

Europeanisering van bewijs en aansprakelijkheid

NTBR 2023/8

Redactioneel

De Europeanisering van kwesties van bewijs en aansprakelijkheid heeft voornog geen enorme vlucht genomen.² Daar kan best weleens verandering in komen. Inmiddels lijkt 'Brussel' namelijk te beseffen dat voor een doelmatige werking van het (Europese) aansprakelijkheidsrecht óók de bewijsregels van belang zijn. Zo zagen in 2022 vier richtlijnvoorstellen het licht die voorzien in verschillende bewijsrechtelijke tegemoetkomingen voor gelaedeerden in uiteenlopende aansprakelijkheidskwesties. Het betreft het richtlijnvoorstel tot wijziging van de richtlijn industriële emissies en afvalstoffen,³ het richtlijnvoorstel betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa,⁴ het richtlijnvoorstel productaansprakelijkheid⁵ en het richtlijnvoorstel AI-aansprakelijkheid.⁶ De tegemoetkomingen zien onder meer op het bewijs van het oorzakelijk verband.

De voorgestelde tegemoetkomingen beogen drie veelvoorkomende oorzaken van bewijsnood bij gelaedeerden te adresseren: wetenschappelijke onzekerheid over het causale verband,⁷ complexiteit van (samenhangende) oorzaken van schade en het bestaan van een informatieasymmetrie tussen de gelaedeerde en de laedens. Deze omstandigheden kunnen (aanzienlijke) drempels opwerpen voor het vestigen van aansprakelijkheid. Door aan de bewijsrechtelijke knoppen te draaien wil de Europese wetgever die drempels verlagen, om zo de doeltreffende werking van het EU-aansprakelijkheidsrecht te waarborgen. De (voorgestelde) regelingen blinken helaas niet allemaal uit in helderheid en roepen de nodige vervolgvragen op. Dat kan de doelmatigheid en rechtvaardigheid van de regelingen ondermijnen. Ik licht enkele aandachtspunten uit.⁸

Richtlijnvoorstel industriële emissies: vermoeden of omkering?

Het richtlijnvoorstel industriële emissies beoogt het milieu en de gezondheid van mensen te beschermen tegen negatieve gevolgen van verontreiniging door grote

-
- 1 Citeerwijze: E.R. de Jong, 'Europeanisering van bewijs en aansprakelijkheid', *NTBR* 2023/8, afl. 3.
 - 2 Nieuw is de invloed van 'Europa' op bewijsregelingen (in het privaatrecht) niet. Nationale bewijsregelingen die betrekking hebben op een door de EU gereguleerde aansprakelijkheidskwestie (kunnen al) worden getoetst aan het Europese Unie-recht, en dan in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van gelijkwaardigheid. Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, *NJ* 2018/125, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Sanofi Pasteur*). Zie hierover onder meer: G.M. Veldt & A.E.C. Wissink, 'Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico's', *NTBR* 2017/36. Zie eveneens voor het belang van een doeltreffende werking van het Europese recht: HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. Du Perron (*World Online*). Dat de Europese wetgever bewijsregels van nationaal privaatrecht beïnvloedt is evenmin een nieuwe vaststelling. Voorbeelden vindt men, onder meer, in het consumentenrecht (artikel 7:18 lid 2 BW), het mededingingsrecht (zie artikel 6:193l en artikel 6:193q BW). Bekende voorbeelden vinden we ook in het gelijke behandelings- en arbeidsrecht. Zie verder onder meer: H.B. Krans, 'Veel 'Europa' in het bewijsrecht', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht (Onderneming en recht, nr. 81-II)*, Deventer: Wolters Kluwer 2014; *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/92 e.v. en A. Nylund & H.B. Krans (eds.), *The European Union and National Civil Procedure*, Cambridge: Intersentia 2016.
 - 3 Richtlijnvoorstel van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging) en Richtlijn 1999/31/EG van de Raad van 26 april 1999 betreffende het storten van afvalstoffen, COM (2022) 156 final/3.
 - 4 Richtlijnvoorstel van het Europees Parlement en de Raad betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa (herschikking), COM (2022) 542 final/2.
 - 5 Richtlijnvoorstel van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, COM (2022) 495 final.
 - 6 Richtlijnvoorstel van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpassing van de regels inzake niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid aan artificiële intelligentie (AI), COM (2022) 496 final.
 - 7 Zie over de thematiek en rechtvaardigingen om in dit soort situaties de gelaedeerde te verlichten in zijn bewijsnood ook E.R. de Jong, 'Generieke causaliteitsonzekerheden bij het bewijzen van een oorzakelijk verband. Over de grensgebieden van causaliteit', *NTBR* 2021/6.
 - 8 Ik ga niet expliciet in op de verhouding tussen de Europese voorstellen en het Nederlandse recht. Zo'n analyse is te omvangrijk voor een redactioneel (dat toch al enigszins is ontploft qua omvang...).

