

De gebrekkigheid van de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten: Hoe de zelfrijdende auto een discussie uit de oude doos nieuw leven inblaast

AV&S 2020/17

De zelfrijdende auto roept de rechtspraak op om na te denken over de werking van verschillende aspecten van het aansprakelijkheidsrecht. In deze bijdrage wordt geconstateerd dat de intrede van de zelfrijdende auto, en de daarmee eventueel gepaard gaande first-party verzekering, ook een netelig vraagstuk oproept ten aanzien van de (al zo gehekelde) Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten. Zo doende wordt, in navolging van een conclusie die Van Maanen reeds 28 jaar geleden trok, stilgestaan bij de mogelijke strijdigheid van deze regeling met de Richtlijn Productaansprakelijkheid, gezien in het licht van de doelstellingen van de Richtlijn en de intrede van de zelfrijdende auto.

1. Inleiding

'Ingehaald door de rechtsontwikkeling', een 'achterhaald relict', een 'onding'.² Art. 6:197 BW, de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten ("TRV"), hoeft in de rechtsliteratuur niet op al te veel bijval te rekenen. Dit valt op voorhand in ieder geval goed te begrijpen. Zelfs zonder de inhoud van de bepaling erop na te slaan, kan de regeling, alleen al gelet op het feit dat deze regeling bijna 28 jaar na invoering nog steeds dezelfde plek in het Burgerlijk Wetboek inneemt, op zijn minst een oprekking van het begrip tijdelijkheid worden verweten.³ Bij nadere bestudering van de bepaling is dat echter niet de enige aanmerking die op de TRV gemaakt kan worden.⁴

De TRV sluit uit dat particuliere en sociale verzekeraars (first-party verzekeraars), die een benadeelde schadeloos gesteld hebben of aan hem bepaalde uitkeringen hebben gedaan, in de uitoefening van hun regresrecht jegens de gelaedeerde een beroep kunnen doen op verschillende risicoaansprakelijkheden. Zo zorgt de TRV ervoor dat deze verzekeraars niet kunnen 'profiteren' van aansprakelijkheidsbepalingen die specifiek voor benadeelden zijn geschreven.⁵ Een van deze in de TRV geïncorporeerde risicoaansprakelijkheden is de productaansprakelijkheid ex art. 6:185 BW. Van Maanen concludeerde in 1992 (en in 1995) al dat de incorporatie van art. 6:185 BW in de TRV strijdig zou zijn met de productaansprakelijkheidsrichtlijn 85/374/EEG (hierna: de Richtlijn), omdat de TRV haaks zou staan op de doelstelling van de richtlijn om onderlinge verschillen in de wetgevingen van de lidstaten te voorkomen.⁶ De TRV zou namelijk leiden tot een concurrentievoordeel voor Nederlandse producenten boven buitenlandse producenten. Het is een tijdje stil geweest rondom deze constatering, althans wordt in de literatuur veelal volstaan met de signalering ervan.⁷ Het lijkt de hoogste tijd om deze stilte te doorbreken. In het bijzonder de intrede van de zelfrijdende auto in het verkeer en de daarmee eventueel gepaard gaande introductie van first-party verzekeringen, die de TRV – en daarmee de conclusie van Van Maanen – weer actueel maken, maakt dat opnieuw, naar huidige inzichten, stilgestaan moet worden bij de vraag die Van Maanen 28 jaar geleden ontkennend beantwoordde: verzet de Richtlijn productaansprakelijkheid zich tegen een regeling zoals vervat in art. 6:197 BW, waarin het particuliere en sociale verzekeraars onmogelijk wordt gemaakt regres te nemen op grond van de door de Richtlijn gecreëerde risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten?

1 J. (Joris) den Hartog (LLB) is Masterstudent Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage vormt een bewerking en uitbreiding op een paper voor het vak Verdieping Aansprakelijkheidsrecht 2 in de Master Privaatrecht. Met dank aan Rianka Rijnhout en Kirsten Maes voor hun nuttige feedback op eerdere versies van dit artikel. Citeerwijze: J. den Hartog, 'De gebrekkigheid van de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten: Hoe de zelfrijdende auto een discussie uit de oude doos nieuw leven inblaast', *AV&S* 2020/17, afl. 3.

2 E.F.D. Engelhard, *Regres* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003 (Hierna: Engelhard 2003), p. 259; G.E. Van Maanen, 'Hoe tijdelijk is 'tijdelijk'?', *NTBR* 2011/31, afl. 6 (Hierna: Van Maanen 2011), p. 231; T. Hartlief, 'Waarom een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, afl. 25, p. 1777.

3 Zie ook R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulpverleners* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005 (Hierna: Lubach 2005), p. 338; Van Maanen 2011, p. 231.

4 Zie voor principiële kritiek op de TRV P. van Zwieten, *De gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht. Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de rechtspositie van de schadeverzekeraar na subrogatie* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015 (Hierna: Van Zwieten 2015), p. 151-171. Dit bevat dezelfde tekst als zijn eerdere artikel: P. van Zwieten, 'Enkele uitvoeringsproblemen voor de gesubrogeerde verzekeraar bij de toepassing van de tijdelijke regeling verhaalsrechten', *AV&S* 2013/10, afl. 3, p. 79-90.

5 G.E. van Maanen & P. Römers, *De tijdelijke regeling verhaalsrechten. Verhaalsmogelijkheden voor verzekeraars en uitkeringsinstanties*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994 (Hierna: Van Maanen & Römers 1994), p. 7; T. Hartlief, in: T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (Hierna: Hartlief 2018), p. 357.

