift over de rol van excuses in juridische procedures.² In haar presentatie betoogt zij dat het aanbieden van excuses bij uitstek een middel is om persoonlijke verantwoordelijkheid te nemen. Het burgerlijk recht zou om die reden geen belemmeringen moeten opwerpen voor het aanbieden van excuses en misschien zou het burgerlijk recht het aanbieden van excuses zelf moeten stimuleren of faciliteren. In dat kader wordt de vraag opgeworpen of de persoonlijke aansprakelijkheid zover reikt dat er sprake

kan zijn een civielrechtelijke verplichting om excuses aan te bieden. Persoonlijke aansprakelijkheid wordt hier breed opgevat: het gaat hierbij om het nemen van persoonlijke verantwoordelijkheid voor een normschending.

2.2 Het belang van aandacht voor excuses (in het recht)

Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat de afgelopen decennia steeds vaker excuses worden aangeboden.³ Ook in de rechtswetenschappen bestaat al geruime tijd groeiende belangstelling voor de plaats en rol van excuses in het recht. Dit wetenschappelijke debat vindt zijn oorsprong in enkele Angelsaksische rechtsstelsels waar eind vorige eeuw een beweging ontstond waarbinnen de traditionele benadering van het recht werd geëvalueerd door te kijken naar de werking van excuses. Binnen deze beweging werd kritisch gekeken naar de wijze waarop werd omgegaan met conflicten binnen het juridische systeem, omdat het de relatie tussen partijen overmatig zou schaden. Daar werd tegenovergesteld dat excuses juist wel een effectieve en definitieve conflictbeslechting bewerkstelligen.⁴ De strekking van het betoog was steeds dat het recht schadeveroorzakers zou moeten stimuleren om excuses aan te bieden en, op zijn minst, er niet in de weg zou moeten staan. Verondersteld werd dat dit allerm minst het geval was. Schadeveroorzakers zouden terughoudend zijn met het aanbieden van excuses, omdat zij bang zouden zijn voor negatieve juridische consequenties. In het bijzonder zou men bang zijn om met het aanbieden van excuses aansprakelijkheid te erkennen. Het voorgaande heeft wereldwijd geleid tot verschillende initiatieven in wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Zo zijn er in een aantal jurisdicties wettelijke bepalingen ingevoerd die de (veronderstelde) nadelige juridische consequenties van excuses verminderen of wegnemen (excusesbeschermende wetgeving).⁵ Het beschermen van excuses wordt van belang geacht, omdat uit talloze wetenschappelijke studies blijkt dat het ontvangen van excuses door slachtoffers als waardevol wordt ervaren.⁶

¹ Citeerwijze: L.A.B.M. Wijntjens, B.S. Laarman, J.H. van Staalduinen & T.R. Bleeker, 'Hoever reikt de persoonlijke aansprakelijkheid?', NTBR 2023/37, afl. 8.

² L.A.B.M. Wijntjens, 'Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld?' Over het aanbieden van excuses in de civiele procedure en de medische tuchtprocedure, Den Haag: Boom juridisch 2020.

³ Zie o.a. M. Zoodma & J. Schaafsma, 'Examining the 'age of apology': Insights from the Political Apology database', *Journal of Peace Research* (59) 2021, afl. 1, p. 1-13. Dit onderzoek laat zien dat politieke excuses sinds het einde van de Koude Oorlog steeds vaker worden aangeboden met een nog sterkere toename in de laatste 20 jaar. Ze worden wereldwijd aangeboden, maar met name in liberale democratieën en in landen die in transitie zijn naar een liberale democratie.

⁴ Zie o.a. J.R. Cohen, 'Advising Clients to Apologize', *Southern California Law Review* (72) 1999, afl. 5, p. 1061 ("Encouraging apologies to occur early on may prevent many injuries from escalating into legal disputes.").

⁵ Zie hierover onder verwijzing naar literatuur Wijntjens 2020, par. 3.5. Zie tevens: A.M. Zwart-Hink & C.J.A. Seinen, 'Excuseswetgeving: een veilige haven voor het spontaan aanbieden van excuses? Over de wenselijkheid en haalbaarheid van het invoeren van excuseswetgeving in Nederland', *AV&S* 2020/15, p. 85-96.

⁶ Zie voor een uitgebreid literatuuronderzoek naar de werking en effectiviteit van excuses Wijntjens 2020, hoofdstuk 2.

2.3 Juridische belemmeringen voor het aanbieden van excuses

De vraag is of de angst voor negatieve juridische consequenties als gevolg van het aanbieden van excuses terecht is. Wijntjens verrichtte in het kader van haar promotie-onderzoek een gestructureerde rechtspraakanalyse om dit te toetsen.⁷ Uit de analyse, waarin 3938 uitspraken werden betrokken, bleek dat de veronderstelde juridische risico's van het aanbieden van excuses sterk genuanceerd moeten worden.

De belangrijkste vooronderstelling die wordt gedaan over excuses is dat het aanbieden van excuses zou kunnen leiden tot het erkennen van aansprakelijkheid. In de literatuur wordt betoogd dat dit inderdaad het geval kan zijn door de toepassing van de wilsvertrouwensleer.⁸ Deze speelt een rol wanneer de intentie van degene die iets verklaart, verschilt van de wijze waarop de ontvanger de verklaring heeft begrepen. In het onderhavige geval: iemand bedoelt excuses aan te bieden, maar de ontvanger vat dit op als een erkenning van aansprakelijkheid. De wilsvertrouwensleer brengt dan mee dat wanneer de ontvanger van de excuses er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de aangeboden excuses strekken tot een erkenning van aansprakelijkheid, de aanbieder van de excuses hieraan is gebonden.⁹ Dat zou betekenen dat excuses kunnen gelden als een erkenning van aansprakelijkheid, ook al is dat door de aanbieder niet bedoeld. Uit de rechtspraakanalyse blijkt echter dat deze theorie zeer beperkt weerslag vindt in de praktijk. Slecht in twee civiele uitspraken werd de wilsvertrouwensleer op de hierboven omschreven wijze toegepast op een verklaring waarin excuses waren aangeboden.¹⁰ In deze uitspraken speelden echter wel zeer specifieke omstandigheden. De excuses waren bijvoorbeeld in beide gevallen aangeboden door een professionele partij waardoor de ontvanger meer betekenis aan de excuses

mocht toekennen. Excuses kunnen dus slechts onder zeer specifieke omstandigheden en in zeer zeldzame gevallen gelden als een erkenning van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Uit de rechtspraakanalyse is echter gebleken dat er een tweede civielrechtelijke belemmering is voor het aanbieden van excuses. Een onderdeel van het aanbieden van excuses is vaak het erkennen van een of meer feiten.¹¹ Uit de rechtspraakanalyse blijkt dat excuses waarmee feiten worden erkend in de civiele procedure regelmatig worden ingebracht als bewijsmiddel. Er zijn tientallen voorbeelden gevonden van zaken waarin civiele rechters excuses inderdaad ten grondslag leggen aan hun beslissing. Een belangrijke bevinding is dus dat excuses bewijskracht kunnen hebben.¹² Dat lijkt op het eerste gezicht een stevige juridische belemmering voor het aanbieden van excuses. Na nadere analyse van de rechtspraak ontstaat echter een ander beeld. In de gevonden uitspraken werden naast de aangeboden excuses steeds ook andere argumenten genoemd. Excuses kunnen dus wel bewijsstatus hebben, maar hier dient de kanttekening te worden gemaakt dat rechters hier erg genuanceerd mee omgaan. Aan excuses wordt geen doorslaggevende betekenis toegekend.

Op basis van de rechtspraakanalyse kan geconcludeerd worden dat de onderzochte procedures vrijwel geen juridische belemmeringen opwerpen voor het aanbieden van excuses. De nadruk die wordt gelegd op de juridische risico's van het aanbieden van excuses is aldus onterecht. Veel vaker blijken excuses juist allerlei positieve gevolgen te hebben voor de aanbieder. Dit blijkt met name het geval bij open normen in het burgerlijk recht. Het feit dat er excuses zijn aangeboden (of dat er juist geen excuses zijn aangeboden) blijkt een omstandigheid die rechters meewegen bij de invulling van die open normen.¹³ Excuses blijken door rechters te kunnen worden gezien als een indicatie dat een procespartij heeft geleerd van de gemaakte fout en zich in de toekomst anders zal gaan gedragen.¹⁴ Daarnaast wordt het feit dat er excuses zijn aangeboden in sommige

7 Onderdeel van de analyse waren de Nederlandse civiele procedure en de medische tuchtprocedure.

8 Zo wordt wel bepleit in: K.P. Hoogenboezem & M.C. Hees, 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/154, afl. 7025, p. 638-642; L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016/147, afl. 7092, p. 82-88 en A.M. Zwart-Hink, 'Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden?: Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid', *NJB* 2017/2032, afl. 38, p. 2800-2808.

9 Ter onderbouwing van dit standpunt wordt in de literatuur verwezen naar jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de erkenning van aansprakelijkheid wordt gezien als een eenzijdige gerichte rechtshandeling waarop de wilsvertrouwensleer, zoals neergelegd in art. 3:33 en 3:35 BW, van toepassing is: HR 27 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4799, *NJ* 1984/789; HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, *NJ* 1992/606 en HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8270, *NJ* 2003/619.

10 Rb. Maastricht 27 juli 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR5240 en Rb. Assen 1 februari 2006, niet gepubliceerd. Een beschrijving van deze zaak is terug te vinden in de uitspraak Hof Amsterdam 22 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1733, *JA* 2011/152, m.nt. A.E. Krispijn waar het letselschadebureau en diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar tegenover elkaar staan in een vrijwaringsprocedure. Voorts zijn verschillende uitspraken gevonden waarin de rechter tot het oordeel komt dat de aangeboden excuses geen erkenning van aansprakelijkheid of een andere juridische kwalificatie impliceren. Zie Wijntjens 2020, paragraaf 5.3 voor de uitgebreide analyse.

11 Het aanbieden van excuses, zonder daarbij de feiten te vermelden, wordt in de literatuur daarom omschreven als ineffectief (Zie o.a. R. Carroll, C. To & M. Unger, 'Apology Legislation and its Implications for International Dispute Resolution', *Dispute Resolution International* (9) 2015, afl. 2, p. 115-138).

12 In het Nederlandse civiele recht lijken geen bewijsrechtelijke belemmeringen te bestaan voor het inbrengen van excuses als bewijsmiddel. De vrije bewijsleer brengt immers met zich mee dat bewijs in beginsel kan worden geleverd door alle middelen (art. 152 lid 1 Rv). Dit ligt anders in sommige jurisdicties waar door de invoering van zogenaamde 'apology laws' excuses kunnen worden uitgesloten als bewijsmiddel. Zie o.a. W. Vandenbussche, 'Introducing Apology Legislation in Civil Law Systems. A New Way to Encourage Out-of-Court Dispute Resolution', in: L. Cadiet, B. Hess & M.R. Isidro (red.), *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits* (Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, volume 18), Baden-Baden: Nomos 2019, p. 433-484.

13 Zie hierover uitgebreid onder verwijzing naar rechtspraak Wijntjens 2020, paragraaf 5.4.

14 Zie bijv. Hof Den Haag 30 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA3474, r.o. 1.7 ("Daarbij is, kort gezegd, overwogen dat gezien het door [huurder] getoonde berouw de kans op herhaling niet erg waarschijnlijk is (...).")

gevallen meegewogen als een matigende omstandigheid bij de begroting van immateriële schade.¹⁵ Anderzijds kan het uitblijven van excuses in een civiele procedure worden tegengeworpen. Het uitblijven van excuses wordt in deze gevallen genoemd als een verzwarende omstandigheid. Er is dus sprake van een dubbele prikkel: het aanbieden van excuses wordt beloond, terwijl het niet aanbieden van excuses wordt afgestraft.

2.4 *Excuses als civielrechtelijke remedie*

Maar moeten we niet nog een stapje verdergaan door het aanvaarden van excuses als een civielrechtelijke remedie? Illustratief is het kort geding dat zes Surinaamse belangenorganisaties in december 2022 hadden aangespannen tegen de Nederlandse Staat.¹⁶ Aanleiding van deze zaak was het via de media uitgelekte voornemen van het kabinet om op 19 december 2022 excuses aan te bieden voor het Nederlandse slavernijverleden. Eiseressen hebben bezwaren tegen de wijze waarop, op basis waarvan en wanneer de excuses zouden moeten worden aangeboden. De voorzieningenrechter oordeelt dat het maken van excuses een uiting is van iets waartoe de Staat zich moreel verplicht acht (r.o. 5.11). Het aanbieden van excuses is volgens de voorzieningenrechter aldus geen juridische verplichting, maar een morele verplichting. De uitspraak roept de interessante juridische vraag op of slachtoffers excuses in rechte kunnen afdwingen en zelfs invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop de excuses worden aangeboden. Dat dit geen al te gekke gedachte is blijkt uit het feit dat de mogelijkheid om excuses in rechte af te dwingen in verschillende jurisdicties is neergelegd in wetgeving of is aanvaard in de jurisprudentie.¹⁷ Een recent voorbeeld betreft een arrest van het Belgische Hof van Cassatie waarin het Hof heeft aanvaard dat het afdwingen van excuses als een vorm van herstel in natura voor morele schade kan worden gekwalificeerd.¹⁸ Ook voor het Nederlandse privaatrecht geldt dat er in de literatuur verschillende mogelijkheden worden genoemd om het vorderen (door eisers) en toekennen (door rechters) van excuses mogelijk te maken. Slechts in de hoogst uitzonderlijke gevallen waarin een rechtsplicht tot het aanbieden van excuses bestaat, zou een vordering tot afdwinging van excuses kunnen worden gebaseerd op art. 3:296 BW. De meest toegankelijke mogelijkheid lijkt om die reden art. 6:103 BW en de daarin vervatte mogelijkheid tot toekenning van een schadevergoeding anders dan in geld.¹⁹ Uit het eerdergenoemde rechtspraakonderzoek blijkt dat het in Nederland regelmatig voorkomt dat

excuses worden gevorderd in een civiele procedure.²⁰ Dergelijke vorderingen worden in de meeste gevallen afgewezen. Opvallend is dat wanneer civiele rechters een vordering tot het aanbieden van excuses afwijzen, zij deze beslissingen onderbouwen door te verwijzen naar argumenten die in de literatuur reeds zijn weerlegd of genuanceerd.²¹ De in de rechtspraak gebezigde argumentatie vindt aldus geen of weinig steun in de wetenschap. Nu de mogelijkheid om excuses in een civiele procedure op te leggen niet principieel uitgesloten is, dient de discussie over de toegankelijkheid van een vordering tot het aanbieden van excuses op een meer fundamenteel niveau plaats te vinden. Hierbij dient gereflecteerd te worden op de vraag welke doelen het privaatrecht wenst te verwezenlijken en hoe het aanvaarden van het aanbieden van excuses als een civielrechtelijke remedie zich daartoe verhoudt. In de kern gaat het om de discussie of immateriële behoeften van procespartijen überhaupt een plaats zouden moeten hebben in het vermogensrecht. Wanneer genoegdoening wordt aanvaard als een kerntaak van het vermogensrecht, is het aanbieden van excuses bij uitstek een remedie om hieraan tegemoet te komen. Er zijn nog weinig tot geen andere mogelijkheden om immateriële belangen (op een andere wijze dan het toewijzen van een geldvordering) een plek te geven in het vermogensrecht.

