

I Doelmatig privaatrecht: een inleiding

Karel Boonzaaijer, Marieke Heltzel, Martien Schaub & Koen Swinnen

1.1 *De verscheidenheid aan doelen van het privaatrecht*

Het privaatrecht is er niet voor niks; het dient bepaalde doelen. Doelen die traditioneel aan het privaatrecht ten grondslag liggen, zijn onder meer compensatie (of herstel) en gedragsregulering. Ook economische doelen, zoals welvaartverdeling en -bescherming, en het bieden van rechtszekerheid worden traditioneel door het privaatrecht nagestreefd.

Wat betreft compensatie en herstel kan gedacht worden aan de verschillende remedies die het privaatrecht biedt als er iets misgaat. Er kan bijvoorbeeld schadevergoeding worden verkregen wanneer sprake is van schade als gevolg van een onrechtmatige daad. In de context van contractenrecht is er de mogelijkheid tot het vorderen van nakoming of ontbinding alsmede schadevergoeding indien sprake is van schade als gevolg van een (toerekenbare) niet-nakoming van een overeenkomst. Bij het overtreden van de zorgplicht uit de Wet op het financieel toezicht kan een civiele aansprakelijkheid uitkomst bieden, en bij het verstrekken van onjuiste informatie in een prospectus is de civiele Wet oneerlijke handelspraktijken van toepassing. Een (strikte) aansprakelijkheid kan er dan weer toe bijdragen dat schadeveroorzakend gedrag wordt vermeden, en de Europese risicoaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door onveilige producten heeft als doel het compenseren van slachtoffers die schade lijden als gevolg van onveilige producten. Daarnaast moet deze aansprakelijkheid ertoe bijdragen dat enkel veilige producten op de interne markt worden gebracht. Meer in het algemeen hebben de privaatrechtelijke regels die afkomstig zijn van de Europese Unie doorgaans mede als doel het bevorderen van de werking van de interne markt, waaronder het realiseren van onvervalste mededinging.

Wat betreft de doelen van het privaatrecht kunnen verschillende ontwikkelingen worden gesignaleerd. Onder invloed van Europese wetgeving lijkt het privaatrecht inmiddels ook punitieve doeleinden te dienen. Denk bijvoorbeeld aan de vergaande privaatrechtelijke gevolgen bij schending van Europese informatieplichten of oneerlijke bedingen. De doelen van ons privaatrecht lijken verder te worden geraakt door technologische ontwikkelingen (bijv. AI, big data, online marktplaatsen) en ecologische ambities

(bijv. uitstootvermindering, circulair bouwen). Nieuwe ontwikkelingen en ambities kunnen privaatrechtelijke regels en de daaraan ten grondslag liggende doelen in een ander licht plaatsen, of zelfs onder druk zetten. Denk bijvoorbeeld aan het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel, dat tot doel heeft rechtszekerheid te bieden, maar een belangrijk obstakel (b)lijkt te vormen voor circulair bouwen. Of denk aan beperkte aansprakelijkheid bij kapitaalvennootschappen, die investeren en ondernemerschap stimuleert, maar de risico's ervan verschuift naar derden en negatieve effecten zoals klimaat- en milieuschade onvoldoende adresseert.

Dit alles doet de vraag rijzen of de 'traditionele' doelen van het privaatrecht nog wel passen bij de 21ste-eeuwse werkelijkheid en haar specifieke uitdagingen en problemen. Staan die traditionele doelen niet in de weg aan noodzakelijke wijzigingen en innovaties, waardoor ze op de schop moeten en moeten worden vervangen door nieuwe doelen? Zo ja, wat zouden die nieuwe doelen dan kunnen of moeten zijn? Of kunnen de traditionele doelen van het privaatrecht juist als houvast fungeren te midden van een veelheid aan razendsnelle veranderingen, waardoor het belangrijk is eraan vast te houden? Of is, zoals wel vaker, de oplossing ergens in het midden gelegen, waarbij (een aantal van) de traditionele doelen worden aangevuld met nieuwe doelen?

Deze en andere gerelateerde vragen die rijzen in alle geledingen van het ruimere privaatrecht staan centraal binnen het thema 'Doelmatig privaatrecht'. In de bijdragen in deze bundel wordt deze thematiek vanuit verschillende invalshoeken belicht.

1.2 *Deelthema (i): doelmatig privaatrecht en consumentenbescherming*

Consumenten bevinden zich ten opzichte van professionele partijen doorgaans in een zwakke positie. Consumenten zullen bijvoorbeeld niet in staat zijn om stevig te onderhandelen met een professionele partij. Consumenten zijn verder vaak niet op de hoogte van hun rechten, en als ze dat wel zijn, hebben ze niet altijd de financiële middelen om die rechten te gelde te maken. Gezien die zwakke positie bevat het privaatrecht verschillende regels die consumenten beogen te beschermen tegenover professionele partijen.