6 G.E. van Maanen, 'Productaansprakelijkheid in tijdelijke regeling verhaalsrechten. Opname in strijd met Europees recht?', *NJB* 1992, afl. 2 (Hierna: Van Maanen 1992), p. 68; herhaald in G.E. van Maanen, 'Een sombere toekomst voor verhaalsmogelijkheden van (sociale) schadeverzekeraars. De consequenties van de Tijdelijke regeling verhaalsrechten', in: *Bijzonder letsel. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselchade Advocaten 1995*, Lelystad: Koninklijke Vermande bv 1995 (Hierna: Van Maanen 1995), p. 95. Tot een andere conclusie kwamen A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991 (Hierna: Van Wassenauer van Catwijck 1991), p. 103 & L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid: Een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Wolters Kluwer 2000 (Hierna: Dommering-van Rongen 2000), p. 169.

7 Zie bijvoorbeeld T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999 (Hierna: Hartlief & Tjittes 1999), p. 104; Stolker, 'Commentaar op afd. 3 Boek 6 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 2.5.

Ter beantwoording van deze vraag zal ik eerst kort stilstaan bij de achtergrond van de TRV (§ 2). Vervolgens zal ik schetsen hoe de opkomst van de zelfrijdende auto de relevantie van de TRV (flink) zal doen toenemen (§ 3). Daarna zal ik de doelstellingen van de Richtlijn op een rij zetten (§ 4), waarna ik de TRV, althans de inclusie daarin van art. 6:185 BW, toets aan die genoemde doelstellingen en daarbij een aantal strijdigheden signaleer (§ 5). Voorts besteed ik aandacht aan enkele in de literatuur gebezigde tegenwerpingen en nuances ten aanzien van deze strijdigheid, zoals de route van art. 6:162 BW (§ 6) en de verwijzing in de Richtlijn naar het nationale recht voor regres (§ 7). Ik sluit af met een conclusie (§ 8).

2. Achtergrond van de TRV

De TRV heeft een wat onstuimige achtergrond. In de jaren voorafgaand aan de introductie van de TRV was namelijk nog onbekend wat de gewenste omgangswijze was met betrekking tot de verhaalsrechten van particuliere en sociale verzekeraars.⁸ Zo gingen er bijvoorbeeld stemmen op om deze regresrechten – in het bijzonder die van de sociale verzekeraars – in het geheel af te schaffen.⁹ De TRV is in het leven geroepen om in deze discussie geen knopen door te hoeven hakken; de status quo ten tijde van de invoering van het huidige BW in 1992 werd gehandhaafd.¹⁰ Bestaande verhaalsmogelijkheden, zoals deze onder het oude recht al bestonden, werden behouden, maar uitbreidingen van aansprakelijkheid in het nieuwe BW zouden niet op regresnemers van toepassing zijn.¹¹

Daarbij vormden meer praktische overwegingen redenen voor invoering van de TRV. Zo leefde de angst voor een ongelimiteerd beroep van regresnemers op de verschillende risicoaansprakelijkheden.¹² Dit zou leiden tot een enorme stroom aan regreszaken, die voor de praktijk onbeheersbaar zou zijn.¹³ Bovendien zouden hierdoor grote geldstromen ontstaan, hetgeen in premies van aansprakelijkheids-

verzekeringen zou kunnen worden verdisconteerd en zou kunnen leiden tot een lagere dekkingsgraad van aansprakelijkheidsverzekeringen.¹⁴ Tenslotte speelde de meer principiële gedachte een rol dat de verdergaande risicoaansprakelijkheden niet zouden moeten strekken tot bescherming van regresnemers, omdat zij voor benadeelden geschreven zijn.¹⁵ In afwachting op een definitieve beslissing van de wetgever omtrent (de wenselijkheid van) regresrechten werd dus deze tijdelijke regeling geïntroduceerd.

Nu, in 2020 en 28 jaar na dato, blijkt dat Hartlief en Tjittes het in 1999 al kernachtig wisten samen te vatten:

“Niets blijkt zo blijvend als het tijdelijke.”¹⁶

Er zijn veel auteurs die gepleit hebben om aan deze blijvendheid een einde te maken.¹⁷ Inmiddels wordt namelijk wel aangenomen dat de vrees voor overbelasting van de praktijk ongegrond was.¹⁸ Daarenboven is de discussie omtrent de wenselijkheid van regres thans verstomd; regres is inmiddels een integraal en (meer) aanvaard onderdeel van het Nederlandse recht.¹⁹

3. De zelfrijdende auto en de TRV

Deze kritiek op de TRV is gegrond, maar de praktische relevantie van de TRV als obstakel voor regresnemers is voor productaansprakelijkheid beperkt gebleven, omdat de voor verzekeraars wel beschikbare route via art. 6:162 BW in veel gevallen even begaanbaar is gebleken als die van art. 6:185 BW.²⁰ Zo leverde het bewijs van de toerekenbaarheid, de extra eis die art. 6:162 BW ten opzichte van art. 6:185 BW stelt, geen ingewikkeld extra obstakel op om tot aansprakelijkheid te komen van producent DAF voor de brandgevaarlijkheid van haar vrachtwagens.²¹

De zelfrijdende auto zal in deze begaanbaarheid echter verandering kunnen brengen. De zelfrijdende auto zal namelijk de normstelling in het verkeer doen veranderen, want

8 PG BW Inv. Boek 6, p. 1403; Hartlief & Tjittes 1999, p. 100; W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 (Hierna: Van Boom 2000), p. 123.

9 Zie in het bijzonder A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 360-369; Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake Productenaansprakelijkheid* (SER-advies nr. 4 van 18 januari 1980 aan de Minister van Justitie), Den Haag: SER 1980 (online publiek) (Hierna: SER-advies 1980), p. 44; A.R. Bloembergen, 'Het regresrecht van de sociale verzekeraar', in: A.G. Castermans, W.A.K. Rank & F.J. de Vries (red.), *Schadeverhaal (BWKJ 1987)*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1987, p. 13-36; J. Knottenbelt, *Hoofdstukken productaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991 (Hierna: Knottenbelt 1991), p. 36 & 37.