15 Zie o.a. Rb. Den Haag 12 december 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AD7073 ("Bij het bepalen van de daarvoor toe te kennen genoegdoening neemt de rechtbank mede in aanmerking dat de Stichting, zoals eerder is overwogen, welgemeende excuses heeft aangeboden.").

16 Rb. Den Haag 23 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14035, JA 2023/27, m.nt. L.A.B.M. Wijntjens.

17 Zie voor een uitgebreid overzicht S. De Rey, 'Excuseer?! Afdgedwongen excuses in het aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2017, afl. 4, p. 1153-1214.

18 Cass. 26 november 2021, AR C.20.0578.F, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20211126.1F.5.

19 Zie uitgebreid onder verwijzing naar literatuur S. De Rey & L.A.B.M. Wijntjens, 'Afdwinging van excuses in de civiele procedure. Vergelijking tussen het Nederlandse en Belgische recht naar aanleiding van Cass. 26 november 2021', *NTBR* 2022/32, p. 274-283.

20 Zie Wijntjens 2020, in het bijzonder hoofdstuk 7. Er zijn 175 gepubliceerde uitspraken gevonden waarin excuses door een van de procespartijen werden gevorderd.

21 Zie o.a. G. van Dijk, 'Hebben afdgedwongen excuses zin?', *NTBR* 2017/42, afl. 10, p. 298-302.

3. De samenloop van klacht en claim en de aansprakelijkheid van de zorgaanbieder

3.1 Inleiding

Het promotieonderzoek van Berber Laarman²² betrof de vraag hoe openheid na een medisch incident kan worden georganiseerd, en welke rol het recht (klachtrecht, tuchtrecht, aansprakelijkheidsrecht) daarin speelt.²³ Tijdens de Bastion Lezing van 14 april 2023 heeft zij het medisch aansprakelijkheidsrecht gebruikt als casus om te laten zien dat aansprakelijkheid ook kan meebrengen dat van de aansprakelijke partij mag worden verwacht dat die het slachtoffer proactief tegemoet treedt. Dat is omgekeerd aan de traditie in het aansprakelijkheidsrecht, waarin van de patiënt als 'eiser' wordt verwacht dat hij/zij een schadevergoeding 'eist'.²⁴ Oftewel: de patiënt heeft recht op schadevergoeding, maar moet deze zelf, met een 'goed onderbouwde claim', komen halen. De geest van de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz) zou echter moeten meebrengen dat de aangesproken partij schadevergoeding zelf aanbiedt.²⁵

3.2 Het belang van openheid

Uit onderzoek blijkt dat patiënten na een medisch incident verschillende behoeften hebben, waarvan eerlijke informatie en goede communicatie de belangrijkste zijn. Voor patiënten is het daarnaast belangrijk dat wordt uitgezocht en erkend wat er is gebeurd, dat iemand verantwoordelijkheid neemt, en dat (indien gepast) excuses worden aangeboden. Patiënten willen weten wat voor hen de concrete gevolgen zijn, en vinden het belangrijk dat de zorgaanbieder maatregelen treft om eenzelfde soort incident in de toekomst te voorkomen. Tot slot willen patiënten die schade lijden dat die schade wordt vergoed, maar dat is niet hun enige en ook niet de belangrijkste behoefte.²⁶ Open en eerlijk communiceren na incidenten is onderdeel van de professionele

standaard.²⁷ Artsen leiden die plicht af uit de artseneed, waarin onder meer staat:²⁸

"Ik erken de grenzen van mijn mogelijkheden. Ik zal mij open en toetsbaar opstellen, en ik ken mijn verantwoordelijkheid voor de samenleving."

Ook in wetgeving en gedragsregels komt tot uiting dat de zorgplicht voor de patiënt niet ophoudt zodra er iets misgaat.²⁹ In tegendeel zelfs, zo blijkt uit een uitspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) in 2018:³⁰

"Het Regionaal Tuchtcollege neemt wat dat aangaat terecht het standpunt in dat communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid en correcte bejegening van groot belang zijn. (...) Met name daarom is ook het standpunt van de GOMA van belang dat de te leveren nazorg zich praktisch gesproken niet kan beperken tot de gevolgen van het incident voor de gezondheidssituatie van de patiënt; die zorgplicht strekt zich ook uit tot de afhandeling van schade, als sprake blijkt te zijn van een toerekenbare tekortkoming van de zijde van de zorgverlener."

Het is voor de zorgverleners zelf ook belangrijk dat zij open kunnen zijn. Uit onderzoek blijkt dat het meemaken van een incident ook voor zorgverleners een ingrijpende gebeurtenis kan zijn.³¹ Zorgverleners worden in de literatuur ook wel *second victim* genoemd – *second*, omdat de patiënt natuurlijk altijd *first victim* is.³² Open en eerlijk kunnen praten (met collega's en de patiënt) is een van de manieren waarop zorgverleners die ervaring kunnen verwerken.³³ Maar dat betekent niet dat het gemakkelijk is. In de literatuur worden verschillende omstandigheden genoemd die het betrachten van openheid kunnen bemoeilijken, waaronder gebrekkige communicatievaardigheden van de zorgverlener, het bestaan van een *blame* cultuur in de zorginstelling, of angst

22 Mr. dr. Berber Laarman is universitair docent op de afdeling Privaatrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam.

23 B.S. Laarman, *De rol van het recht als er iets misgaat in de gezondheidszorg: over openheid in de praktijk, de manco's van het medisch tuchtrecht en een betere afwikkeling van schade* (diss. Vrije Universiteit Amsterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022.

24 Want 'wie eist bewijst', art. 150 Rv.

25 De Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz) verstaat onder zorgaanbieder alle zorgaanbieders, niet alleen de 'cure', maar ook de 'care', zowel instellingen als solistisch werkende zorgverleners, waaronder de geestelijke gezondheidszorg (GGZ), de verpleging, verzorging en thuiszorg (de VVT-sector) en de eerste lijn, zoals de huisartsenzorg. Met 'zorgaanbieder' wordt bedoeld op de instelling, met 'zorgverlener' wordt de individuele professional bedoeld. In sommige gevallen vallen de begrippen zorgaanbieder en zorgverlener dus samen in één persoon. Mijn promotieonderzoek beperkte zich tot de ziekenhuiszorg. Wanneer in deze bijdrage over de zorgaanbieder wordt gesproken, wordt daarmee dus uitdrukkelijk de instelling bedoeld.

26 C. Vincent, M. Young & A. Phillips, 'Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action', *The Lancet* (343) 1994, afl. 8913; R. Iedema e.a., 'Patients' and family members' views on how clinicians enact and how they should enact incident disclosure: "the 100 patient stories" qualitative study', *British Medical Journal* 2011, afl. 343, D4423; J.L. Smeehuijzen e.a., *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2013.

27 B.S. Laarman, 'De professionele standaard: Wat is een open en eerlijke reactie na een medisch incident?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2017/41, afl. 4/5, p. 351.

28 De Nederlandse Artseneed (2009).

29 Art. 10 lid 3 Wkkgz; ook in de KNMG Richtlijn Klachten en incidenten: wat mag er van artsen worden verwacht? (eerst gepubliceerd in 2006 en herzien in 2022) en in de reeds genoemde GOMA (eerst gepubliceerd in 2010, herzien in 2023) komt openheid als centraal onderdeel terug.

30 CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:68.

31 E. van Gerven, *Health professionals as second victims of patient safety incidents: Impact on functioning and well-being* (diss. KU Leuven), Leuven: KU Leuven, 2016.

32 A.W. Wu, 'Medical error: the second victim: the doctor who makes the mistake needs help too', *BMJ* (320) 2000/7237, p. 726-727.

33 Er is uitgebreid gepubliceerd over de noodzaak van openheid en opvang voor zorgverleners. D. Seys e.a., 'Supporting Involved Healthcare Professionals (Second Victims) Following an Adverse Health Event: A Literature Review', *International Journal of Nursing Studies* (50) 2013, afl. 5, p. 678-687; Coughlan, D. Powell & M.F. Higgins, 'The Second Victim: A Review', *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology* 2017, afl. 213, p. 11-16.

voor de gevolgen die het geven van openheid kan meebrengen, zoals een (tucht)klacht.³⁴

3.3 Openheid geven en het recht

Openheid geven is belangrijk, maar het gaat niet vanzelf. Daar komt bij dat de gezondheidszorg is gereguleerd in procedures die niet allemaal even goed aansluiten bij het ideaal zo open mogelijk te zijn. Dat heeft er ten eerste mee te maken dat de regulering van de gezondheidszorg 'verkokerd' is.³⁵ Ten tweede kunnen juridische procedures ook daadwerkelijk aan een open reactie in de weg staan. Ik licht dit toe.

3.3.1 Verkokering

Met verkokering wordt bedoeld dat beleid met betrekking tot openheid is neergelegd in afzonderlijke procedures die ieder een eigen doel dienen en waaraan verschillende, daarin gespecialiseerde functionarissen zijn verbonden. In het medisch tuchtrecht is dat belang de kwaliteit van zorg.³⁶ In het tuchtrecht speelt het individuele belang van de patiënt een marginale rol; de patiënt is in het tuchtrecht vooral klokkenluider.³⁷ De patiënt kan dus in een tuchtprocedure ook niets vorderen. In het aansprakelijkheidsrecht is het centraal staande belang herstel, waarbij herstel wordt ingevuld met financiële compensatie.³⁸ In het klachtrecht gaat het om een oplossing te vinden voor een probleem. Klachtrecht bestaat in situaties waar sprake is van machtsongelijkheid; zo is er ook klachtrecht voor huurders en is er een nationale ombudsman.³⁹ Klachtrecht stelt het belang van de klager centraal en moet bijdragen aan een oplossing, leren van de klacht, en genoegdoening, waarbij genoegdoening zowel materieel als immaterieel kan zijn.⁴⁰

Voor juristen is het onderscheid tussen procedures en de te onderscheiden belangen duidelijk en ook logisch. Het is belangrijk om te realiseren dat het onderscheid voor patiënten helemaal niet evident is.⁴¹ Een tweede aandachtspunt, dat daarmee samenhangt, is dat het strikte onderscheid in belangen en daarbij horende procedures ook tot gevolg heeft dat het moeilijk is om in procedure (1) aandacht te krijgen voor een belang dat centraal staat in procedure (2). Er wordt bijvoorbeeld wel onderzocht of de patiënt recht heeft op schadevergoeding, maar de klacht die aan het verzoek tot schadevergoeding ten grondslag lag wordt niet meer opgelost. Verkokering heeft dus tot gevolg dat de patiënt het probleem moet reduceren tot het belang dat centraal staat in die ene procedure waar hij al dan niet per toeval in is beland, of de patiënt moet een klacht, een tuchtklacht én een verzoek tot schadevergoeding indienen.

3.3.2 Negatieve gevolgen van het recht

Juridische procedures, en dan met name de tucht- en claimprocedure, kunnen ook daadwerkelijk aan andere behoeften van patiënten in de weg staan. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer patiënten de behandelrelatie met hun zorgverlener willen voortzetten of zelfs willen herstellen, maar daar door het juridische conflict niet in slagen. Juridisering kan op die manier direct negatieve gevolgen hebben op de afwikkeling van medische incidenten.⁴² In de literatuur over het aansprakelijkheidsrecht wordt dit ook wel 'secundaire victimisatie' genoemd, wat inhoudt dat slachtoffers opnieuw schade wordt toegebracht, maar dit keer door de manier waarop na de schadeveroorzakende gebeurtenis door de veroorzaker, de verzekeraar of de sociale omgeving met het slachtoffer wordt omgegaan.⁴³

Secundaire victimisatie kan worden veroorzaakt doordat slachtoffers zich tot het aansprakelijkheidsrecht wenden met behoeften die in een claimprocedure niet als vanzelfsprekend een plek kunnen krijgen, zoals meer informatie of excuses. Maar secundaire victimisatie treedt ook op door de manier waarop we het aansprakelijkheidsrecht hebben ingericht.⁴⁴ Dat is ten eerste reactief. De (mogelijk) aansprakelijke partij komt traditioneel pas in beweging als deze wordt aangesproken. Dat wordt als onrechtvaardig ervaren, want het nemen van verantwoordelijkheid wordt door patiënten juist heel belangrijk gevonden.⁴⁵

Het proces dat volgt is vervolgens 'op tegenspraak': de patiënt stelt, de zorgaanbieder of verzekeraar spreekt tegen.