industriële installaties en veehouderijen. Het bevat verplichtingen voor zowel bedrijven als overheden. Het voorstel bevat, vooralsnog,⁹ een nieuwe aansprakelijkheidsregeling (artikel 79 bis) die inhoudt dat “de getroffen personen vergoeding van schade [aan de menselijke gezondheid, EdJ] kunnen eisen en verkrijgen van de betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen en, in voorkomend geval, van de betrokken bevoegde autoriteiten die voor de schending verantwoordelijk zijn” (lid 1). Hoewel zo’n vordering onder het nationale recht al mogelijk is,¹⁰ kan de relevantie van dit artikel en de daarin opgenomen bewijsregel moeilijk worden overschat; men denkt al snel aan (vermeende) bedrijfsmatige vervuiling van de leefomgeving (denk aan de Tata Steel-problematiek in de IJmondregio).

Bij industriële emissies werpen wetenschappelijke onzekerheid en complexiteit veelal aanzienlijke drempels op voor het bewijzen van causaliteit en daarmee het vestigen van aansprakelijkheid. Daarom beoogt de Europese wetgever met artikel 79 bis lid 4, zo vermeldt althans de considerans, een weerlegbaar bewijsvermoeden te introduceren. Dat lid bepaalt dat “wanneer er een vordering tot schadevergoeding overeenkomstig lid 1 bestaat, ondersteund door bewijsmiddelen die een oorzakelijk verband tussen de schade en de schending aannemelijk maken, de lidstaten ervoor [zorgen] dat het aan de voor de schending verantwoordelijke persoon is om te bewijzen dat de schending de schade niet heeft veroorzaakt of daartoe niet heeft bijgedragen.” Het artikel roept onder meer vragen op over het te leveren bewijs door de aangesprokene. Het (tweede gedeelte van het) artikel introduceert namelijk niet alleen een met tegenbewijs weerlegbaar bewijsvermoeden van causaliteit, zoals de EU-wetgever meent.¹¹ ‘Enkel’ het weerleggen van het vermoeden door de aangesprokene is niet voldoende. Hij moet ook bewijzen dat de schade niet door hem is veroorzaakt. Hij moet, met andere woorden, tegendeelbewijs van causaliteit leveren, waarvoor hij de bewijslast en het bewijsrisico draagt. Dat is in geval van wetenschappelijke onzekerheid en complexiteit geen gemakkelijke opgave.

Richtlijnvoorstel luchtkwaliteit: plausibiliteit als ingangsvoorwaarde

In de context van luchtvervuiling werpen wetenschappelijke onzekerheid en complexiteit, bij de gangbare bewijsregels, eveneens de nodige drempels tot aansprakelijkheid op. Het richtlijnvoorstel luchtkwaliteit beoogt deze eveneens te verlagen, maar doet dit wel op andere wijze dan het richtlijnvoorstel industriële emissies. Die verschillen zijn opmerkelijk, omdat beide richtlijnen (soort)gelijke aansprakelijkheidskwesties regelen.