10 PG BW Inv. Boek 6, p. 1403; Engelhard 2003, p. 245; C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenisrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/175; Hartlief 2018, p. 355; J.B. Wezeman & P. van Zwieten, 'Subrogatie', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huijzen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht (Recht en Praktijk nr. VR2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (Hierna: Wezeman & Van Zwieten 2019), p. 749-750.

11 Van Maanen & Römers 1994, p. 10-16; Van Boom 2000, p. 122-123; Hartlief 2018, p. 355.

12 PG BW Inv. Boek 6, p. 1404; *Kamerstukken II 1985/86, 19636*, 3, p. 13; Van Maanen 2011, p. 231; Wezeman & Van Zwieten 2019, p. 749.

13 Van Maanen & Römers 1994, p. 13; Hartlief 2018, p. 356.

14 PG BW Inv. Boek 6, p. 1409; Van Boom 2000, p. 123; Engelhard 2003, p. 245.

15 PG BW Inv. Boek 6, p. 1404; Van Maanen & Römers 1994, p. 14; Concl. A-G Hartkamp, ov. 10, bij HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*); J.H. Wansink & N. van Tiggele-van der Velde, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/602 (Hierna: Asser/Wansink & Van Tiggele-van der Velde 7-IX 2019).

16 Hartlief & Tjittes 1999, p. 100.

17 Zie, met verwijzingen, Wezeman & Van Zwieten 2019, p. 753-755.

18 Van Boom 2000, p. 123 & 124; Van Zwieten 2015, p. 169 & 170.

19 Zie o.m. Van Boom 2000, p. 123; Engelhard 2003, p. 259; Van Maanen 2011, p. 232; Concl. A-G Spier, r.o. 3.14, bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873, NJ 2016/26, m.nt. M.M. Mendel; Wezeman & Van Zwieten 2019, p. 754.

20 Zie Dommering-van Rongen 2000, p. 169; I. Giesen, 'The development of product liability in the Netherlands', in: S. Whittaker (ed.), *The development of product liability*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 155; G.M. Veldt & W.H. van Boom, 'Pacemakers, defibrillatoren en de reanimatie van Richtlijn 85/374', AA 2015, afl. 5 (Hierna: Veldt & Van Boom 2015), p. 391; Concl. A-G Hartlief, noot 11, bij HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45.

21 Zie HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, NJ 2017/48 (*Daf Trucks*). Zie in het bijzonder de conclusie van A-G Hartlief bij dit arrest onder 5.5-5.7.

de blikrichting zal, wegens het wegvallen van ‘human error’, logischerwijze niet meer naar de bestuurders en hun aansprakelijkheidsverzekeraars gaan, maar veeleer naar de producent van de zelfrijdende auto.²² De verwachting is daarmee dat beroepen op art. 6:185 BW (in verhouding) een (hoge) vlucht zullen nemen.²³ Ik ben mij er in dit verband terdege van bewust dat de verwachting is dat de zelfrijdende auto het aantal verkeersongevallen sterk zal doen verminderen. Daarbij dient evenwel in gedachte gehouden te worden dat de maatschappij een ongeluk door een softwarefout als veel erger beschouwt dan een ongeluk door een menselijke fout.²⁴ Ook geldt dat ongevallen van een grote omvang en complexiteit kunnen zijn, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan slecht beveiligde en gehackte software.²⁵ In zo’n geval van ‘softwarefalen’ is bovendien niet onaannemelijk dat dit zal gelden voor een gehele productserie.²⁶ Men zal dus, in het licht van het te maken verwijt en de (mogelijke) omvang van de schade, vermoedelijk niet schuwen de producent ook aansprakelijk te houden bij dergelijke softwarefouten. Bovendien zal het verkeersongevallenrecht hoe dan ook – want ook de zelfrijdende auto geeft geen 100% veiligheid – (meer) genormeerd gaan worden door de regeling van productaansprakelijkheid, hetgeen mijns inziens sowieso aanleiding geeft tot overdenking van de gevolgen hiervan.

Nu heeft dat voorlopig nog niet zoveel met de TRV van doen, omdat in het verkeer ‘third-party’ verzekeringen (in de vorm van de WAM-verzekering) gebruikt worden. De TRV speelt immers, blijkens de tweede volzin van art. 6:197 lid 2, alleen een rol bij ‘first-party verzekeringen’, waarmee het slacht-

offer voor schade verzekerd is, en niet bij de ‘third-party verzekering’ (aansprakelijkheidsverzekering van de veroorzaker).²⁷ Nu wil echter het feit dat het Verbond van Verzekeraars – in het bijzonder in verband met de opkomst van de zelfrijdende auto – de invoering van first-party verzekeringen in het verkeer (weer) overweegt.²⁸ Als dit plan van het Verbond doorgang vindt, zal de first-party verzekeraar die de schade van de bestuurder van de zelfrijdende auto heeft vergoed – in tegenstelling tot de WAM-verzekeraar die de aansprakelijkheid van de bestuurder heeft gedekt – geen regres via art. 6:185 BW kunnen nemen bij de producent van de auto.²⁹ Dit is nog geen gelopen race, maar in de literatuur klinken al overwegend positieve geluiden.³⁰ Bij invoering van de first-party verzekering zal het aantal vorderingen op grond van art. 6:185 BW dat afstuit op de TRV, dus sterk kunnen toenemen.³¹ Aannemelijk is dus dat de TRV zodoende in de nabije toekomst (weer) relevant wordt in het productaansprakelijkheidsrecht.³²

Als er, gezien deze toe te nemen relevantie van de TRV ten aanzien van art. 6:185 BW, een kans bestaat dat zij strijdig is met het Europese recht waaruit art. 6:185 BW voortvloeit, dient dat onderzocht te worden. Indien immers van deze strijdigheid blijkt, is het bij uitstek aangewezen de TRV een weg uit het BW te wijzen, voordat het Europese Hof van Justitie dit doet.