- 34 A.W. Wu et al., 'Disclosure of Adverse Events in the United States and Canada: An Update, and a Proposed Framework for Improvement', *Journal of Public Health Research* (3) 2013, 2, p. 186-193; L.E. Lipira & T.H. Gallagher, 'Disclosure of Adverse Events and Errors in Surgical Care: Challenges and Strategies for Improvement', *World Journal of Surgery* (38) 2014, afl. 7, p. 1614-1621; A. Pinto et al., 'Surgical complications and their implications for surgeons' well-being', *British Journal of Surgery* (100) 2013, 13, p. 1748-1755; Harrison et al., 'Enacting open disclosure in the UK National Health Service: A qualitative exploration', *Journal of Evaluation in Clinical Practice* (23) 2017, 4, p. 713-718; L.C. Kaldjian et al., 'An Empirically Derived Taxonomy of Factors Affecting Physicians' Willingness to Disclose Medical Errors', *Journal of General Internal Medicine* (21) 2006, afl. 9, p. 942-948; I. Carillo et al., 'Why an open disclosure procedure is and is not followed after an avoidable adverse event', *Journal of Patient Safety* 2017 (online publicatie).
- 35 Laarman 2022, p. 46, 273, 286.
- 36 J. Legemaate, 'De betekenis van het medisch tuchtrecht voor de kwaliteit van zorg', *NJB* 2021/1509, afl. 21, p. 1728-1735.
- 37 Herregodts noemde de patiënt om die reden "onbezoldigd aanklager". R.L. Herregodts, 'De patiënt en de tuchtprocedure: het bestuursrecht als inspiratiebron voor het medisch tuchtrecht', *NTB* 2019/15, afl. 4, p. 165-171.
- 38 A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief: hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TVP* 2007, afl. 4, p. 103-118.
- 39 Zie voor een uitgebreide analyse van de totstandkoming van het klachtrecht bijv. F.C.B. van Wijnen, 'Klachtrecht: historie en plaatsbepaling', in: E.L.M. van Dielen-Boot e.a. (red.), *Klacht en recht in de zorg*, Houten/Antwerpen: Bohn Stafleu van Loghum 2008, p. 65-78. Ook Kastelein besteedt aandacht aan de historie van het klachtrecht: W.R. Kastelein, *Van klagen naar klachtrecht: het klachtrecht van de patiënt in de gezondheidszorg*, Arnhem: Gouda Quint 1992. Verder: G.A. van Eikema Hommes, 'Klachtrecht in de gezondheidszorg', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), *Het recht om te klagen: een bijzondere vorm van rechtspleging*, Deventer: Kluwer 2001, p. 23-25.
- 40 NRV, Advies klachtenopvang en democratisering, Zoetermeer 1991.

- 41 Zie hierover o.a. J.G. Sijmons e.a., *Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*, Den Haag: ZonMw 2013, p. 162.
- 42 Uit interviews met zorgverleners blijkt dat na aansprakelijkstelling het contact tussen de zorgverlener en de patiënt naar de achtergrond verdwijnt. Van Ruitenbeek-Bart 2023, p. 277-302; Smeehuijzen e.a. benoemen het in 2013 als probleem dat de communicatie met de patiënt vaak (geheel) werd overgenomen door de medisch aansprakelijkheidsverzekeraar, Smeehuijzen e.a. 2013, p. 175.
- 43 N. Elbers & I. Becx, *Secundaire victimisatie als probleem: herstelrecht als oplossing? Een onderzoek naar de reikwijdte van secundaire victimisatie en herstelrecht in het straf-, civiel- en bestuursrecht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2020.
- 44 Elbers & Becx 2020.
- 45 Onderdeel van de analyse waren de Nederlandse civiele procedure en de medische tuchtprocedure.

Dat leidt tot een adversarieel proces waarin partijen niet samen naar een oplossing op zoek gaan, maar (vrij letterlijk) tegenover elkaar komen te staan. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat het indienen van een verzoek tot schadevergoeding de verhoudingen verandert; na het indienen van een claim wordt de houding van de zorgaanbieder als afstandelijk of zelfs berekenend ervaren.⁴⁶ Dat is, juist in medische context, waar de zorgverlener werd geacht voor de patiënt te zorgen, een pijnlijke constatering.

Negatieve effecten van het recht zijn er ook voor de zorgverlener. Het meeste (Nederlandse) onderzoek naar de ervaringen van zorgverleners heeft zich tot dusver op het medisch tuchtrecht geconcentreerd.⁴⁷ Onderzoek naar de (zelfgerapporteerde) gevolgen van de medische tuchtrecht-procedure voor dokters laat zien dat zij zich in een tuchtrechtprocedure boos, aangevallen en machteloos voelden. De meesten van hen vonden de gevolgen van de procedure uitsluitend negatief. Zij rapporteerden een invloed op hun professionele handelen, waaronder (toegegeven) veruit de meerderheid ook besprak of verbetermaatregelen nodig waren. Minder bemoedigend is dat slechts 26% het ook nodig vond verbetermaatregelen te implementeren. Duidelijk werd in ieder geval dat het tuchtrecht als zeer heftig wordt ervaren en dat zorgverleners zelf er weinig positiefs in zien.⁴⁸

Ruitenbeek-Bart bracht recent de ervaringen van zorgverleners met de civiele procedure in beeld.⁴⁹ Hoewel zorgverleners in de door haar uitgevoerde interviewstudie eensgezind van mening waren dat de tuchtrechtprocedure ingrijpender is, blijkt dat ook de civiele procedure belastend kan zijn. Als belastende factoren worden genoemd de onzekerheid die een civiele procedure teweegbrengt en de lange duur daarvan, evenals de steeds terugkerende confrontatie met wat er is gebeurd. Ook voor zorgverleners blijkt de aansprakelijkstelling een kritiek moment te zijn in de arts-patiëntrelatie. Waar zij eerst naast de patiënt stonden, zijn zij nu 'aangesprokene', in welke rol zorgverleners te maken krijgen met verschillende belangen die niet altijd sporen met de rolopvatting als zorgverlener. Van Ruitenbeek-Bart spreekt dan ook van een "paradoxe rolverandering".⁵⁰ Tot slot wordt de bejegening door de patiënt en diens belangenbehartiger genoemd. Het afhouden van contact na aansprakelijkstelling wordt als moeilijk ervaren, evenals een verwijtende toonstelling in juridische correspondentie.

46 Smeehuijzen e.a. 2013, p. 102; H. Merten e.a., *Als het mis gaat... Verhalen van patiënten en anbestaanden na het doormaken van een calamiteit*, Utrecht: Nivel 2019, p. 74.

47 F.Y. Alhafaji, B.J.M. Frederiks & J. Legemaate, 'Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen met het tuchtrecht', *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2009/13, afl. 3, p. 18-42; R. Friele e.a., *Zorgverleners en burgers over het openbaar maken van door de tuchtrechter opgelegde berispingen en geldboetes*, Utrecht: Nivel 2017; B.S. Laarman, R.J.R. Bouwman, A.J.E. de Veer, M. Hendriks & R. Friele, 'How do doctors in the Netherlands perceive the impact of disciplinary procedures and disclosure of disciplinary measures on their professional practice, health and career opportunities? A questionnaire among medical doctors who received a disciplinary measure', *BMJ Open* 2019, afl. 9.

48 Laarman e.a. 2019.

49 Van Ruitenbeek-Bart 2023, p. 273-329.

50 Van Ruitenbeek-Bart 2023, p. 317.

3.4 De Wkkgz

Uit het voorgaande blijkt dat het voor zowel de patiënt als de zorgverlener van belang is om juridische escalatie zoveel mogelijk te voorkomen. Beiden ervaren de rechtsgang na een medisch incident als onzeker en (mede daardoor) belastend, en beide partijen ervaren problemen met de conflictueuze aard van die procedures. De wetgever heeft in 2016 geprobeerd aan de problemen rond medische incidenten tegemoet te komen met de invoering van de Wkkgz. De Wkkgz is een klachtwet, wat hier vooral relevant is omdat het klachtrecht erop gericht is machtsongelijkheid te compenseren. In het klachtrecht is een patiënt de zwakkere partij die wordt geholpen bij het vinden van een oplossing voor zijn onvrede. Klachtrecht is daarom niet reactief, maar proactief, en niet gericht op tegenspraak, maar is juist oplossingsgericht.⁵¹

De Wkkgz kent een getrapte opbouw. Het idee daarachter is dat zoveel mogelijk problemen in een vroege, informele fase worden opgelost, zodat alleen 'echte' problemen bij de geschilleninstantie terechtkomen.⁵² Op grond van de Wkkgz zijn zorgaanbieders verplicht klachten zelf zorgvuldig te onderzoeken en snel en informeel af te handelen,⁵³ maar de Wkkgz legt niet uit wat er onder een 'klacht' moet worden verstaan. Vanuit het klachtrecht wordt daaronder "iedere uiting van onvrede" verstaan. In de parlementaire geschiedenis van de Wkkgz heeft de minister uitdrukkelijk uitgesproken dat de wet zowel ziet op klachten met, als op klachten zonder financiële component.⁵⁴ Dat betekent dus dat in beginsel ook alle schadeclaims onder de Wkkgz vallen, of dat nu een goed onderbouwde 'claim' is of een 'uiting van onvrede met een verzoek tot schadevergoeding' is. In de praktijk wordt dit de "samenloop van klacht en claim" genoemd.

De samenloop tussen klacht en claim brengt mee dat de zorgaanbieder zelf beide soorten klachten inhoudelijk in behandeling moet nemen, én dat dat de zorgaanbieder dit, conform de uitgangspunten van het klachtrecht, ook proactief en oplossingsgericht zou moeten doen. Dat betekent concreet dat de zorgaanbieder niet kan afwachten tot een patiënt met een goed onderbouwde claim komt aanzetten, maar zelf moet onderzoeken hoe samen met de patiënt tot een oplossing van het probleem kan worden gekomen. Overigens staat de weg naar het reguliere aansprakelijkheidsrecht voor de patiënt natuurlijk altijd open; de patiënt is niet verplicht de route naar de geschilleninstantie te volgen.

3.5 Proactief schade afhandelen

In februari van dit jaar is de nieuwe Gedragscode Openheid na incidenten, betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA) uitgekomen.⁵⁵ De GOMA is een gedragscode

51 B.S. Laarman & A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz: De beloften van het klachtrecht voor patiënten, de eerste stappen naar verwezenlijking door de ziekenhuizen en de eerste verrichtingen van de Wkkgz-geschilleninstanties', *TVP* 2017, afl. 3, p. 57-79, op p. 59-60.

52 *Kamerstukken I* 2013/14, 32402, nr. F, p. 49.

53 Art. 16 Wkkgz.

54 Zie hierover uitgebreider Laarman & Akkermans 2017, p. 59 en p. 63.

55 Te vinden op www.letselschaderaad.nl.

die is onderschreven door brancheorganisaties in de zorg.⁵⁶ De nieuwe GOMA bevat 23 aanbevelingen (met uitgebreide toelichting) over de reactie op medische incidenten en de afwikkeling van schade. Het is een breed gedragen gedragscode waar ook door de tuchtrechter aan wordt getoetst.⁵⁷

De verplichting schade proactief af te handelen zien we in de nieuwe GOMA terug in aanbeveling 13:

“In het geval van een incident, een daaraan gerelateerde klacht of een verzoek om schadevergoeding bespreekt de zorgaanbieder met de patiënt het proces van afhandeling en inventariseert hij diens behoeften op dat gebied. Hij informeert de patiënt over de te ondernemen stappen en onderhoudt op eigen initiatief periodiek contact.”

In de toelichting op de aanbeveling staat daarover:

“Er zijn situaties denkbaar waarin de negatieve gevolgen van een incident zo evident zijn, dat het redelijk is de patiënt al een vergoeding te geven voordat een verzoek om schadevergoeding is ingediend of een ingediend verzoek volledig is beoordeeld.”

Wanneer direct duidelijk is dat een gebeurtenis schade heeft veroorzaakt, betekent dat dus dat patiënten helemaal niet meer hoeven te ‘claimen’, maar dat een schadeveroorzakende gebeurtenis de verplichting doet ontstaan om uit eigen beweging onderzoek te doen en schadevergoeding aan te bieden. Dat ligt voor de hand wanneer bijvoorbeeld ook een melding van een calamiteit (een incident met ernstige schade of overlijden tot gevolg) is gedaan bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de zorgaanbieder onderzoek doet naar de aard en oorzaken van de calamiteit.⁵⁸ Wanneer de zorgaanbieder zelf nog niet van het bestaan van schade of de behoefte aan schadevergoeding op de hoogte is, mag van de patiënt worden verwacht dat die de zorgaanbieder te kennen geeft graag schadevergoeding te ontvangen. Welke eisen mogen we dan stellen aan dat signaal? In de GOMA staat in aanbeveling 20 het volgende:

“Voor zover dat binnen hun mogelijkheden ligt, dragen partijen ervoor zorg dat verzoeken om schadevergoeding, beslissingen daaromtrent en bezwaren tegen dergelijke beslissingen in beginsel in voldoende mate zijn onderbouwd.”

Tot zover niet zo veel nieuws. Maar in de toelichting staat vervolgens:

“(…) Uit het systeem van de Wkkgz vloeit voort dat de zorgaanbieder in gevallen waarin een verzoek om schadevergoeding voor het eerst wordt ingediend een eigen onderzoeksplicht heeft. Om deze redenen mogen aan een eerste verzoek om schadevergoeding geen al te formele of inhoudelijke eisen worden gesteld (…).”