Het voorstel bevat onder meer verplichtingen voor overheden om luchtkwaliteitsplannen op te stellen en in te grijpen wanneer grenswaarden worden overschreden. Ook in dit voorstel vinden we een nieuwe aansprakelijkheidsregeling. Artikel 28, aldus de toelichting, voorziet namelijk in “een effectief recht op vergoeding van schade aan de gezondheid [...]” in geval van schending van bepaalde verplichtingen uit de richtlijn.¹² Ook dit artikel zal naar verwachting aanzienlijke betekenis hebben, mede omdat het op basis van het huidige Europese recht (nagenoeg) onmogelijk is om (overheids)aansprakelijkheid voor luchtvervuiling te vestigen.¹³

9 Het lijkt erop dat het schadevergoedingsartikel nog onderwerp van discussie zal zijn bij de Raad. Zie: Raad van de Europese Unie, Interinstitutioneel dossier: 2022/0104(COD), 8064/1/22 REV 1 - (COM 2022) 156 final/3.

10 Of deze vorderingen kansrijk zijn is overigens een ander verhaal.

11 Bijv. nr. 33, waarin wordt gesproken van het weerleggen van het vermoeden.

12 Toelichting bij artikel 28 onder artikelsgewijze toelichting.

13 HvJ EU (Grote Kamer) 22 december 2022, C-61/21, ECLI:EU:C:2022:1015 (*JP/Ministre de la Transition écologique c.s.*) en het recente redactioneel van K.J.O. Jansen, ‘Relativiteit en rechtstoekenning: wie klaart de lucht in Europa?’, *NTBR* 2023/5.

Lid 4 bepaalt dat “wanneer een schadevordering wordt gestaafd met bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de in lid 1 bedoelde schending de *meest plausible verklaring* is voor het ontstaan van de schade bij die persoon, het oorzakelijke verband tussen de schending en het ontstaan van de schade [wordt] voorondersteld [lees: verondersteld, EdJ].” Men kan zich afvragen of hier een lagere maatstaf als toepassingsvoorwaarde geldt dan in de richtlijn industriële emissies. Plausibiliteit *lijkt*, zeker in combinatie met het woord verklaring, een lagere mate van zekerheid over het causale verband uit te drukken dan aannemelijkheid.¹⁴ Helemaal helder is dat overigens niet: plausibiliteit is geen gangbare term in het Nederlandse bewijsrecht. Het gebruik van de term plausibiliteit illustreert in ieder geval dat deze bepaling is ontworpen met (voornamelijk) situaties van wetenschappelijke onzekerheid in het achterhoofd. Immers zullen in die situaties veelal enkel plausible verklaringen voor het ontstaan van de schade voorhanden zijn. Het weerleggen van het vermoeden is dan niet gemakkelijk. Dat neemt natuurlijk niet weg dat ook in kwesties van aansprakelijkheid voor luchtvervuiling, zich situaties kunnen aandienen waarin er wél (meer) zekerheid is over de juistheid van (alternatieve) verklaringen voor het ontstaan van de schade. Relevant in dat verband is dat de aangesprokene hier, in tegenstelling tot de richtlijn industriële emissies, tegenbewijs dient te leveren. Het vermoeden valt in deze situatie dan gemakkelijker te ontzenuwen, bijvoorbeeld op basis van alternatieve oorzaken.

Richtlijn productaansprakelijkheid: een complicerend bewijsvermoeden?