4. Doelstellingen van de Richtlijn

De vraag is met name hoe de TRV zich verhoudt tot de doelstellingen van de Richtlijn. De Richtlijn beoogt een maxi-

22 T. Hartlief, ‘Technische vooruitgang in het aansprakelijkheidsrecht’, *NJB* 2016/70, afl. 2 (Hierna: Hartlief 2016), p. 107; B.E. Tichelaar, ‘Aansprakelijkheidsvraagstukken bij zelfrijdende auto’s’, *TAV* 2018/1, afl. 24 (Hierna: Tichelaar 2018), p. 32; K.A.P.C. van Wees, ‘Voertuigautomatisering en productaansprakelijkheid’, *MvV* 2018/4 (Hierna: Van Wees 2018), p. 113; A.J.J.G. Schijns, ‘First partyverzekering voor verkeersongevallen’, *VR* 2019/88, afl. 6 (Hierna: Schijns 2019), p. 203. Dit geldt overigens behoudens voor zover de bestuurder kan worden verweten onvoldoende stand-by te zijn gebleven. Dit aspect laat ik verder buiten beschouwing (zie hierover, onder meer, C.N.J. de Vey Mestdagh & J. Lubbers, ‘Nee hoor, u wilt helemaal niet naar Den Haag...’ Over de techniek, het recht en de toekomst van de zelfrijdende auto’, *AA* 2015, afl. 4 (Hierna: De Vey Mestdagh & Lubbers 2015), p. 273-274).

23 Hierbij speelt een aantal vragen en moeilijkheden, zoals de vraag naar productaansprakelijkheid voor software, maar dit valt buiten het bestek van dit artikel. Evenwel wordt in ieder geval waarschijnlijk geacht dat de zelfrijdende auto en de betrokken software onder de richtlijn valt. Zie voor algemene beschouwingen van 6:185 BW en de zelfrijdende auto o.m. De Vey Mestdagh & Lubbers 2015, p. 274-276; T.F.E. Tjong Tjin Tai & S. Boesten, ‘Aansprakelijkheid, zelfrijdende auto’s en andere zelfbesturende objecten’, *NJB* 2016, afl. 10, p. 660 & 661; E.F.D. Engelhard, ‘Wetgever, pas op! De (vrijwel) autonome auto komt eraan’, *AA* 2017, afl. 3 (Hierna: Engelhard 2017), p. 231 & 232; Van Wees 2018, p. 112-122.

24 Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), *Bewust omgaan met veiligheid: doelen en effectmaten in het risico- en veiligheidsbeleid*, 2018 (Hierna: RIVM 2018), p. 33, waarin verwezen wordt naar een ongepubliceerd afstudeeronderzoek van B. Overakker (zie <https://www.tudelft.nl/2017/tu-delft/ongeluk-door-zelfrijdende-auto-als-erger-ervaren/>).

25 Vgl. Toekomstvisie Automotive, *Onderweg naar morgen*, Verbond van Verzekeraars 2015 (Hierna: Toekomstvisie Automotive 2015), p. 5, online raadpleegbaar via www.verzekeraars.nl; Hartlief 2016, p. 107.

26 Vgl. HvJ EU 5 maart 2015, C-503/13 & C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse & Beriebskrankenkasse RWE*).

27 Knottenbelt 1991, p. 35. Zie over deze definities van first-party en third-party verzekeringen o.m. M.G. Faure & T. Hartlief, ‘De MSV tegen het licht gehouden’, *AV&S* 2001, p. 141 e.v.; S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten (Monografieën Privaatrecht nr. 13)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 101; Hartlief 2016, p. 107; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020 (Hierna: Van Dam 2020), p. 37-39.

28 Toekomstvisie Automotive 2015, p. 10. Zie hierover K.A.P.C. van Wees, ‘Zelfrijdende auto’s, aansprakelijkheid en verzekering; over nieuwe technologie en oude discussies’, *TVP* 2016/2 (Hierna: Van Wees 2016), p. 29; R. Rijnhout, annotatie bij HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283 (*Vennemans-Kropmans/Gemeente Nijmegen*), *TVP* 2017/2, p. 45; Schijns 2019, p. 203.

29 Ik abstraheer hierbij van de mogelijkheid dat producenten zelf verzekeringen gaan aanbieden. Dan speelt deze regresproblematiek immers minder. In ieder geval is het Verbond niet gecharmeerd van dit idee en verwerpt zij dat dit mogelijk zou moeten zijn (Zie Toekomstvisie Automotive 2015, p. 7-8).

30 Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, ‘Een kwart eeuw later: van benzinemonster naar rijdende iPad’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 136; Van Wees 2016, p. 34; E.F.D. Engelhard & R.W. de Bruin, *Liability for damage caused by autonomous vehicles*, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 102-104.

31 Zie ook Tichelaar 2018, p. 33, die deze problemen ook voorziet bij de WAM-verzekeraar. Ik verwacht dat de tweede volzin van lid 2 daaraan ook bij de zelfrijdende auto in de weg zal staan (vgl. over de WAM-verzekeraar bij de TRV ook Van Zwieten 2015, p. 164-166; Asser/Wansink & Van Tiggelevan der Velde 7-IX 2019/602).