Dat veronderstelt een heel andere grondhouding dan van de patiënt te verlangen dat deze met een ‘goed onderbouwde claim’ komt. Uit de praktijk van ziekenhuizen zijn ook meer oplossingsgerichte werkwijzen bekend. Zo zijn er klachtenfunctionarissen die een ‘potje’ beschikbaar hebben waaruit zij zelf kleine schades of tegemoetkomingen kunnen betalen zonder aansprakelijkheid tot op de bodem uit te zoeken.⁵⁹ Die werkwijzen ten spijt is aansprakelijkstelling meestal de start van een formeel, langdurig en belastend juridisch traject waarvan de uitkomst voor zowel de patiënt als de zorgverlener zeer onzeker is.⁶⁰

3.6 Restorative justice

De hier besproken problematiek staat niet op zichzelf. In het algemeen bestaat steeds meer consensus dat ons rechtssysteem (en de maatschappij in algemene zin) van mensen een assertieve en mondige houding vraagt die zij in veel gevallen niet kunnen waarmaken.⁶¹ Een secundair victimiserend effect is bovendien te zien in alle rechtsgebieden.⁶² Schrijnend is dat dit niet alleen geldt voor situaties waarin het recht ‘niet werkt’, maar ook wanneer precies de regels worden gevolgd – denk aan de Toeslagenaffaire.⁶³ Als de situatie ‘juridiseert’, ondervinden mensen hier schade van. Moeten we dat lief voor nemen, of moeten we de afwikkeling van schadeveroorzakende gebeurtenissen fundamenteel anders aanpakken?

Bij de Bastion Lezing is een lans gebroken voor een andere aanpak in medische context. Voor handvatten hoe je dat zou kunnen aanpakken, is gekeken naar stromingen in de rechtswetenschap die streven naar niet-adversariële manieren van rechtsbeoefening die beter aansluiten bij de behoeften van rechtzoekenden.⁶⁴

56 De Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (KNMG, de beroepsvereniging van medisch specialisten), de Patiëntenfederatie Nederland, de Vereniging van Klachtenfunctionarissen In de Gezondheidszorg (VKIG), het Verbond van Verzekeraars (Centramed, MediRisk, Platform Personenschade, Rechtsbijstandsverzekeraars), de Branchevereniging van de Nederlandse Letselschade Experts (NLE), stichting Nederlands Instituut van Register Experts (NIVRE), de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ), de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU) en de Vereniging Letselschade Advocaten (LSA).

57 J. Legemaate, A.J. Akkermans & R.D. Friele, ‘Openheid over medische fouten: waar staan we?’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2015, afl. 159, A9089.

58 Zoals neergelegd in art. 11 Wkkgz en paragraaf 8 van het Uitvoeringsbesluit.

59 Zie over de manieren waarop OPEN ziekenhuizen proberen de afwikkeling van schade te vergemakkelijken: Verslag OPEN II Netwerkbijeenkomst 15 september 2017, ‘Wat zijn nieuwe ontwikkelingen in de afwikkeling van medische schade?’ en Verslag OPEN III Netwerkbijeenkomst 18 september 2020, ‘Zelf regelen van schade’, beide beschikbaar via www.openindezorg.nl.

60 Van Ruitenbeek-Bart komt, na het beschrijven van ontwikkelingen in de afwikkeling van letselschade, tot de conclusie dat “de letselschadepraktijk zich dus nog niet [heeft, BSL] kunnen ontworstelen van (de tegendraadse effecten van) het klassieke toernooimodel”, Ruitenbeek-Bart 2023, p. 172.

61 Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen: een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

62 Elbers & Becx 2020.

63 A. Breninkmeijer & B. Marseille, ‘Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire’, *NJB* 2021/575, afl. 8, p. 601-608.

64 S. Daicoff, ‘The Comprehensive Law Movement: An emerging approach to legal problems’, *Scandinavian Studies in Law* (49) 2006, p. 109-128; M. King e.a., *Non-adversarial justice*, Sydney: The New Federation Press 2009.

Een van die stromingen is *restorative justice*, in het Nederlands ‘herstelrecht’.⁶⁵ De keuze voor *restorative justice* (en niet een van de vele andere non-adversariële perspectieven op het recht) is gemaakt, omdat herstelrecht ook oog heeft voor de kant van degene die verantwoordelijk is voor de normschending. Dat is in medische context de zorgverlener.

Wij weten dat verantwoordelijk zijn voor een fout ook voor de zorgverlener een zeer ingrijpende gebeurtenis kan zijn, met soms ernstige gevolgen zoals verlies van zelfvertrouwen, burn-out, tot aan zelfmoordneigingen toe.⁶⁶ In Nederlandse context zijn onlangs nog de diverse behoeften van zorgverleners (en veroorzakers van verkeersongevallen) geïnventariseerd.⁶⁷ Uit dat onderzoek blijkt dat er veel aandacht is voor manieren om de afwikkeling van schade te verbeteren voor het slachtoffer, maar minder aandacht voor de veroorzaker van schade. *Restorative justice* biedt een kader voor een holistische benadering, waarin de rol van alle betrokkenen tot zijn recht kan komen, van de patiënt en de zorgverlener, maar ook alle andere belanghebbenden.

Restorative justice biedt niet alleen een ander theoretisch perspectief, maar biedt ook praktische handvatten hoe herstelgericht te werk kan worden gaan. Bepalen wat de beste aanpak is een specifieke context gebeurt aan de hand van het stellen van vragen: (1) wie zijn er benadeeld? (2) Wat zijn hun behoeften? (3) Wiens verantwoordelijkheid is het om daaraan tegemoet te komen? (4) Waarom is dit gebeurd? (5) Wie heeft er een belang in deze situatie? (6) Wat is het juiste proces om belanghebbenden te betrekken bij een poging om het goed te maken en te voorkomen dat het nog een keer gebeurt?⁶⁸ Het uitgangspunt van *restorative justice* is dus niet primair waar mensen formeel recht op hebben, maar de vraag wat de verschillende betrokkenen bij een schadeveroorzakende gebeurtenis nodig hebben om door te gaan. Compenseren kan dan een schadevergoeding in geld inhouden, maar ook heel andere invullingen krijgen.⁶⁹ Belangrijk is in ieder geval dat de betrokkenen zelf de regie hebben in het bepalen van de meest gepaste aanpak. De ervaringen die tot op heden worden opgedaan met herstelrechtvoorzieningen in het strafrecht,⁷⁰ zoals slachtofferdader bemiddeling, zijn tot nu toe – grotendeels – positief.⁷¹

65 Daicoff 2006, p. 116; King e.a. 2009, p. 39-65; H. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice: revised and updated*, New York (VS): Good Books 2015; Elbers & Becx 2020.

66 Zehr 2015, p. 49.

67 Van Ruitenbeek-Bart 2023.

68 H. Zehr, *Little book of restorative justice: Revised and updated*, New York (VS): Good Books 2015, p. 15-16.

69 Zie meer uitgebreid B.S. Laarman, ‘Just culture en herstelrecht in de afwikkeling van medische schade’, *TVP* 2019, afl. 3, p. 65-89, op p. 77-80.

70 Herstelrechtvoorzieningen zijn in artikel 51h, onder de titel ‘Het slachtoffer’, in het Wetboek van Strafvordering opgenomen.

71 J. Claessen & G. Zeles, ‘Bemiddeling in strafzaken in Maastricht: de eerste onderzoeksresultaten’, *NJB* 2012/1604, afl. 27, p. 1766-1772, op p. 1766-1767. I. Cleven, K.M.E. Lens & A. Pemberton, *De effecten, kosten en baten van herstelbemiddeling (2e rapport lange termijnresultaten)*, Tilburg: INTERVICT 2016; A. Wolthuis & M. Berger, ‘Herstelrecht in jeugdstrafzaken in Nederland, waar staan we?’, *Tijdschrift Jeugdrecht in de Praktijk* 2017, afl. 3, p. 29. Zie verder Elbers & Becx 2020, p. 56-62.

3.7 Afronding

Het is na een incident voor de patiënt en de zorgverlener belangrijk dat er open en eerlijk kan worden gesproken over wat er is gebeurd. Juridische procedures kunnen aan openheid in de weg staan en kunnen, mede daardoor, beschadigend zijn. De zorgplicht jegens de patiënt houdt echter niet op wanneer deze een claim indient, die zorgplicht omvat ook een fatsoenlijke afwikkeling van schade. De Wkkgz verplicht zorgaanbieders alle klachten – ook verzoeken om schadevergoeding – zelf goed te onderzoeken. In de nieuwe GOMA (2023) wordt die onderzoeksplicht zo ingevuld dat wanneer de zorgaanbieder – bijvoorbeeld in het geval van een calamiteitenonderzoek – van het bestaan van schade op de hoogte is, zelf nagaat of schadevergoeding op zijn plek is. De vraag die op 14 april jl. ter discussie aan de zaal is voorgelegd was dan ook: kan aansprakelijkheid van de zorgverlener ook de verplichting inhouden om schadevergoeding aan te bieden? Die vraag riep discussie op, van dogmatische en praktische aard.

Vanuit dogmatisch oogpunt wordt de vraag gesteld of het uitgangspunt dat ‘wie eist, bewijst’ wel moet worden losgelaten, immers, “*in beginsel draagt eenieder zijn eigen schade*”. Daar kan tegenin worden gebracht dat dogmatiek geen doel op zichzelf is, en dat “*in beginsel*” ook de nodige ruimte laat voor situaties waarin het onrechtvaardig is de schade bij het slachtoffer te laten liggen. Een volgende vraag was of de voorgestelde aanpak leidt tot rechtsonzekerheid, wanneer patiënten schadevergoeding krijgen aangeboden, maar slachtoffers in andere sectoren niet. Dat is een terechte vraag in zoverre dat een minder adversariële en proactieve afwikkeling van schade in iedere sector gewenst is, maar toch vooral in het medisch aansprakelijkheidsrecht, waar de zorgverlener immers een zorgplicht draagt jegens de patiënt die schade leed. Een meer proactieve aanpak rechtvaardigt zich in die context eveneens vanwege de grote ongelijkheid die pleegt te bestaan tussen de zorgaanbieder en patiënt.

Tot slot werden ook praktische vragen gesteld. Hoe om te gaan met patiënten die geen contact willen? Heb je de (vordering van de) patiënt niet nodig om de omvang van de schade vast te stellen? Een herstelgerichte aanpak brengt mee dat de zorgverlener en de patiënt samen om de tafel gaan zitten om te bepalen wat nodig is. Daarvoor zijn, bijvoorbeeld, ook aanknopingspunten te vinden in de Gedragscode Behandeling Letselschade. Wanneer het moeilijk is om met de patiënt in gesprek te komen kan daarvoor samenwerking worden gezocht met, bijvoorbeeld, de klachtenfunctionaris van de zorginstelling, die precies is opgeleid om met dat soort situaties om te gaan.

4. Aansprakelijkheid vanwege schade door medische AI

4.1 Inleiding

Het woord was vervolgens aan Jan van Staalduinen,⁷² die de focus verlegde naar aansprakelijkheid voor het gebruik van AI-systemen bij de medische behandeling, het onderwerp waar hij momenteel op promoveert.

Op dit gebied vallen de komende jaren enige ontwikkelingen te verwachten, nu er in 'Brussel' wordt gewerkt aan wetgevingsvoorstellen die het gebruik van AI niet alleen van publiekrechtelijke (AI Act), maar ook civielrechtelijke kaders zullen voorzien. De uiteindelijke inbedding van deze civielrechtelijke ontwikkelingen in het nationale recht vergen echter ook een scherpe blik op het bestaande medische aansprakelijkheidsrecht. De bijdrage is er daarom allereerst op gericht om dit nationale kader helder te krijgen en er zo, middels enig dogmatisch schoffelwerk, aan bij te dragen dat het Europese wetgevingsgeweld in vruchtbare bodem kan landen.

Vanwege het karakter van de bijeenkomst is de bijdrage gestructureerd langs drie stellingen, die zich bewegen van algemeen medisch aansprakelijkheidsrecht naar overwegingen die meer specifiek zien op AI-gebruik. De eerste stelling ziet op de bewijslast bij medische aansprakelijkheid (par. 4.2), de tweede op de wanprestatie als aansprakelijkheidsgrondslag bij bewusteloze patiënten (par. 4.3). Tussendoor wordt kort stilgestaan bij de voor AI-gebruik relevante Europese civielrechtelijke wetgevingsvoorstellen (par. 4.4). De derde stelling ziet op de te hanteren maatstaf voor causaliteit bij AI-adviesystemen (par. 4.5); afgesloten wordt met een conclusie (par. 4.6).

4.2 Stelling 1: bewijslast ten aanzien van een medische normschending

De stelplicht en (eventuele) bewijslast ten aanzien van de medische normschending (art. 6:74 jo. 7:453 BW of art. 6:162 BW) ligt bij de patiënt. Van de hulpverlener wordt wel verwacht dat zij informatie verschaft,⁷³ maar de Hoge Raad heeft in de mogelijk lastige bewijspositie van de patiënt geen aanleiding gevonden om de bewijslast categorisch om te keren.⁷⁴

Dat geldt evenmin voor 'informed consent'-zaken. Nederland wijkt daarmee af van enkele omringende landen.⁷⁵ Giesen zag echter aanleiding om te betogen dat ook het Nederlandse recht ruimte biedt voor een dergelijke omkering, althans wanneer de vordering gegrond is op art. 6:162 BW.⁷⁶ De kern van dit betoog luidt dat elke medische ingreep,

hoe gering ook, in wezen een aantasting vormt van de lichamelijke integriteit en daarmee een inbreuk op een recht is, die bij afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond een onrechtmatige daad oplevert. De rechtvaardiging kan gevonden worden in toestemming van de goed geïnformeerde patiënt (informed consent). Het aantonen van een rechtvaardigingsgrond ligt volgens de systematiek van art. 6:162 BW op de weg van de hulpverlener. Het zou aldus zo moeten zijn dat de patiënt alleen hoeft aan te tonen dat er sprake is geweest van een (schadeveroorzakende) behandeling, waarna het aan de hulpverlener is om aan te tonen dat daarvoor 'informed consent' is gegeven.