In artikel 9 van het richtlijnvoorstel productaansprakelijkheid vinden we verschillende bewijsregels. Lid 2 ziet op het bewijs van gebrekkigheid, lid 3 op het verband tussen de gebrekkigheid en de schade en lid 4 ziet specifiek op situaties van wetenschappelijke onzekerheid en complexiteit. Dat laatstgenoemde lid bepaalt dat wanneer de nationale rechter oordeelt dat “het vanwege de technische of wetenschappelijke complexiteit voor de eiser buitensporig moeilijk is om de gebreken van het product en/of het oorzakelijk verband tussen de gebreken ervan en de schade aan te tonen, de gebreken van het product en/of het oorzakelijk verband tussen de gebreken ervan en de schade aannemelijk [worden] geacht wanneer de eiser op basis van voldoende relevant bewijsmateriaal heeft aangetoond dat: a) het product heeft bijgedragen tot de schade, en b) het waarschijnlijk is dat het product gebreken vertoonde en/of dat de gebreken ervan een waarschijnlijke oorzaak van de schade zijn.”

De regel is wat mij betreft niet heel duidelijk geformuleerd. Bovendien rijst de vraag of de gelaedeerde niet blij wordt gemaakt met een dode mus. Hij moet de *bijdrage* van het product aan de schade aantonen en *waarschijnlijk* maken dat het product een gebrek vertoonde en/of de oorzaak van de schade is.¹⁵ Maar, hoe moet hij dit doen als de technische of wetenschappelijke complexiteit het hem nu juist bemoeilijken om dit aan te tonen? Dat is immers het vertrekpunt van de tegemoetkoming. Hier lijkt dus in de toepassingsvoorwaarde het probleem te spelen waarvoor de uiteindelijke tegemoetkoming een oplossing moet bieden. Dit probleem kan deels worden overkomen indien uit de gebrekkigheid van een product (hetgeen in geval van technische of wetenschappelijke onzekerheid en complexiteit overigens ook niet gemakkelijk te bewijzen is) een vermoeden van causaliteit mag worden afgeleid.¹⁶ De tekst van het artikel maakt mijns inziens niet ondubbelzinnig duidelijk of dat mogelijk is.

14 Zie over de term plausibiliteit: E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen* (diss. UU), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 27-29.

15 Hoe deze maatstaf zich verhoudt tot *Sanofi Pasteur* laat ik onbesproken.

16 Het is overigens de vraag in welke mate dit probleem onder het Nederlandse recht speelt gegeven de eventuele toepasselijkheid van de omkeringsregel. Dat die regel ook in het productaansprakelijkheidsrecht relevant is blijkt onder meer uit: HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45.

Het gedetailleerde bewijsvermoeden bij AI-aansprakelijkheid

Ten slotte het richtlijnvoorstel AI-aansprakelijkheid. Dat introduceert geen aansprakelijkheidsgrondslag, maar wel twee bewijsvermoedens die van belang zijn bij kwesties van AI-aansprakelijkheid. Ik beperk me tot artikel 4 dat “een specifiek weerlegbaar vermoeden van causaal verband” introduceert.¹⁷ Ook hier vormen wetenschappelijke onzekerheden en complexiteit belangrijke redenen om de geïllustreerde in zijn bewijsnood te verlichten.

Het vermoeden ziet op, zo vat ik het samen, het causaal verband tussen enerzijds de verrichtingen van een AI-systeem en anderzijds de schending van een (relevante) zorgvuldigheidsverplichting (denk aan kwaliteitseisen die gelden bij het ontwerp van een AI-systeem) door de aangesprokene. Het ziet *niet* op het verband tussen de verrichtingen van een AI-systeem en de schade. De eiser moet voor toepassing van het vermoeden immers aantonen dat “de door het AI-systeem gegenereerde output of het verzuim door het AI-systeem om output te genereren, de schade heeft veroorzaakt (artikel 4 lid 1 c).” Kortom, hij moet nog steeds het causale verband tussen de schade en de onrechtmatige output aantonen. In die zin is dus enigszins misleidend dat wordt gesproken van een vermoeden van een causaal verband.