32 Ook de uitspraak die het HvJ deed in HvJ EU 5 maart 2015, C-503/13 & C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse & Beriebskrankenkasse RWE*) blaast de discussie nieuw leven in. Hier kom ik op terug.

mumharmonisatie op het gebied van productaansprakelijkheid tot stand te brengen, waarbij enerzijds wordt getracht onderlinge verschillen tussen de lidstaten te voorkomen en anderzijds consumentenbescherming ten doel gesteld wordt.³³ Om deze doelstellingen te bereiken wordt, blijkens de tweede overweging van de considerans, in verband met de voortschrijdende techniek noodzakelijk geacht de producent ook buiten schuld aansprakelijk te kunnen stellen. Zo kan een rechtvaardige verdeling van risico's tussen producent en benadeelde bewerkstelligd worden. In deze overweging ligt mijns inziens ook de gedachte besloten dat de rekening moet komen te liggen bij degene die de schade veroorzaakt heeft: de producent.³⁴

De incorporatie van art. 6:185 BW in de TRV werd destijds gerechtvaardigd doordat de Richtlijn regres overlaat aan het nationale recht (art. 5 en 8 Richtlijn). Zodoende zegt de Richtlijn inderdaad zelf niets (materieelrechtelijks) over regres. Deze rechtvaardiging komt ook tot uitdrukking in de Memorie van Toelichting van oud 1407i BW (de toenmalige uitsluiting van regres van verzekeraars in art. 6:185 BW), waarin specifiek naar de artikelen 5 en 8 van de Richtlijn verwezen wordt, voordat de TRV was geïntroduceerd.³⁵ Dit is ook het hoofdargument dat Van Wassenaer van Catwijck en Dommering-van Rongen aanvoeren om strijdigheid van de hand te wijzen.³⁶ Van Wassenaer van Catwijck mist voorts positieve aanknopingspunten voor strijdigheid met de doelstellingen en wijst op de uitsluiting van bepaalde typen schade in art. 9 Richtlijn. Ook daaruit volgt, volgens hem, de door de Richtlijn gewilde ongelijke rechtsbescherming van particulieren respectievelijk bedrijfsmatige schadelijders.³⁷

5. Inhoudelijke beantwoording

Alhoewel deze argumenten geenszins onbegrijpelijk zijn, zijn deze in mijn optiek niet doorslaggevend. Bovendien zijn dergelijke argumenten inmiddels enigszins achterhaald.³⁸ Ik meen dat de TRV niet te verenigen is met de doelstellingen van de Richtlijn en ik vermoed dat het Hof van Justitie dezelfde strijdigheid zou constateren, als de toelaatbaarheid van TRV in Luxemburg voor zou komen te liggen. Daarbij is van belang dat er onderlinge verschillen tussen de lidstaten kunnen ontstaan (§ 5.1), dat de TRV het nuttige effect van de Richtlijn doorkruist (§ 5.2), dat de consumentenbescher-

ming in het geding komt (§ 5.3) en dat de TRV niet te verenigen is met de uitspraak die het Hof van Justitie recentelijk heeft gewezen inzake de pacemakers van *Boston Scientific* (§ 5.4).

Bij deze argumenten, in het bijzonder bij het argument van de onderlinge verschillen en het nuttige effect, kunnen de kanttekeningen worden geplaatst dat voor regresnemende verzekeraars de route van art. 6:162 BW beschikbaar is en, zoals gezegd, dat de richtlijn voor regres naar het nationale recht verwijst. Deze tegenwerpingen acht ik niet zo sterk, of in ieder geval niet doorslaggevend; dit werk ik thans in § 6 en § 7 uitgebreider uit. In dit verband werp ik op deze plek evenwel alvast op dat de begaanbaarheid van de route van art. 6:162 BW niet afdoet aan de strijdigheid van de TRV met de Richtlijn en dat dit nog altijd een (onnodige en kostbare) omweg is die verzekeraars onder het Nederlandse recht, vanwege de TRV, dienen te maken. De verwijzing naar het nationale recht voor regres ziet mijns inziens, gelet de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn en de artikelen waarin deze verwijzingen geplaatst zijn, niet op de verhaalsmogelijkheden van verzekeraars, maar slechts op de regresrelatie tussen de producent en andere hoofdelijk aansprakelijke partijen. Daarom kunnen deze tegenwerpingen naar mijn mening niet, althans niet op doorslaggevende wijze, afdoen aan de argumenten die ik in het navolgende bespreek.

5.1 Onderlinge verschillen

Ten eerste, en dat is ook het hoofdargument van Van Maanen, geldt dat onderlinge verschillen tussen de verschillende lidstaten kunnen ontstaan door het feitelijke concurrentievoordeel dat (Nederlandse) producenten onder het Nederlandse recht kunnen krijgen.³⁹ Dit concurrentievoordeel heeft de Richtlijn juist willen voorkomen. De Richtlijn is immers gebaseerd op art. 115 VWEU, hetgeen impliceert dat onderlinge verschillen in de wetgevingen voorkomen moeten worden, zoals ook in de eerste overweging van de considerans tot uitdrukking wordt gebracht.⁴⁰ Het concurrentievoordeel, waarin producenten onder het ene recht niet bedacht hoeven te zijn op de relatief eenvoudige verhaalsacties die de Richtlijn verzekeraars gunt, maar onder het andere recht wel, ontstaat doordat Nederland de enige lidstaat is die regresrechten van verzekeraars op deze manier beknot.⁴¹ Op producenten kan daarmee onder Nederlands recht door verzekeraars geen regres *via de Richtlijn* worden genomen, terwijl dit in de omringende landen wel zou kunnen.⁴² De Nederlandse producenten hoeven zo niet bedacht te zijn op dezelfde (relatief eenvoudige) verhaalsac-

33 A.L.M. Keirse, 'Richtlijn 1985/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (Hierna: Keirse 2014), p. 40.

34 Vgl. K.J.O. Jansen, 'Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid', in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop (BWKJ 23)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 181-182; K.A.P.C. van Wees, 'Aansprakelijkheidsaspecten van (deels) zelfrijdende auto's', *AV&S* 2015/28, afl. 5, p. 180.