Hoewel Giesen er zelf de voorkeur aan gaf deze redenering niet breder toe te passen dan bij alleen informed consentschendingen,⁷⁷ schrijft Tjong Tjin Tai terecht dat zij ook bij andere normschendingen op kan gaan: het ligt immers niet voor de hand dat een patiënt toestemming zou hebben gegeven voor onzorgvuldig gedrag, waardoor in principe elke (schadelijke) handeling een *a priori* onrechtmatige en door de hulpverlener te rechtvaardigen rechtsinbreuk zou vormen.⁷⁸

Tjong Tjin Tai signaleert dat dit betoog nog niet door de Hoge Raad is behandeld, aangezien daarvoor noodzakelijk is dat de zaak op de grondslag van de onrechtmatige daad wordt gevoerd.⁷⁹ Tijdens de presentatie bij de Bastionbijeenkomst is een casus geschetst waarbij de eisende patiënt bewusteloos was ten tijde van de behandeling. Volgens verschillende auteurs betekent dit dat art. 6:162 BW de aangevoerde aansprakelijkheidsgrondslag vormt (maar: zie hierna par. 4.3); zou deze patiënt kunnen profiteren van Giesens redenering?

Er is aanleiding om die vraag ontkennend te beantwoorden. Allereerst leidt deze redenering tot relativiteitsproblemen. De norm om patiënten degelijk te informeren beschermt tegen inbreuken op het recht op lichamelijke integriteit, niet tegen letselschade als gevolg van de behandeling.⁸⁰ Daarmee is de redenering grotendeels van haar angel ontdaan. De inbreuk van het recht op lichamelijke integriteit zou echter nog wel tot vergoedbare immateriële schade kunnen leiden.⁸¹ Giesens redenering valt echter ook op fundamenteeler niveau te bekritisieren. Dit vormt de aanleiding voor de eerste stelling: een medische handeling is niet per se een – *a priori* onrechtmatige – rechtsinbreuk: dat hangt ervan af of daarmee een zorgvuldigheidsnorm geschonden wordt.

72 Mr. drs. J.H. (Jan) van Staalduinen is als PhD-fellow verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

73 De 'verzwaarde stelplicht', zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/453.

74 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/453.

75 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/453.

76 I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 35-37.

77 I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 254-255.

78 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/450.

79 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/453.

80 HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386 (*Ingenhut*), r.o. 3.5.4; HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.5.3; hierover W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 116-118, alsook (in het kader van de omkeringsregel) W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (BPP nr. 3), Deventer: Kluwer 2004, nr. 188.

81 R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 6.3.2.2; Van Boom 2020, p. 118.

De lezing dat elke blote rechtsinbreuk een te rechtvaardigen onrechtmatige daad oplevert is immers niet onomstreden. Volgens aanhangers van de ‘leer-Smits’ is een rechtsinbreuk pas onrechtmatig indien zij tevens maatschappelijk onbetaamelijk ofwel “onzorgvuldig” is.⁸² De norm voor wat medisch (on)zorgvuldig is, is bekend: we zijn dan terug bij de “redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener”.⁸³ Volgens deze lezing ligt het wel degelijk op de weg van de patiënt om zowel inbreuk als onzorgvuldigheid aan te tonen.

Met deze bijdrage is niet beoogd een positie te kiezen in het debat over de leer-Smits – niet in het minst omdat over deze materie binnenkort een arrest van de Hoge Raad wordt verwacht.⁸⁴ De bijdrage is er wel op gericht om Giesens bewijsredenering van kanttekeningen te voorzien en binnen voornoemd debat te plaatsen, waarin een inhoudelijke uitspraak van de Hoge Raad een interessante ontwikkeling zou vormen.

4.3 Stelling 2: aansprakelijkheidsgrondslag bij bewusteloze patiënten

In de voorgaande paragraaf stond de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW centraal. De onrechtmatige daad wordt door verschillende auteurs voorgesteld als de vanzelfsprekende grondslag voor patiënten die vanwege bewusteloosheid geen behandelovereenkomst zouden hebben kunnen sluiten.⁸⁵ Dat is onjuist. De tweede stelling luidt: ook bij bewusteloosheid vormt wanprestatie een juiste aansprakelijkheidsgrondslag.

Wanneer de patiënt vanwege bewusteloosheid niet zelf een behandelovereenkomst kan sluiten, wordt aangenomen dat de behandeling plaatsvindt op grond van zaakwaarneming (art. 6:198 BW).⁸⁶ De hulpverlener-zaakwaarnemer dient daarbij de “nodige” zorg te betrachten (art. 6:199 BW). Gezien de schakelbepaling art. 7:464 BW kan die nodige zorg ingevuld worden met het bekende “goed hulpverlenerschap” uit art. 7:453 BW.⁸⁷ Hoewel zaakwaarneming geen contractuele verhouding is, ontstaan daaruit wel verbintenissen.⁸⁸

Als de hulpverlener-zaakwaarnemer verzaakt, dan pleegt hij dus wanprestatie (art. 6:74 BW).⁸⁹

Er bestaat voor de patiënt enig belang bij het zich kunnen beroepen op wanprestatie. De bewijslastverdeling ten aanzien van de toerekenbaarheid is bij wanprestatie voor hem iets gunstiger dan bij onrechtmatige daad.⁹⁰ Belangrijker kan het zijn, dat met de route via wanprestatie ook art. 6:77 BW kan worden ‘ingeroepen’, inclusief de zich ontwikkelende jurisprudentie rondom deze bepaling.⁹¹ Hoewel deze risicotoerekening de patiënt uiteindelijk (nog) niet mocht baten in de procedure(s) over de PIP-borstimplantaten, zou deze in minder uitzonderlijke situaties, maar waar wel sprake is van hulpzaken die ongeschikt makende eigenschappen hebben waarvan de hulpverlener niet behoefde te weten, de doorslag kunnen geven – bijvoorbeeld wanneer die hulpzaak een ingewikkeld AI-systeem is. Hoewel het niet uitgesloten is dat de kanalisering van art. 6:173 lid 2 BW ook binnen de open tenzij-formule van art. 6:77 BW zou kunnen worden toegepast, ligt dat niet zonder meer voor de hand.⁹² De route via wanprestatie zou voor de patiënt dus gunstig kunnen zijn.

4.4 Intermezzo: Europese AI-aansprakelijkheid

Met deze schets van het medische aansprakelijkheidsrecht is de basis gelegd voor een bespreking van de Europese ontwikkelingen op het gebied van aansprakelijkheid voor AI-systemen. Na een eerste voorstel door het Europees Parlement in 2020,⁹³ ligt het initiatief inmiddels bij de Europese Commissie. De Commissievoorstellen die nu in de belangstelling staan, zijn enerzijds het voorstel tot revisie van de productaansprakelijkheidsrichtlijn (‘Draft Product Liability Directive’, DPLD) en anderzijds het voorstel voor een

82 Zie onder anderen C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 2.4 en Van Boom 2020, p. 205-207 als proponenten tegenover o.a. M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 8.4 e.v.; E.F. Verheul, ‘Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid’, *WPNR* 2018/7215 en K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden, R&P nr. CA5), Deventer: Wolters Kluwer 2012, par. 4.2.6.

83 Wijne (Mon. BW nr. B87) 2021, nr. 21.

84 Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2023:378.

85 Wijne 2021, p. 485; B.S. Laarman, *De rol van het recht als er iets misgaat in de gezondheidszorg* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 130.

86 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/460; R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (Mon. BW nr. B87), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 5.1.1.

87 Wijne (Mon. BW nr. B87) 2021, nrs. 5.2.1 en 21; vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/42.

88 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/411; vgl. Just. Inst. III 27.1

89 Dat zou overigens zelfs kunnen betekenen dat een beroep op art. 6:173 BW uitgesloten is, nu de wetgever heeft aangegeven dat indien zowel art. 6:173 BW als art. 6:77 BW voor toepassing in aanmerking komen, het laatste zou moeten prevaleren, waarmee de keuzevrijheid van de patiënt ingeperkt wordt. Zie MvT, *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 43-44, met verwijzing naar W. Snijders, ‘Samenloop van wetbepalingen in het nieuwe BW’, in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 468; hierover R.P. Wijne, ‘Hoe het nu (echt) zit met de aansprakelijkheid als de arts of het ziekenhuis als contractspartij van de patiënt gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak’, *L&S* 2011/3, p. 15 en R.P. Wijne, ‘Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese?’, *TvGR* 2012/4, p. 305.

90 Alhoewel dit in de praktijk wellicht niet snel van groot belang is: wordt de medische onzorgvuldigheid door de hulpverlener zelf gepleegd, dan vormt de toerekenbaarheid geen grote drempel. Dat kan anders zijn als het gedrag van een hulpverlener betreft of als het ziekenhuis wordt aangesproken.

91 Gedoeld wordt op de *Miragelplombe*-arresten en *PIP*-arresten, HR 19 juni 2020, *NJ* 2021/15 (*Miragelplombe*) en HR 19 juni 2020, *NJ* 2021/16, m.nt. S.D. Lindenberg (PIP), waarover o.m. Wijne (Mon. BW nr. B87) 2021, nr. 24.4 en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/456; tegen het Hof-arrest dat volgde op de cassatie in het *Miragelplombe*-arrest is inmiddels opnieuw cassatie ingesteld, zie concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2023:488.

92 J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (diss. Groningen), Deventer: Wolter Kluwer 2018, par. 4.5.5.3.4.

93 Resolutie van het Europees Parlement van 20 oktober 2020 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het civielrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel voor kunstmatige intelligentie (2020/2014(INL)).

richtlijn waarmee enkele bewijzaspecten van AI-aansprakelijkheid worden geregeld ('AI Liability Directive', AILD).⁹⁴

Beide voorstellen haken in op de AI Act en kunnen gezien worden als de civielrechtelijke pendant van de Europese AI-regelgeving, waar de AI Act zelf publiekrechtelijk van aard is.⁹⁵

De DPLD houdt in grote lijnen vast aan het principe van risicoaansprakelijkheid voor productgebreken. Nieuw is onder meer dat software expliciet als product wordt gezien, dat de kring van mogelijk aansprakelijke actoren wordt uitgebreid en dat het begrip 'gebrek' expliciet gekoppeld wordt aan de productveiligheidseisen van de AI Act (art. 6 lid 1 sub f).⁹⁶ Tot slot zijn ook de introductie van een exhibitie-mechanisme (art. 8) en de uitbreiding van de regeling over de bewijslastverdeling ten aanzien van gebrek en causaliteit (art. 9) het noemen waard.

Met de AILD zet de Europese Commissie eveneens stappen op het gebied van de buitencontractuele aansprakelijkheid, maar dan ten aanzien van schuldansprakelijkheid. De inhoudelijke betekenis van dit voorstel is in vergelijking met het eerdergenoemde EP-voorstel zeer beperkt. De AILD bevat slechts twee inhoudelijke bepalingen: (1) een exhibitie-mechanisme (art. 3) en (2) een weerlegbaar bewijsvermoeden ten aanzien van het causaal verband tussen norm-schending en AI-output (art. 4). Dit bewijsvermoeden dient ter ondermijning van het verweer dat het AI-systeem weliswaar onzorgvuldig is onderhouden of bediend, maar dat het door het autonome karakter van het AI-systeem onzeker is of dat tot de schadeveroorzakende output heeft geleid. Opgemerkt zij dat het causaal verband tussen output en schade nog wel aangetoond moet worden. Dat is zelfs een van de toepassingsvoorwaarden van het vermoeden (sub c), naast het aantonen van onzorgvuldigheid (sub a) en het "aan-neembaar" maken dat die onzorgvuldigheid de output heeft "beïnvloed" (sub b).

Bij die onzorgvuldigheid (sub a) vindt men opnieuw een koppeling met de AI Act. Er moet een "nationale of Europeesrechtelijke" zorgvuldigheidsnorm zijn geschonden die rechtstreeks beschermt tegen de geleden schade (art. 4 lid 1 sub a). Vervolgens worden enkele gedragsnormen uit de AI Act als zodanig gekwalificeerd (art. 4 lid 2 en 3). De AILD introduceert echter zelf geen aansprakelijkheidsgrondslag en 'lift mee' op nationaalrechtelijke grondslagen, zoals art. 6:162 BW. Dat doet de vraag rijzen

of schending van die gedragsnormen volgens de EU-wetgever dus tot een onrechtmatige daad zouden moeten leiden, waarmee de AILD ook normerende werking zou toekomen.⁹⁷

Ten slotte een opmerking over het beoogde toepassings-bereik van de AILD. Overweging 15 van de AILD geeft namelijk aan dat die beperkt moet worden tot AI-systemen die zelf, zonder tussenkomst van een menselijke actor, tot schade kunnen leiden. Schade waarbij AI-adviesystemen een rol spelen lijken daarmee buiten het toepassingsbe-reik te vallen, terwijl dergelijke systemen in de klinische praktijk juist in het bijzonder relevant zullen zijn.⁹⁸ Hier bestaat kritiek op.⁹⁹ De aangevoerde argumentatie voor deze beperking is ook volgens Van Staalduinen niet bij-zonder sterk, terwijl de wens om een 'human in the loop' te houden zo zou kunnen leiden tot een lager beschermings-niveau van de patiënt.¹⁰⁰

4.5 Stelling 3: causaliteitsmaatstaf bij een human in the loop

In het kader van productaansprakelijkheid kan een ge-brekkig AI-systeem dat schade veroorzaakt tot aansprake-lijkheid van de producent leiden. Daarvoor moet wel een causaal verband worden aangetoond tussen het gebrek en de schade. Voor sommige typen AI-systemen is dat relatief makkelijk aan te tonen: bij een gebrek in een AI-operatie-robot waardoor de robotarm uitschiet en weefsel wordt beschadigd, is het oorzakelijk verband sneller duidelijk dan wanneer een gebrekkig AI-systeem onnauwkeurige informatie presenteert aan een arts, die op basis daarvan een verkeerde behandelbeslissing neemt welke tot gezond-heidsschade leidt. In dit laatste geval wordt het causaal ver-band onduidelijker, doordat de causale keten wordt onder-broken door een 'autonome' hulpverlener.