Micheal Acar bespreekt enkele recente Europese wetgevingsinitiatieven die als doel hebben consumenten te beschermen tegen de risico's van systemen of producten die gebruikmaken van AI. De bijdrage bespreekt de

AI-verordening, de invloed van deze verordening op de nieuwe Product-aansprakelijkheidsrichtlijn en de voorgestelde AI-aansprakelijkheidsrichtlijn. De Europese Unie kondigt nieuwe wetgeving graag groots aan, maar is het allemaal goud wat er blinkt? Acar onderzoekt hoe het voorgestelde Europese aansprakelijkheidskader voor AI-systemen het gestelde doel van het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming waarmaakt. Daartoe zet hij op een beknopte wijze de manier uiteen waarop de consument in de nieuwe wetgeving wordt beschermd en signaleert hij een aantal knelpunten. Bijvoorbeeld, het kan voor consumenten die schade hebben geleden lastig zijn om aan te tonen dat de schade door een AI-systeem is veroorzaakt. De nieuwe wetgeving komt met openbaarmakingsverplichtingen tegemoet aan het probleem dat consumenten kunnen ervaren bij het verkrijgen van technische informatie, maar de wetgeving bepaalt niet dat de relevante informatie ook begrijpelijk moet zijn. Gezien de complexiteit van AI-systemen is het de vraag of de gemiddelde consument de verkregen technische informatie voldoende zal begrijpen om die te kunnen aanwenden ter onderbouwing van een schadevordering.

Ook *Julian van den Broecke* bespreekt de bescherming van consumenten tegen (relatief) nieuwe risico's, te weten de risico's die samenhangen met het gebruik van sociale media. Sociale media, zoals Facebook en Instagram, zijn zo ontworpen dat ze de aandacht van hun gebruikers zo lang mogelijk vasthouden. Gebleken is dat de – verslavende – functionaliteiten schade kunnen veroorzaken aan de fysieke en psychologische gezondheid van met name jonge gebruikers. Van den Broecke onderzoekt of het privaatrecht ingezet kan worden om de gebruikers van sociale media te beschermen. Hij komt tot de conclusie dat het op zijn minst theoretisch mogelijk lijkt om schade die is geleden als gevolg van sociale media op de aanbieder van het platform te verhalen en dat een veilige socialemediadienst kan worden gevorderd van de aanbieders. Praktisch gezien heeft dat nog wel enige haken en ogen. Het is afhankelijk van de wijze waarop de (contractuele) zorgplicht van sociale media wordt geconcretiseerd. Daarnaast kan het aantonen van een causaal verband en (de omvang van de) schade problematisch zijn.

Dat consumentenbescherming ook zijn doel voorbij kan schieten blijkt uit de bijdrage van *Kirsten Hoogendam*. Centraal in haar onderzoek staat de bescherming van de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen. Hoogendam bespreekt de bescherming die huurders van woonruimte aan deze richtlijn kunnen ontlenen bij (potentieel) oneerlijke huurverhogingsbedingen. Ze laat zien dat de lijn die door het Europese Hof van Justitie is uitgezet wat betreft de toepassing van de richtlijn vergaande en mogelijk onwenselijke gevolgen kan hebben in de context van oneerlijke huurverhogingsbedingen.

De gevolgen die aan oneerlijke bedingen gekoppeld dienen te worden zijn weliswaar afschrikkend, maar niet altijd evenredig. Hoogendam onderzoekt welke gevolgen in het licht van de doelen van de richtlijn bij oneerlijke huurverhogingsbedingen zouden passen. Ze stelt voor dat rechters slechts een deel van het beding schrappen, zodat zowel de door de richtlijn beoogde afschrikkende werking als evenredigheid wordt geborgd.

Lara van Dongen onderzoekt welke bescherming de huidige wetgeving aan consumenten biedt bij het aangaan van een ‘product-as-a-service’-overeenkomst, en of de wetgeving voldoende waarborgen kent om de doelen die aan consumentenbescherming ten grondslag liggen te realiseren. Om de transitie naar circulaire economie te bevorderen wordt gezocht naar nieuwe manieren van produceren en consumeren. Een voorbeeld van een nieuwe manier van consumeren is het ‘product-as-a-service-model’. Dit houdt in dat een consument een product niet koopt, maar afneemt in de vorm van een dienst. De producent blijft de eigenaar van de producten die de consument gebruikt en daarin is voor de producent een aansporing gelegen om duurzame en herbruikbare producten te produceren. Van Dongen onderzoekt onder meer het Nederlandse huurrecht en de Europese Richtlijn consumentenrechten. Zij komt tot de conclusie dat de huidige wetgeving de consument onvoldoende lijkt te beschermen bij het aangaan van ‘product-as-a-service’-overeenkomsten en stelt dat een aanscherping van de wetgeving nodig is om de positie van de consument te verbeteren.