35 *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, 3, p. 4.

36 Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 103; Dommering-van Rongen 2000, p. 169.

37 Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 103.

38 In § 7 zet ik uiteen waarom ik meen dat een rechtvaardiging voor de TRV niet in de verwijzing naar het nationale recht voor regres kan worden gevonden.

39 Zie ook Van Maanen 1992, p. 68; Van Maanen 1995, p. 95.

40 Zie Kierse 2014, p. 40; HvJ 29 mei 1997, C-300/95, ECLI:EU:C:1997:255, r.o. 2, *NJ* 1998/522 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

41 Van Maanen 1992, p. 68; Veldt & Van Boom 2015, p. 390. Zie echter wel Toelichting bij COM(2000)893, *Toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken*, p. 11, waarin wordt vermeld dat in de Scandinavische landen destijds in ieder geval ook een uitsluiting gold.

42 Vgl. Rb. Rotterdam 18 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV2689, waarin dit ten aanzien van art. 6:174 BW gebeurde.

ties van verzekeraars, waarop buitenlandse producenten wel bedacht moeten zijn.⁴³ De verzekeraars moeten de route kiezen van art. 6:162 BW, die, alhoewel in veel gevallen goed begaanbaar, een ingewikkeldere bewijspositie kan opleveren en een omweg vormt die onnodig is en kostbaar kan zijn.⁴⁴

Bij elkaar opgeteld levert dit onderlinge verschillen en (mogelijke) concurrentievervalsing op die onverenigbaar zijn met de doelstellingen van de Richtlijn, omdat het uitmaakt welk recht op de vordering van toepassing is.⁴⁵ Dit beoogde de Richtlijn juist tegen te gaan.⁴⁶ Met de waarschijnlijke toenemende relevantie van het productaansprakelijkheidsrecht en de onzekere risico's die (onder andere) de zelfrijdende auto met zich meebrengt, is het niet wenselijk dat deze situatie in stand blijft. Hierbij geldt bovendien nog dat de ontwikkeling van het productaansprakelijkheidsrecht in Nederland veelal via reflexwerking van art. 6:162 BW zal moeten plaatsvinden, omdat een groot deel van de personen- en zaakschade bij particulieren in Nederland immers door verzekeraars vergoed wordt.⁴⁷ Dat de onderlinge verschillen tussen Nederland en de rest van Europa hierdoor groter worden, acht ik aannemelijker dan dat zij kleiner worden.

5.2 Nuttig effect van de Richtlijn

Daarnaast doorkruist de TRV het nuttige effect van de Richtlijn.⁴⁸ Met de uitsluiting van de mogelijkheid voor sociale en particuliere verzekeraars om een beroep op de Richtlijn te doen, kan het leeuwendeel van de schade, die door gebrekkige producten ontstaat, niet via de Richtlijn bij de producent worden gelegd.

Uit overweging 2 en 7 van de considerans volgt dat het doel van de Richtlijn is om een rechtvaardige verdeling te verkrijgen van de met moderne techniek samenhangende risico's. Nationale regels mogen geen afbreuk doen aan het nuttige effect van de Richtlijn.⁴⁹ Het Hof van Justitie heeft hierbij een koers ingezet, waaruit blijkt dat het Hof niet snel genegen zal zijn uitzonderingen op de Richtlijn aan te nemen, die niet expliciet uit de Richtlijn volgen. Sterker nog, het toepassingsbereik van de Richtlijn is in de voorbije jaren juist meer en meer opgerekt.⁵⁰ In dat verband wijs ik in het bijzonder op de overwegingen van het Hof van Justitie

in *Sanofi/Pasteur*.⁵¹ Meermaals herhaalt het Hof dat nationaal recht niet in de weg mag staan aan de doeltreffendheid van de aansprakelijkheidsregeling van de Richtlijn.⁵² De Richtlijn beoogt het makkelijker maken de producent aan te spreken. Een nationale regel die verzekeraars uitsluit van een beroep op de Richtlijn, is er exact één die afbreuk doet aan de effectiviteit van deze risicoaansprakelijkheid. Een aansprakelijkheidsbepaling is er namelijk op gericht de belangen te beschermen van degene die er rechten aan kan ontlenen.⁵³ De TRV ondergraaft dit kenmerk; er staat niet dat alleen de consument zich erop kan beroepen.

5.3 Consumentenbescherming

Ook de consumentenbescherming die de Richtlijn beoogt te waarborgen wordt bedreigd. Het is immers goed voorstelbaar dat verzekeraars die hun regresvorderingen vaker zien afketsen op de TRV, dit financieel nadeel juist ondervangen door verhoging van de verzekeringspremie.⁵⁴ Voorlopig lijkt dit, gelet op de beperktere betekenis van de TRV, wel te zijn meegevallen, maar als *first-party* verzekeringen voor de zelfrijdende auto hun intrede doen, wordt de mogelijkheid van deze premieverhoging reëler. Er zal immers een risico-inschatting worden gemaakt, op basis waarvan de premies worden vastgesteld.⁵⁵ De verzekeraars zullen de kans dat zij geen (eenvoudig) verhaal op de producent kunnen halen, willen verdisconteren in hun premies. Indirect zal de consument dus de dupe kunnen zijn, in het bijzonder als de zelfrijdende auto toch niet de veiligheid biedt die ervan verwacht wordt.⁵⁶