Men zou kunnen beargumenteren dat in dit laatste geval geen rol is weggelegd voor het productaansprakelijkheids-recht. De beoordeling zou zich moeten richten op het kwa-lificeren van het handelen van de hulpverlener: als die onzorgvuldig gehandeld heeft, vormt dat de meest aan-gewezen aansprakelijkheidsgrond.¹⁰¹ Het zou volgens Van Staalduinen onterecht zijn om het productaansprakelijk-heidsrecht hier buiten de deur te houden. De hulpverlener hoeft niet perfect te handelen en slechts 'redelijk bekwaam'

94 Proposal for a Directive on liability for defective products (2022/0302(COD), COM(2022) 495 final); Proposal for a Directive on adapting non-con-tractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) (2022/0303/COD, COM(2022) 496 final), Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) (2021/0106(COD)).

95 Anders dan de AVG/GDPR (art. 82 AVG) bevat de AI Act zelf (vooralsnog) geen aansprakelijkheidsbepaling.

96 Een kanttekening daarbij is dat niet elke eis uit de AI Act beschermt tegen schade die binnen het bereik van de DPLD valt, nu deze zich beperkt tot (geestelijk) letsel, schade aan goederen en corruptie van gegevens (art. 4 lid 6 DPLD).

97 Vgl. G.M. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling* (diss. Leiden, R&P nr. CA22), Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 7.3, m.n. nr. 198.

98 P. Rajpurkar, E. Chen, O. Banerjee & E.J. Topol, 'AI in health and medicine', *Nature medicine* 2022/1, p. 31-38.

99 P. Hacker, 'The European AI Liability Directives – Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future', *Computer Law & Security Review* 2023/105871, p. 13-14.

100 Een vergelijkbare discussie bestaat rondom art. 22 AVG/GDPR, zie G. Spindler, 'Different Different Approaches for Liability of Artificial Intel-ligence – Pros and Cons – the New Proposal of the EU Commission on Liability for Defective Products and AI Systems', SSRN: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4354468 (geraadpleegd 7 juli 2023), p. 32 en p. 38.

101 Vgl. recital 15 AILD, waarover Hacker 2023, p. 18-19.

te zijn. Heeft de tussenpersoon 'redelijk' gehandeld, maar is er desondanks schade opgetreden en is deze schade terug te voeren op een AI-defect, dan zou er wel degelijk een rol weggelegd moeten zijn voor het productaansprakelijkheidsrecht.

Hoewel de causaliteitseis uit de productaansprakelijkheidsrichtlijn per lidstaat verschillend wordt ingevuld, is ten minste een 'condicio sine qua non'-verband vereist.¹⁰² Precies dit vereiste vormt een belangrijke drempel bij bovengenoemde AI-adviesystemen. Men zou vast moeten stellen of de hulpverlener zonder het onnauwkeurige AI-advies tot een andere behandelbeslissing zou zijn gekomen. Westerdijk stelde in 1995 voor om onderscheid te maken tussen *beslissingssturende* systemen, die het handelen van de menselijke tussenpersoon zo sterk (dienen te) beïnvloeden dat een causaal verband denkbaar is, en *beslissingsondersteunende* systemen, die slechts een advies geven aan de tussenpersoon en waarbij een causaal verband niet kan worden aangenomen.¹⁰³ Als voorbeeld van een beslissingssturend systeem dienen de instrumenten in de cockpit van een vliegtuig; als voorbeeld van een beslissingsondersteunend systeem dienen de destijds in zwang zijnde medische expertsystemen.¹⁰⁴

Deze onderverdeling helpt het denken te structureren, maar mist nog een duidelijke maatstaf om het onderscheid tussen de twee typen systemen in de praktijk toe te passen. De derde stelling ziet dan ook op de richting waarin die gevonden moet worden. De stelling luidt: de maatstaf voor het aannemen van een causaal verband tussen onjuiste output van een AI-CDSS en de behandelbeslissing moet gevonden worden in de objectieve maatstaf voor 'goed hulpverlenerschap'.

De inspiratie voor deze transplantatie van de (normatieve) maatstaf voor 'goed hulpverlenerschap' naar de causaliteitsfeer is gelegen in jurisprudentie over causaliteit bij informed consent. In deze procedures klaagt de patiënt erover dat hij gebrekkig geïnformeerd is en daardoor toestemming gegeven heeft voor een (schadelijke) behandeling die hij niet had gewild.¹⁰⁵ De causaliteitsvraag die dan rijst, is of hij met de juiste informatie niet eveneens toestemming zou hebben gegeven voor de behandeling. De maatstaf die hier gehanteerd is of de "*redelijk bekwaam en redelijk handelend patiënt*" met de juiste informatie anders zou hebben beslist.¹⁰⁶ Zou deze fictieve patiënt anders hebben beslist, dan

kan het causaal verband tussen de gebrekkige informatie en de daarna gegeven toestemming worden aangenomen.

De causaliteitsvraag bij deze procedures, namelijk of de 'beslissers' op basis van de juiste informatie een andere beslissing zou hebben genomen, is dezelfde als bij de eerder geschetste causaliteitsvraag die in het productaansprakelijkheidsrecht kan opdoemen.¹⁰⁷ De maatstaf zou dan ook op dezelfde manier ingevuld kunnen worden.¹⁰⁸

Anders dan de medische expertsystemen waar Westerdijk in 1995 over schreef, zouden moderne AI-adviesystemen volgens Van Staalduinen wel degelijk 'beslissingssturend' kunnen zijn: kritische informatiesystemen die bijvoorbeeld over de vitale functies van patiënten rapporteren lijken meer op cockpitinstrumenten, terwijl ze, anders dan traditionele expertsystemen, niet alleen reeds bekende informatie 'herkauwen', maar ook nieuwe verbanden in de informatie kunnen aanleggen en informatie presenteren waarop de 'goed hulpverlener' tamelijk blindelings zou kunnen en wellicht zelfs moeten vertrouwen.¹⁰⁹

4.6 Conclusie

In deze bijdrage en in de presentatie bij de Bastionbijeenkomst zijn drie stellingen besproken die relevant kunnen zijn bij medische aansprakelijkheid voor AI-systemen. De eerste stelling hield in dat de voorgestelde 'bewijslastomkering' afgewezen zou kunnen worden als de leer-Smits wordt toegepast. De tweede stelling hield in dat wanprestatie ook als aansprakelijkheidsgrondslag gebruikt kan worden bij bewusteloze patiënten. De derde stelling hield in dat bij het voor productaansprakelijkheid vereiste 'condicio sine qua non'-verband gebruikgemaakt kan worden van een objectieve maatstaf gebaseerd op een 'redelijke tussenpersoon', hetgeen ook tot productaansprakelijkheid zou kunnen leiden voor (AI-)adviessoftware. De besproken overwegingen kunnen van belang zijn bij het duiden van (de betekenis van) de Europeesrechtelijke wetgevingsontwikkelingen voor het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht, welke ontwikkelingen met interesse worden gevolgd.

102 D. Fairgrieve in P. Machnikowski (red.), *European Product Liability*, Cambridge (VK): Intersentia 2016, p. 85-86.

103 R.J.J. Westerdijk, *Produktaansprakelijkheid voor software* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1995, p. 241-243.

104 Westerdijk 1995, p. 243; zie bijv. de Spaanse procedure over de vliegcrash in Überlingen, waar het Tribunal Supremo bij wijze van *obiter dictum* art. 8 PLD bespreekt: Tribunal Supremo 13 januari 2015, No. 649/2014, ECLI:ES:TS:2015:181 (p. 46, par. 5).

105 Zie hierover Wijne 2021, par. 6.3.2.2.

106 Wijne 2021, par. 6.3.2.2; P.C.J. de Tavernier, 'Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen', *MvV* 2010/5.

107 Hoewel het wat vreemd aanvoelt om een hoofdzakelijk normatieve maatstaf te hanteren bij een causaliteitsvraag, zou de causaliteitsmaatstaf wel degelijk gebaseerd moeten zijn op een zekere objectieve tussenpersoon, waarbij de nadruk binnen het causaliteitskader wellicht wel meer op de feitelijke dan op de normatieve kant van de maatstaf behoort te liggen ('wat zou de vakgenoot doen' versus 'wat zou de vakgenoot behoren te doen').

108 Het is belangrijk om te benadrukken dat er geen verband wordt aangelegd tussen het al dan niet zorgvuldig handelen van de hulpverlener en de aansprakelijkheid van de producent: er wordt slechts gebruikgemaakt van een vergelijkbare maatstaf voor twee los van elkaar te beschouwen vragen.

109 Vgl. P.G. van der Putt & R.J.J. Westerdijk, 'AI en aansprakelijkheid: stappen naar een nieuw regime', *Internetrecht* 2023/1, par. 4.2.

5. Bestuurdersaansprakelijkheid: de ernstig verwijt-discussie in een notendop

5.1 Inleiding

Het woord is ten slotte aan Tim Bleeker,¹¹⁰ die zijn presentatie over bestuurdersaansprakelijkheid opende met de volgende vraag:

“Wat is het verschil tussen een bestuurder van een bedrijf, en een bestuurder van een bedrijfswagen?”

“Het salaris”, riep iemand uit het publiek. Bij een VBR-bijeenkomst kun je natuurlijk gevatte reacties verwachten.

Bleeker had echter een ander antwoord voor ogen: voor een autobestuurder gelden de gewone vereisten van art. 6:162 BW, en een bestuurder van een vennootschap kan pas op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld wanneer er sprake is van een *“persoonlijk ernstig verwijt”*.

“Is dat logisch?”, vroeg Bleeker.

– “Een bedrijf runnen is toch wel wat moeilijker dan autorijden.”

Oké, goed punt. Maar hoe zit dat dan met ons vak? Voor de aansprakelijkheid van een advocaat is geen ernstig verwijt vereist.

Hierover werd in de zaal verschillend gedacht. De uitkomst zou kunnen worden samengevat als:

– “Laat de advocaat maar vrezen voor aansprakelijkheid. We willen echter geen bange bestuurders.”

We willen ook geen defensieve dokters, vervolgde Bleeker. Toch gelden ook voor medici de gewone regels van de onrechtmatige daad. Hoezo?

– “Het verschil zit hem erin dat een bestuurder handelt namens en ten behoeve van de onderneming.”

Geldt dat eigenlijk niet ook voor andere leidinggevendenden binnen de onderneming, zoals een afdelingshoofd? En wat dacht je van curatoren? Of vennoten van een vof? Deze functionarissen worden echter niet beschermd door de ernstig verwijt-maatstaf. Waarom?

U heeft een beeld. Zodoende werd het spelletje ‘zoek de verschillen’ steeds ingewikkelder. Het eindigde met de vaststelling dat voor de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid van letterlijk *iedere* beroepsgroep de gewone vereisten van art. 6:162 BW worden toegepast; *behalve* bij bestuurders.

¹¹⁰ Mr. dr. Tim Bleeker is universitair docent milieuaansprakelijkheidsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, en coördineert daar de master *International Business Law: Climate Change and Corporations*. Hij is gepromoveerd op het onderwerp ‘Milieuaansprakelijkheid van leidinggevendenden’ aan de Universiteit Utrecht.

Op zijn volgende slide stonden drie afbeeldingen: een auto die bovenop een boom is geparkeerd, een geit die aan zijn hoorn bungelt aan een elektriciteitsmast, en een paard dat klem zit tussen de balken van een hek.

Soms zie je iets en dan vraag je je af: hoe is dat daar in hemelsnaam terechtgekomen? Hoort het daar wel? Moeten we ons zorgen maken? Hoe halen we het weg?

Die vragen bekropen Bleeker ook toen hij voor het eerst de ernstig verwijt-maatstaf tegenkwam in het onrechtmatigedaadsrecht. In deze bijdrage hoopt hij ze te beantwoorden. Achtereenvolgens komt aan bod hoe de ernstig verwijt-maatstaf is beland in de onrechtmatige daad (par. 5.2); welke redenen worden genoemd om het daar te houden (par. 5.3); waarom we ons hier druk over zouden maken (par. 5.4); en hoe nu verder (par. 5.5).

5.2 Hoe is de ernstig verwijt-maatstaf beland in ons aansprakelijkheidsrecht?¹¹¹

5.2.1 Einde immuniteit bestuurder

Er was een tijd dat een bestuurder van een rechtspersoon niet persoonlijk aansprakelijk kon worden gehouden wegens onrechtmatige daad. Aan het begin van de twintigste eeuw gold de zogeheten ‘orgaantheorie’: als een orgaan van een rechtspersoon binnen zijn bevoegdheid onrechtmatig handelde, dan werd diens onrechtmatige daad volledig toegerekend aan de rechtspersoon.¹¹² De handelende bestuurder viel er als het ware tussenuit.

In het *Kretschmar*-arrest uit 1928 werd afscheid genomen van de orgaantheorie.¹¹³ *“Dat de daad van een orgaan den rechtspersoon verbindt, behoeft de eigen aansprakelijkheid van hem, die als orgaan is opgetreden, geenszins uit te sluiten”,* zo overweegt de Hoge Raad. *“Daarnevens zijn de bestuurders persoonlijk aansprakelijk, wanneer hetgeen zij als bestuurders hebben verricht van dien aard is, dat zij daardoor persoonlijk een onrechtmatige daad hebben gepleegd.”* Op deze manier gingen voor bestuurders voortaan dezelfde aansprakelijkheidseisen gelden als voor ieder ander.