De toepassingsvoorwaarden verschillen naargelang de aangesprokene aanbieder is van een hoog-risico-AI-systeem (lid 2), gebruiker is van een hoog-risico-AI-systeem (lid 3) of het geen hoog-risico-AI-systeem betreft (lid 5). De toepassingsvoorwaarden zijn met name voor de eerste en tweede situatie gedetailleerd uitgewerkt. Bij hoog-risico-AI-systeem is het vermoeden van toepassing bij schending van concreet geformuleerde verplichtingen, die onder meer betrekking hebben op kwaliteitseisen die, in de voorgestelde Verordening artificiële intelligentie,¹⁸ worden gesteld aan ontwerp en ontwikkeling van AI-systemen en de daarbij geldende transparantievereisten en monitoringsverplichtingen. Het vermoeden is in het geval van een hoog-risicosysteem niet van toepassing “wanneer de verweerder aantoonbaar dat de eiser redelijkerwijs over voldoende bewijsmateriaal en deskundigheid kan beschikken om het in lid 1 bedoelde causaal verband aan te tonen (lid 4).” Indien het geen hoog-risico-AI-systeem betreft, dan is het vermoeden van toepassing wanneer de rechter het voor de eiser ‘buitensporig’ moeilijk acht om het causaal verband aan te tonen (lid 5). Ten slotte bevat het artikel regels voor toepassing van het bewijsvermoeden bij aansprakelijkheid van niet-professionele partijen (lid 6).

Voor de doelmatige werking van AI-aansprakelijkheid hangt uiteindelijk veel af van de drempels die er bestaan om het causale verband tussen de AI-verrichtingen en de schade te bewijzen. Zoals gezegd, hiervoor bevat het voorstel géén bewijsrechtelijke tegemoetkoming en zullen dus eventuele nationaalrechtelijke tegemoetkomingen van belang zijn. Daarnaast ligt hier het gevaar op de loer dat een *lawyers paradise* wordt gecreëerd. Er zullen, in het bijzonder ten aanzien van hoog-risico-AI-systeem, ongetwijfeld vragen rijzen over de invulling van en verhouding tussen de verschillende voorwaarden en uitzonderingen.

17 Zie onder nr. 4 bij de artikelsgewijze toelichting. Wat wordt bedoeld met een *specifiek* weerlegbaar vermoeden is mij niet helemaal helder. Artikel 3 lid 1 regelt dat de nationale rechter in voorkomende gevallen een verweerder die beschikt over “relevant bewijsmateriaal over een specifiek AI-systeem met een hoog risico waarvan wordt vermoed dat het schade heeft veroorzaakt of dat schade heeft veroorzaakt” kan “gelasten dergelijk bewijsmateriaal openbaar te maken.” Indien de verweerder hier geen gehoor aan geeft dan gaat de nationale rechter, ingevolge lid 5, “uit van het vermoeden dat de verweerder [...] een relevante zorgvuldigheidsplicht waarvoor het gevraagde materiaal als bewijs moest dienen met het oog op de desbetreffende vordering tot schadevergoeding, niet is nagekomen.”

18 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (Wet op de Artificiële Intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de unie, COM (2021) 206 final.

Afsluiting

Duidelijk is dat 'Europa' het aansprakelijkheidsrecht stuurt door aan de knoppen van de bewijsregels te draaien. In het bijzonder draait het aan de knoppen van de bewijsregels aangaande causaliteit in aansprakelijkheidskwesties waarin wetenschappelijke onzekerheid en complexiteit gelaedeerden in bewijsnood brengen. Dat deze oorzaken van bewijsnood worden geadresseerd is in de kern genomen een goede ontwikkeling. Echter, de tegemoetkomingen zijn op ad-hocbasis tot stand gekomen. Het risico daarvan is een versnipperde uitwerking van bewijsrechtelijke tegemoetkomingen (hetgeen we overigens ook zien in het nationale aansprakelijkheidsrecht). Eveneens zijn de regelingen op bepaalde punten onduidelijk. Dat leidt niet alleen tot vragen over de uitwerking van de regelingen en de inpassing daarvan in het nationale recht, maar ook over hun doelmatigheid en rechtvaardigheid.