In dit kader was een argument voor invoering van de TRV dat een mogelijk beroep op de risicoaansprakelijkheid zou leiden tot stijging van de WA-premies en daarmee tot minder verzekerden.⁵⁷ Als premies van (*first-party*) verzekeringen echter stijgen door bekende regresmogelijkheden,

43 Zie ook Van Maanen & Römers 1994, p. 33.

44 Vgl. Hartlief 2018, p. 357 & 358; Van Dam 2020, p. 165.

45 Zie ook Van Maanen 1992, p. 68; Van Maanen & Römers 1994, p. 33.

46 Van Maanen 1995, p. 95.

47 SER-advies 1980, p. 44; Hartlief 2018, p. 310.

48 Zie ook Veldt & Van Boom 2015, p. 391.

49 Hvj 10 mei 2001, C-203/99, ECLI:EU:C:2011:258, r.o. 27 (*Veedfald*); Hvj 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, r.o. 27, NJ 2018/125, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Sanofi/Pasteur*).

50 Zie in het bijzonder Hvj EU 5 maart 2015, C-503/13 & C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse & Betriebskrankenkasse RWE*); Hvj 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, NJ 2018/125, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Sanofi/Pasteur*).

51 Hvj 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, NJ 2018/125, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Sanofi/Pasteur*). Vgl. Hvj 21 december 2011, C-495/10, ECLI:EU:C:2011:869, r.o. 29, NJ 2012/125, m.nt. M.R. Mok (*Centre Hospitalier/Dutruex*); Hvj 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385, r.o. 30 (*Novo Nordisk Pharma GmbH/S*).

52 Hvj 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, r.o. 27, 31, 33, 34, 35, 43 & 53, NJ 2018/125, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Sanofi/Pasteur*).

53 Van Zwieten 2015, p. 169.

54 Zie ook Van Maanen 1992, p. 68.

55 Toekomstvisie Automotive 2015, p. 11.

56 Waarbij ik me er wel bewust van ben dat de voorspelling is dat de zelfrijdende auto het aantal ongelukken in het verkeer drastisch zal doen verminderen. Dan kan gezegd worden dat die premies niet omhoog gaan, omdat de hoeveelheid te verzekeren schade omlaag zal gaan. Dat is op zichzelf waar, maar als het mis gaat, zal het goed mis gaan; gebrekkige software in een zelfrijdende auto zal immers vaak niet de enkele betrokken auto betreffen, maar een hele productserie (vgl. Hvj EU 5 maart 2015, C-503/13 & C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse & Betriebskrankenkasse RWE*)). Bovendien zijn het nu de aansprakelijkheidverzekeraars die in het verkeer de schade vergoeden; zij kunnen naar de producent met behulp van een risicoaansprakelijkheid. Als dat particuliere verzekeraars worden, verandert dit geheel. Zij kunnen enkel op basis van een schuld aansprakelijkheid naar de producent. Dit levert een lastiger bewijspositie op, zeker gelet op het feit dat deze bewijspositie bij de zelfrijdende auto al ingewikkelder zal zijn (zie hierover verder § 6).

57 *Kamerstukken II* 1995/96, 24326, 7, p. 9; Van Boom 2000, p. 123.

bestaat het risico dat minder mensen zich verzekeren.⁵⁸ Bovendien kunnen verzekeraars terughoudender worden met het doen van onverplichte uitkeringen.⁵⁹ Dit schuurt met de doelstelling van de Richtlijn om de fysieke integriteit van de consument te beschermen.

5.4 *Boston Scientific*

Ten vierde wijs ik op de uitspraak van het Hof van Justitie inzake *Boston Scientific*.⁶⁰ De kern is dat een ziektekostenverzekeraar zich beriep op de Richtlijn, en het Hof de begrippen 'gebrek' en 'schade' ruim uitlegde om tot aansprakelijkheid te komen van de producent voor (potentieel) gebrekkige medische hulpmiddelen.⁶¹ In de productserie bevonden zich potentiële gebreken, waarmee de gebrekkigheid van alle producten in die serie vaststond.⁶² Door Veldt en Van Boom is gewezen op de beperkte betekenis van dit arrest voor Nederland, omdat zorgverzekeraars geen beroep kunnen doen op art. 6:185 BW.⁶³ Andere auteurs merken op dat richtlijnconforme interpretatie waarschijnlijk mee zal brengen dat art. 6:162 BW ingevuld wordt met de criteria uit *Boston Scientific*.⁶⁴ Dit zal de feitelijke uitwerking wellicht ook zijn, maar de doorwerking van *Boston Scientific* is een reanimatie van de vraagstukken omtrent de TRV. Door de TRV moeten omwegen gemaakt worden om een belangrijke uitspraak een plek te geven in het Nederlandse recht.⁶⁵ Dit kan niet de bedoeling zijn.⁶⁶

Bij uitstek is de zelfrijdende auto daarbij een product waarvoor *Boston Scientific* relevant kan zijn. Als wordt vastgesteld dat één auto in de productserie (potentieel) gebrekkig is, is waarschijnlijk elk product in die serie gebrekkig, gelet op de hoge veiligheid die van een zelfrijdende auto verwacht mag worden.⁶⁷ Ook in dat kader zal de doorwerking van *Boston Scientific* dus aan de orde komen, evenals de

vraag of het dan niet een stuk makkelijker en wenselijker is om de TRV te schrappen.