5.2.2 Ontwikkeling bestuurdersaansprakelijkheid binnen de gewone onrechtmatige daad

In de decennia die volgden kwamen in het onrechtmatigedaadsrecht verschillende gevalstypen van bestuurdersaansprakelijkheid tot ontwikkeling. Zo formuleert de Hoge

¹¹¹ Zie voor een uitvoerige bespreking van de totstandkoming van de ernstig verwijt-doctrine: T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevendenden* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. IV.2.3. Zie voorts de rechtshistorische analyse van W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie: Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 9-10 en A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.3.

¹¹² HR 2 april 1880, W. 4516 (*Staat/Van Os*).

¹¹³ HR 25 november 1927, ECLI:NL:HR:1927:BG9436, NJ 1928, p. 634, m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Léon*).

Raad in het *Van Dullemen/Sala*-arrest een norm die ziet op nakomingsfrustratie door een bestuurder.¹¹⁴ En in het welbekende *Beklamel*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat een bestuurder geen verplichtingen aan mag gaan als hij weet of behoort te weten dat de vennootschap die verplichtingen niet kan nakomen en de vennootschap ook geen verhaal zou bieden voor de schadelijke gevolgen van de wanprestatie.¹¹⁵

Bij deze en andere¹¹⁶ gevalstypen van bestuurdersaansprakelijkheid is nog altijd geen sprake van een afwijkend aansprakelijkheidsregime. Het gaat telkens “*slechts*” om de invulling van “*hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*” in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Of, simpel gezegd, om het formuleren van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

In het *New Holland Belgium/Oosterhof*-arrest uit 2000 duikt een formulering op die doet denken aan de ernstig verwijtmaatstaf.¹¹⁷ In dat arrest overweegt de Hoge Raad (in lijn met het *Van Dullemen/Sala*-arrest) dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn op grond van onrechtmatige daad, als hij bewerkstelligt of toelaat dat de vennootschap een overeenkomst niet nakomt en een ander schade berokkent. Maar, zo overweegt de Hoge Raad, het zal van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of het aan de bestuurder te maken *verwijt voldoende ernstig* is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden.

Toch wordt in dit arrest de onrechtmatige daad nog steeds ongeclausuleerd toegepast. Met de overweging over het benodigde “*voldoende ernstig verwijt*” benadrukt de Hoge Raad dat de wanprestatie van de vennootschap niet automatisch leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder. Logisch, want alleen op grond van een eigen toerekenbare onrechtmatige gedraging kan men op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld. Bevestiging hiervan kan ook worden gevonden in het *Ontvanger/S*-arrest uit 2006.¹¹⁸ Daarin wordt de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid door de Hoge Raad nog nadrukkelijk uitgelegd als “*hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*”. Makkelijker gezegd: er is sprake van een gewone ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.

5.2.3 Het keerpunt

Enkele maanden later gaat de Hoge Raad overstag. In het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest overweegt de Hoge Raad dat een bestuurder, “*mede gelet op zijn verplichting tot een*

behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW”, pas aansprakelijk is wanneer hem “*persoonlijk een ernstig verwijt*” kan worden gemaakt.¹¹⁹ Deze koerswijziging kwam voor velen als een verrassing en roept de nodige dogmatische vragen op. In het arrest licht de Hoge Raad ook niet toe waarom een criterium uit art. 2:9 BW relevant is voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Maar dat zal een mysterie blijven, want in latere jurisprudentie verdwijnt art. 2:9 BW naar de achtergrond, en formuleert de Hoge Raad een andere rechtvaardiging voor de toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf in het onrechtmatigedaadsrecht. Waarover hierna meer.

5.3 Welke redenen worden genoemd om het daar te houden?

5.3.1 De rechtvaardiging van het afwijkende regime

De argumenten voor het afwijkende aansprakelijkheidsregime van bestuurders worden gegeven in de welbekende ‘5 september-arresten’ uit 2014. Dat voor de “*aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen gelden dan in het algemeen geval is*”, kan volgens de Hoge Raad worden gerechtvaardigd “*door het maatschappelijke belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen*” (ook wel het ‘bange bestuurders-argument’ genoemd), en “*door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap*”.¹²⁰ Op beide rechtvaardigingsgronden zal worden ingegaan.¹²¹

5.2.3 Bange bestuurders

Bij het besturen van een rechtspersoon hoort ook het nemen van risico's. We moeten voorkomen dat bestuurders uit angst voor aansprakelijkheid hun taak niet meer naar behoren kunnen vervullen. Toch is het bange bestuurders-argument geen adequate rechtvaardiging voor de toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf.

De aanvullende bescherming is namelijk niet nodig. De ‘gewone onrechtmatige daad’ kan bestuurders ruime bescherming bieden. Een kickbokser kan letterlijk iemand knock-out slaan zonder dat hij aansprakelijkheid hoeft te vrezen. Dergelijk maatwerk is ook mogelijk voor bestuurdersaansprakelijkheid. Tot 2006 was er een ongeclausuleerde

114 HR 31 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2028, NJ 1958/251 (*Van Dullemen/Sala*).

115 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).

116 Naast nakomingsfrustratie en het zinkend-schip-scenario van het *Beklamel*-arrest, kan men voorts denken aan selectieve betaling of betalingsonwil.

117 HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, NJ 2000/295, m.nt. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

118 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5154, NJ 2006/312, m.nt. Schilfgaarde (*Ontvanger/S*), r.o. 3.4.3.

119 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659; *Ondernemingsrecht* 2007/36, m.nt. Wezeman (*Ontvanger/Roelofsen*). Bij de hier gebruikte parafrasering hoort de kanttekening dat de Hoge Raad in het arrest verschillende formuleringen gebruikt voor de ernstig verwijt-maatstaf. Zie voor een analyse Bleeker 2021, par. IV.2.3.4.

120 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.2. De zelfde overweging is te lezen in het andere 5 september-arrest: HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*), r.o. 4.2. In de arresten worden de aangehaalde rechtvaardigingsgronden in omgekeerde volgorde genoemd.

121 In de literatuur wordt voor de rechtvaardiging van de ernstig verwijt-doctrine ook een beroep gedaan op normatieve convergentie, beleidsvrijheid, *hindsight bias* en de missende expertise van de rechter. Die argumenten komen aan bod in Bleeker 2021, par. IV.3.

toepassing van art. 6:162 BW, en dat ging prima. Er is geen aanleiding om aan te nemen dat bonafide bestuurders bang zouden moeten zijn voor het gewone onrechtmatigedaadsrecht.

Dat bestuurders niet bang *hoeven* te zijn voor aansprakelijkheid, betekent niet dat bestuurders er niet bang voor *zullen* zijn. Empirisch onderzoek wijst namelijk uit dat de gepercipieerde angst van bestuurders voor aansprakelijkheid niet correspondeert met het werkelijke aansprakelijkheidsrisico. Zelfs mét aanvullende bescherming in de vorm van de ernstig verwijt-maatstaf, blijken bestuurders de dreiging van persoonlijk aansprakelijkheid schromelijk te overschatten.¹²² Dit roept de vraag op of het uitzonderingsregime überhaupt nut heeft.

Er wringt nog iets aan de ernstig verwijt-maatstaf. De aanvullende bescherming moet onwenselijk defensief bestuurlijk gedrag voorkomen. Maar de generieke toepassing van de maatstaf miskent dat risicomijdend gedrag van bestuurders niet altijd onwenselijk (in sommige gevallen zelfs de bedoeling) is. Het is verdedigbaar dat bestuurders worden beschermd bij het maken van risicovolle maar potentieel lucratieve investeringen. Maar wanneer het bijvoorbeeld gaat om risico's die ten koste gaan van het milieu of de volksgezondheid, is aanvullende bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid niet in het maatschappelijke belang. Dus zelfs *als* wordt aangenomen dat de gewone onrechtmatige daad onvoldoende bescherming biedt en bestuurders *daardoor* onwenselijk defensief handelen (*quod non*), dan nog vormt het bange bestuurders-argument geen adequate rechtvaardiging voor de generieke toepassing ervan.

Kortom, de ernstig verwijt-maatstaf is niet alleen een overbodig, maar ook een ongeschikt middel om bange bestuurders te voorkomen. De brede toepassing ervan heeft bovendien tal van negatieve bijwerkingen.¹²³

5.3.3 Het secundaire karakter van bestuurdersaansprakelijkheid

De tweede rechtvaardigingsgrond gaat over *daderschap*. Volgens dit argument zou bij bestuurdersaansprakelijkheid niet de bestuurder zelf, maar de rechtspersoon de onrechtmatige daad plegen. Zo bezien heeft de aansprakelijkheid van een bestuurder een indirect of secundair karakter, en daarom zou een hogere drempel gepast zijn. Maar waarop is deze omleiding van aansprakelijkheid via de rechtspersoon gebaseerd? In de literatuur kunnen twee verschillende onderbouwingen worden onderscheiden. Beide komen aan bod.

Toerekening

Het '*primaire* *daderschap*' van de rechtspersoon wordt door sommige auteurs in verband gebracht met de mogelijkheid om (onrechtmatige) gedragingen van de bestuurder toe te rekenen aan de rechtspersoon.¹²⁴ Voorstanders van deze gedachten menen dat na de toerekening de rechtspersoon de *primaire* – en in beginsel *enige* – aansprakelijke is.

Deze redenering is echter gebaseerd op een misverstand. Ook wanneer je handelt in hoedanigheid of ten behoeve van een rechtspersoon, blijf je verantwoordelijk voor je eigen daden. Door toerekening kan mogelijk ook een rechtspersoon aansprakelijk worden gehouden voor jouw daden, wanneer die dader in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de betreffende rechtspersoon hebben te gelden.¹²⁵ Die aansprakelijkheid heeft – anders dan bij de orgaantheorie het geval was – géén exclusief karakter. De toerekening zorgt dus niet voor een verplaatsing van de aansprakelijkheid, maar voor een uitbreiding daarvan.¹²⁶

Normadressaatschap

Sommige auteurs baseren het secundaire karakter van bestuurdersaansprakelijkheid op de adressering van de norm. Volgens deze redenering rust de verplichting uit de geschonden norm niet op de bestuurder, maar op de rechtspersoon. Omdat de bestuurder niet persoonlijk gehouden is om de norm na te leven, kan hij hem ook niet 'rechtstreeks' schenden. Vanwege het indirecte karakter van normschending zou voor de aansprakelijkheid van de bestuurder iets extra's nodig zijn: een persoonlijk ernstig verwijt.¹²⁷

Op het eerste gezicht lijkt de adressering van de norm een legitieme reden om een hogere aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders toe te passen; het zou immers onredelijk zijn om bestuurders af te rekenen op andermans verplichtingen. Probleem van dit argument is echter dat de ernstig verwijt-maatstaf óók wordt toegepast bij normen die wél specifiek zijn geadresseerd aan bestuurders. Bij die gevallen ontbreekt dan de rechtvaardiging.

122 N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study* (diss. Leiden; Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017, zie m.n. par. 2.3-2.6 en p. 167.

123 Zie voor een verdere uitwerking van dit argument met verdere verwijzingen: T.R. Bleeker, 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld', *NJB* 2020/2300, afl. 34, p. 2520-2527 en Bleeker 2021, par. IV.3.4. Er zijn ook voorstanders van de ernstig verwijt-maatstaf die erkennen dat het bange bestuurders-argument niet dragend is. Zie bijvoorbeeld A. Hammerstein, 'Een persoonlijk ernstig verwijt', *Ondernemingsrecht* 2021/62, p. 365.

124 Zoals L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 301 en Hammerstein 2021, p. 365-366. Voor meer voorbeelden zie Bleeker 2021, par. IV.3.3.2.

125 HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, *NJ* 1980/34, m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babel*). Zie hierover ook Asser/Kortmann 3-III 2017/145 e.v.; Westenbroek 2017, par. 10.4.4.

126 Voor een uitvoerige analyse van dit argument, zie o.a. Bleeker 2021, par. IV.3.3.2 en Westenbroek 2017, par. 10.4 en 10.5. Ook Kroeze schreef in zijn annotatie onder *Hezemans Air* dat het toerekeningsargument "niet een echte rechtvaardiging vormt voor een hogere drempel", HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296 (*Hezemans Air*), nr. 3. Zie voorts S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723-724.

127 Deze gedachte is uitgewerkt door S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 128-137. De benadering is ook te herkennen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie bijv. het dictum van het Spaanse *Villa*-arrest par. 3.4.1-3.4.2 en een uitgebreide bespreking in de conclusie van A-G Timmerman bij het HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, ECLI:NL:PHR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*), nr. 4.8-4.14.

Maar zelfs wanneer er wel sprake is van een geschonden norm die geadresseerd is aan de rechtspersoon, kan dit argument niet overtuigen. Een verplichting die niet tot jou maar tot een ander is gericht, *kun* je namelijk ook niet schenden. De aansprakelijkheid zou dan reeds vastlopen op het ontbreken van een onrechtmatige gedraging in de zin van art. 6:162 lid 2 BW; daar heb je geen persoonlijk ernstig verwijt voor nodig.

Alleen als via reflexwerking een zelfstandige ongeschreven norm kan worden afgeleid die wél is gericht tot de bestuurder, kan de bestuurder een onrechtmatige daad plegen. Bijvoorbeeld bij het schenden van contractuele verplichtingen; daaraan is alleen de rechtspersoon als contractspartij gebonden. De wanprestatie van de rechtspersoon leidt niet tot aansprakelijkheid van de bestuurder. *Tenzij* de wanprestatie van de rechtspersoon is veroorzaakt door een onrechtmatige daad van de bestuurder. Dat is ook precies waar de nakomingsfrustratienorm en de *Beklamel*-norm ooit voor zijn ontwikkeld; die normen bevatten persoonlijke verplichtingen voor bestuurders. Het schenden daarvan maakt hen, volgens de hier bestudeerde redenering, een primaire dader.¹²⁸

Slotsom

Bestuurdersaansprakelijkheid heeft geen secundair karakter. De bestuurder wordt aangesproken op een *eigen* onrechtmatige daad. Toerekening van een onrechtmatige daad aan de rechtspersoon laat de aansprakelijkheid van de bestuurder onverlet. De orgaantheorie is immers inmiddels lang en breed verlaten.