1.3 *Deelthema (ii): doelmatig privaatrecht en aansprakelijkheid*

In het Nederlandse recht dient in beginsel ieder zijn eigen schade te dragen. Soms lijkt dat beginsel echter uitzondering en heeft de benadeelde jegens een ander een aanspraak op compensatie voor en/of herstel van zijn schade. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de schade onrechtmatig door die ander is veroorzaakt (art. 6:162 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW)), of wanneer zij is veroorzaakt door een object (bijv. gebrekkig product) of persoon waarvoor die ander op grond van de wet instaat. In die gevallen heeft het privaatrecht tot doel te vermijden dat de benadeelde ‘blijft zitten’ met schade die hij niet hoort te dragen of, positief verwoord, te bewerkstelligen dat de schade wordt gedragen door degene die deze hoort te dragen.

Hannah Driesens richt zich in haar bijdrage op de vraag wie de schade draagt die is veroorzaakt door de handeling van een DBS-patiënt die het gevolg is van elektrische stimulatie door een *adaptieve* neurostimulator. DBS (*Deep Brain Stimulation*) wordt onder meer toegepast voor het behandelen van bewegingsstoornissen bij Parkinsonpatiënten. De behandeling

heeft bijwerkingen, zoals overbeweeglijkheid, verandering in aandacht en denken en in de risico-inschatting van gedragingen, wat kan leiden tot ‘impulscontrolestoornissen’. Bij adaptieve Deep Brain Stimulation (aDBS) geeft een neurostimulator elektrische impulsen af in diepe hersengebieden van de patiënt, waarbij de hoeveelheid elektrische impulsen wordt bepaald door de eigen hersensignalen van de patiënt en dus niet constant is. Hoewel dit adaptieve element de bijwerkingen van een DBS-behandeling vermindert, blijft het risico op ongecontroleerde bewegingen bestaan. Als daarbij schade ontstaat, rijst de vraag of de benadeelde daarvoor met succes iemand aansprakelijk kan stellen. Achtereenvolgens laat Driesens de aDBS-patiënt, de producent van de adaptieve neurostimulator en de behandelende arts als mogelijk aansprakelijke partij de revue passeren, om tot de conclusie te komen dat de aDBS-patiënt waarschijnlijk met succes aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW. Dat sprake is van een onwillekeurige reflexbeweging gestuurd door de adaptieve neurostimulator vormt daarbij geen beletsel. Aansprakelijkstelling van de producent en de behandelende arts lijken volgens Driesens minder voor de hand te liggen, onder meer omdat het aDBS-systeem niet (snel) zal worden gekwalificeerd als ‘gebrekig’ en de behandelende arts, gelet op het zeldzame karakter van een aDBS-behandeling, naar verwachting de aDBS-patiënt zal waarschuwen voor bijwerkingen en de gevaren daarvan voor derden waardoor van maatschappelijk onbetamelijk handelen (jegens de benadeelde) geen sprake is.

Ook in de bijdrage van *Bente van der Knaap* staan schade en aansprakelijkheid centraal. Concreet buigt Van der Knaap zich over de vraag of nakomelingen van totslaafgemaakten als gevolg van herstelwetgeving gericht op de erkenning van koloniale slavernij en slavenhandel, met succes de Nederlandse staat aansprakelijk kunnen stellen voor schade die zij thans lijden door de actuele doorwerking van koloniaal onrecht. Van der Knaap beantwoordt deze vraag door nauwgezet de toepassingsvereisten van artikel 6:162 BW langs te lopen. Drie vereisten blijken problematisch te zijn: schade, onrechtmatig handelen en het bestaan van een causaal verband. Wat betreft het vereiste van schade (in hoofde van de eiser) voorziet Van der Knaap problemen in de juridische continuïteit tussen de benadeelden van nu en de totslaafgemaakten. Het vereiste van onrechtmatig handelen zal volgens Van der Knaap waarschijnlijk niet zijn vervuld, omdat het vandaag aanmerken van koloniale slavernij en slavenhandel als misdrijf tegen de menselijkheid niet zomaar tot gevolg heeft dat vroeger handelen van de Nederlandse staat met terugwerkende kracht onrechtmatig wordt. Bewijsproblemen lijken dan weer het vaststellen van een causaal verband ernstig te zullen bemoeilijken. Daarbij komt dat de verjaring al is ingetreden en