5.4 Waarom zouden we ons hier druk over maken?

5.4.1 Semantische discussie?

De ernstig verwijt-maatstaf is op wonderbaarlijke wijze in het onrechtmatigedaadsrecht beland en de argumenten die de Hoge Raad aandraagt om hem te handhaven zijn in de literatuur keer op keer weerlegd. Maar is er wel echt een probleem? Komt dat ernstig verwijt linksom of rechtsom niet op hetzelfde neer als de gewone onrechtmatige daad?

Het is lastig om te duiden hoe de ernstig verwijt-maatstaf zich precies verhoudt tot de vereisten van art. 6:162 BW,¹²⁹ en het lijkt er ook op dat de Hoge Raad op verschillende

gedachtes hinkt,¹³⁰ maar één ding is zeker: het ernstig verwijt zorgt voor een hogere aansprakelijkheidsdrempel. Zowel op basis van de jurisprudentie als de literatuur kan worden geconcludeerd dat een gewone toerekenbare onrechtmatige gedraging niet genoeg is voor bestuurdersaansprakelijkheid.¹³¹ En dat heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat de bestuurder uit het *RCI Financial*-arrest, die nota bene een strafbaar feit begaat door namens de vennootschap een waardeloos pandrecht te sluiten, bij gebrek aan ernstig verwijt niét aansprakelijk kan worden gehouden.¹³² Het is dus geen semantische discussie: er komt juridisch gezien wel degelijk iets extra's bij.

5.4.2 Systeem der wet

Wat maakt het uit dat voor bestuurders een afwijkend aansprakelijkheidsregime met een hogere aansprakelijkheidsdrempel geldt? De eerste reden ligt zo voor de hand dat je hem bijna over het hoofd zou zien: de toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf is in strijd met de wet.

Art. 6:162 lid 1 BW is glashelder: als iemand toerekenbaar een onrechtmatige daad begaat jegens een ander en daarmee een ander dientengevolge schade berokkent, *dán* moet hij deze schade vergoeden. De vijf vereisten die voortvloeien uit dit artikel zijn cumulatief en limitatief. Het staat de rechter niet vrij te bepalen dat een specifieke groep deze vereisten kan vervullen zonder de wettelijke consequentie die daarbij hoort. De *“regter”* moet immers ‘recht spreken op basis van de wet’.¹³³

5.4.3 Rechtsgelijkheid

Als het om bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad gaat, lijkt niet iedere jurist zich neer te leggen bij wat de wet voorschrijft. Maar zelfs als we dat terzijde schuiven, blijft de rechtsongelijkheid die de ernstig verwijt-maatstaf teweegbrengt lastig verteerbaar. De uitzondering geldt namelijk alléén voor bestuurders, terwijl – zoals ook bleek in de inleiding – de argumenten die de toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf rechtvaardigen ook opgaan voor veel andere gevallen.

Er zijn immers tal van beroepen waarbij defensief gedrag van de beoefenaren onwenselijk is. Bestuurders zijn ook niet de enigen die ten behoeve of in naam van de rechtspersoon handelen. Sterker nog, gelet op de uitvoerende rol en financieel kwetsbare positie van andere werknemers lijkt aanvullende

128 Een uitvoerige analyse van dit argument kan worden gevonden in Bleeker 2021, par. IV.3.3.

129 In de meest recente arresten lijkt de ernstig verwijt-maatstaf te worden gehanteerd als een ‘totaalconcept’ dat elementen zou bevatten van zowel de onrechtmatigheid als toerekenbaarheid. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (concl. A-G Drijber), NJ 2018/330, m.nt. van Schilfgaarde; *Ondernemingsrecht* 2018/81, m.nt. Lennarts; AA 2018/0502, m.nt. Assink (X/TMF), r.o. 3.3.2-3.3.3. Voor deze benadering wordt al langer gepleit door Assink en Timmerman. Zie o.a. B.F. Assink, ‘Verbindingen tussen bestuurderschap, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod’, *WPNR* 2013/6983, p. 565-568 en L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, *WPNR* 2016/7105, par. 6.

130 Aanvankelijk lijkt de Hoge Raad het ernstig verwijt uit te leggen in de sleutel van toerekenbaarheid (gekwalficeerde schuld), maar in latere arresten wijst de interpretatie het meer in de richting van onrechtmatigheid of blijft de duiding in het midden. Zie Bleeker 2021, par. IV.2.5 of de beschouwingen van D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 33-35.

131 Zie voor een toelichting van deze ‘getrapte beoordeling’ bijvoorbeeld Assink in zijn annotatie onder X/TMF, HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, AA 2018/0502, p. 509.

132 Zie de analyse van Karapetian 2019, par. 2.7.4 over de verhouding tussen de maatstaf die werd gehanteerd in *RCI Financial* en de toepasselijke strafrechtelijke bepalingen.

133 Aldus artikel art. 11 Wet algemene bepalingen.

bescherming daar misschien nog wel passender dan degenen in de top die (vaak met de luxe van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering) de werknemers aansturen. Toch blijft een bouwvakker persoonlijk aansprakelijk voor de onrechtmatige daden die hij pleegt in zijn taakuitoefening, en geldt voor bestuurders een hogere aansprakelijkheidsdrempel. De uitzonderingspositie lijkt arbitrair.

5.4.4 Ongerichte bescherming

Wie een bestuurder toch extra bescherming gunt, kan toch moeilijk volhouden dat die bescherming een algemene strekking zou moeten hebben. Momenteel wordt aangenomen dat de ernstig verwijt-maatstaf “over de gehele linie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht” dient te worden toegepast.¹³⁴ Dus, of het nou gaat om het lichtzinnig aangaan van verplichtingen namens de rechtspersoon, nakomingsfrustratie, belastingfraude, het creëren van een onveilige arbeidsomstandigheden, of het dumpen van bedrijfsafval; volgens de huidige doctrine wordt de bestuurder aanvullend beschermd tegen persoonlijke aansprakelijkheid door middel van de ernstig verwijt-maatstaf. Is dat in alle gevallen terecht?

De ernstig verwijt-maatstaf lijkt veel te grof geschut voor het beoogde doel. In plaats van deze generieke oplossing pleiten verscheidene auteurs¹³⁵ om bestuurders *gericht* te beschermen. Dit kan onder meer door de bescherming te verdisconteren in de normstelling in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Op die manier kan per geval de hoogte van de aansprakelijkheidsdrempel worden bepaald.

5.4.5 Rechtszekerheid

Zowel voor- als tegenstanders zijn het erover eens dat de ernstig verwijt-maatstaf complex en “*notoir onduidelijk*” is.¹³⁶ Die onduidelijkheid heeft verschillende oorzaken.

Allereerst is het leerstuk uiterst veranderlijk: in haar relatief korte leven is de ernstig verwijt-maatstaf zowel qua formulering, dogmatische inbedding, toepassingsbereik als rechtvaardiging van gedaante gewisseld.¹³⁷

Een tweede probleem is dat de ernstig verwijt-maatstaf weinig houvast biedt. Het kader voor *Beklamel*-gevallen is redelijk duidelijk, maar daarbuiten biedt de maatstaf

nauwelijks handvatten om te bepalen wanneer de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.¹³⁸

Ook de verhouding van het ernstig verwijt tot art. 6:162 BW levert de nodige hoofdbrekens op. Zelfs de simpele vraag *waarop* het verwijt betrekking moet hebben – de normschending, de toerekening, de onrechtmatige daad van de rechtspersoon, het handelen van de bestuurder zelf, een combinatie, of nog iets anders – is in de literatuur en jurisprudentie geen eenduidig antwoord op te vinden.

De rechtsonzekerheid die de toepassing van de maatstaf teweegbrengt is een reden om de toepassing ervan in het onrechtmatigedaadsrecht te heroverwegen.

5.4.6 Praktisch belang

In het verlengde van het vorige argument, valt op hoe onpraktisch de ernstig verwijt-maatstaf is. Bestuurders hebben behoefte aan duidelijkheid,¹³⁹ rechtsbeoefenaren hebben belang bij een heldere en functionele systematiek voor bestuurdersaansprakelijkheid. Maar zoals Verstijlen treffend heeft opgemerkt: de ernstig verwijt-maatstaf is een smoordeken die het moeilijk maakt op een zinvolle manier te discussiëren over de aansprakelijkheid van een bestuurder.¹⁴⁰

Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht staat vrijwel geheel in het teken van het ernstig verwijt. Dat leidt af van de andere cumulatieve vereisten die gelden voor het vestigen van onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. De normstelling, causaliteit, schade, relativiteit en toerekenbaarheid worden allemaal opgeslokt in een ondoorgroondelijke discussie over of het allemaal wel ernstig en verwijtbaar genoeg is. Bij bestuurdersaansprakelijkheid blijven daardoor allerlei kristalheldere leerstukken van de onrechtmatige daad onbenut.

5.5 Hoe nu verder?

Het ernstig verwijt is op wonderbaarlijke wijze terechtgekomen in het onrechtmatigedaadsrecht, en de maatstaf zit daar nu al een tijdje vast. De redenen die worden genoemd om deze maatstaf te handhaven zijn bij nadere bestudering niet overtuigend. De toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf levert problemen op van zowel juridische als praktische aard.

134 Zie Timmerman 2016, m.n. p. 324 en p. 328. Voor een overzicht van auteurs die hiervoor pleiten, zie Bleeker 2021, par. IV.3.2.

135 In deze zin bijvoorbeeld ook Karapetian 2019, p. 45, 48, 59 en 220, en F.M.J. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 664-670.

136 Deze aanduiding werd gebruikt in B.F. Assink, ‘De Januskop van het ondernemingsrecht. Over facilitering en regulering van ondernemerschap’, *Ondernemingsrecht* 2010/50, afl. 6, par. 5.3, randnummer 55 e.v. en in B.F. Assink, ‘Vrijtekening door de vennootschap van ondernemende bestuurders’, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, par. 2.V. Bleeker 2021, par. IV.3.6.5 bevat een overzicht van de standpunten van voor- en tegenstanders wat betreft de vaagheid en complexiteit van de ernstig verwijt-maatstaf.

137 De ontwikkeling en veranderingen worden beschreven in Bleeker 2021, par. IV.2.3-IV.2.8 en IV.3.6.5.

138 Over het (gebrek aan) houvast van de maatstaf, zie par. IV.2.6.

139 Hierop wordt door verschillende auteurs gewezen en dit wordt ook bevestigd door empirisch onderzoek. Zie o.a. Pham 2017; Strik 2010, p. 50-51; B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht. Over facilitering en regulering van ondernemerschap* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 23; Borrius 2011, p. 113.

140 F.M.J. Verstijlen, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht. De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6’, in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 336. Hij wijst er in een andere publicatie ook terecht op dat het beter is bestuurders duidelijkheid te bieden over de regel die zij in acht moeten nemen, dan hun de boodschap te geven dat zij het niet “te bont mogen maken”: Verstijlen 2013.

De oplossing is simpel: keer terug naar de gewone vereisten van art. 6:162 BW. Dat zorgt voor een passende drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid. Dat maakt het mogelijk bestuurders gericht te beschermen. Dat maakt een einde aan de arbitraire en buitenwettelijke uitzonderingspositie van bestuurders. Dat maakt een genuanceerde en gestructureerde beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid mogelijk. Dat zorgt voor duidelijkheid.

Toegegeven: de terugkeer naar de gewone vereisten van de onrechtmatige daad maakt de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders weliswaar eenvoudiger, maar nog altijd niet eenvoudig. Bestuurdersaansprakelijkheid is en zal altijd een genuanceerde en gecompliceerde aangelegenheid blijven. Maar juist daarom is een heldere systematiek onmisbaar. De ernstig verwijt-maatstaf staat alleen maar in de weg.

Hoe is het ernstig verwijt-maatstaf in het onrechtmatigedaadsrecht terecht gekomen? Tijd om dat paard uit het hek te halen, concludeert Bleeker.

6. VBR-publicatieprijs 2022

De middag werd afgesloten met de uitreiking van de VBR-publicatieprijs 2022. De prijs voor het beste wetenschappelijke artikel is dit jaar uitgereikt aan Daniël Stein, voor zijn artikel 'Partijautonomie en hoofdelijke verbondenheid'.¹⁴¹ Een doorwrochte bijdrage – aldus de jury, bestaande uit Chantal Mak, Charlotte Pavillon, André Janssen, Sjoerd Meijer en Tycho de Graaf – waarin hij twee belangrijke kwesties bespreekt: (1) de gevolgen van een exonatiebeding wanneer niet alle hoofdelijke verbonden partijen zich hebben geëxonereerd en (2) de gevolgen van bedingen waarmee hoofdelijk medeschuldenaren onderling regres of subrogatie uitsluiten.

Het zijn ingewikkelde kwesties waar Daniël de lezer vakkundig doorheen loodst in een compacte, prettig leesbare en af en toe zelfs beeldende schrijfstijl. Zo spreekt hij over draagplichten van presterende schuldenaren als drempels en draagplichten van aangesproken medeschuldenaren als plafonds. Hij kruist de degen met Van Boom, Keirse, Jongeneel en Boekraad. Een verfrissende nieuwe blik en een waardevolle bijdrage aan de wetenschap.

¹⁴¹ D.F.H. Stein, 'Partijautonomie en hoofdelijke verbondenheid', *RM Themis* 2022/1.