6. De route van art. 6:162 BW

Daarmee raak ik aan een nuancering van de werking van de TRV. Terecht wordt namelijk betoogd dat de TRV voor de verzekeraar vaak weinig verschil maakt, nu er nauwelijks verschil is tussen art. 6:162 BW en art. 6:185 BW waar het de invulling van de productaansprakelijkheid betreft.⁶⁸ De toerekenbaarheid zal niet vaak ontbreken.⁶⁹

Dit doet evenwel niet af aan de strijdigheid van de TRV met de Richtlijn. Het vormt een onnodige en kostbare omweg.⁷⁰ Bovendien ontstaat er ten minste een lastiger bewijspositie voor de verzekeraar.⁷¹ De zelfrijdende auto zal deze bewijspositie, inherent aan het wezen van het product, al lastiger maken.⁷² Een verdere bemoeilijking door een nationale regeling doorkruist de doelstelling van de Richtlijn om aansprakelijkstelling van de producent te vergemakkelijken. Daarnaast is simpelweg niet uit te sluiten dat de toerekenbaarheid een keer wel ontbreekt.⁷³ Deze kans wordt ook groter doordat er, door de zelfrijdende auto, simpelweg meer zaken over productaansprakelijkheid zullen gaan. Naar Nederlands recht kunnen dergelijke situaties wellicht ondervangen worden door deze naar verkeersopvattingen voor rekening van de producent te laten komen, maar het is nog altijd het Hof van Justitie dat over dergelijke gevallen van productaansprakelijkheid het laatste woord heeft.⁷⁴

Daarbij is verder de vraag in hoeverre een met het Europese recht strijdige regeling kan blijven voortbestaan, vanuit de gedachte dat 'het wel los zal lopen' en het Nederlandse recht wel een oplossing zal vinden om de gevolgen van de TRV te beperken. Ik ben daar zelf geen voorstander van: het is ten slotte geen argument voor het voortbestaan van de regeling.

58 Daarbij moet overigens wel aangetekend worden dat momenteel een WAM-verzekering verplicht is. Het is echter maar de vraag of de in te voeren first-party verzekering verplicht zal zijn (zie Toekomstvisie Automotive 2015, p. 9); Vgl. *Kamerstukken II 1995/96*, 24326, 7, p. 9; Vgl. verder Lubach 2005, p. 344 & 345, over hoe de slachtofferbescherming in het geding komt doordat art. 6:197 lid 3 BW het aan het slachtoffer niet toestaat om zijn verhaalsrecht ten aanzien van onverzekerde delen van de geleden schade (immateriële schade bijvoorbeeld) aan zijn verzekeraar kan overdragen.

59 Wezeman & Van Zwieten 2019, p. 716.

60 HvJ EU 5 maart 2015, C-503/13 & C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse & Betriebskrankenkasse RWE*).

61 HvJ EU 5 maart 2015, C-503/13 & C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, r.o. 38-40 & 47 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse en Betriebskrankenkasse RWE*).

62 HvJ EU 5 maart 2015, C-503/13 & C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, r.o. 41 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse en Betriebskrankenkasse RWE*).

63 Zie Veldt & Van Boom 2015, p. 390.

64 J.T. Hiemstra, 'De verhaalsmogelijkheden bij schade door een ongeschikte medische hulppzaak anno 2015', *TVP 2015/3*, p. 72; P. Verbruggen & B. van Leeuwen, 'Aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen', *NTBR 2015/45*, afl. 10, par. 4.4; C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid 2014-2017 (deel 1)', *TvCH 2018/2*, p. 104.

65 Door Veldt & Van Boom 2015, p. 384, is de uitspraak zelfs een reanimatie van de richtlijn genoemd.

66 Vgl. Veldt & Van Boom 2015, p. 391.

67 Vgl. Van Wees 2018, p. 120.

68 Van Maanen 2011, p. 232; Concl. A-G Hartlief, noot 11, bij HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ 2020/45*. Overigens vraagt dit feit an sich wellicht al om een heroverweging van het bestaansrecht van de TRV.

69 Van Maanen 1992, p. 68. Zie ook K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2012, p. 480; Keirse 2014, p. 61. Een ander beeld geeft Lovells, *Productaansprakelijkheid in de Europese Unie: een verslag voor de Europese Commissie Februari 2003*, p. 34 & 35.

70 Zie ook Hartlief 2018, p. 357 & 358. Vgl. Engelhard 2003, p. 251 & 252; Van Dam 2020, p. 165-166.

71 Zie ook T. Hartlief, 'Subrogatie in zieligheid', *NJB 1996*, afl. 27, p. 1049; J.M. Barendrecht & J.H. Duyvensz, 'Productaansprakelijkheid tegenover niet-consumenten (I)', *WPNR 2000/6390*, p. 118; Lubach 2005, p. 343; C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid 2009-2013', *TvCH 2014/2*, p. 68; Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2014, p. 177. In HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ 1997/219* (*Du Pont/Hermans*) is de Hoge Raad overigens wel enigszins tegemoet gekomen aan deze bewijspositie. Zie echter Rb. Rotterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2407, r.o. 4.9, *VR 2018/75*, waarin de lastigere bewijspositie tot uiting komt. Vgl. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, r.o. 3.8.2, *NJ 2003/50* (*Helm/Aerts*).

72 Vgl. R. van Eijck & G. van Dijck, 'Pelotonrijden en aansprakelijkheid', *AV&S 2015/29*, afl. 5, p. 182-184; Engelhard 2017, p. 231 & 232.

73 Rb. Rotterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2407, r.o. 4.9, *VR 2018/75*; Van Dam 2020, p. 157.

74 Vgl. Van Wees 2018, p. 120.

7. En de verwijzing naar het nationale recht voor regres dan?

Tot slot is het in mijn optiek niet zuiver om de TRV te rechtvaardigen met het argument dat de Richtlijn voor regres naar het nationale recht verwijst.⁷⁵ In de oorspronkelijke voorstellen voor de Richtlijn was overweging 5 (origineel overweging 9) van de considerans namelijk aangevuld met de volgende passage:

“Any right of recourse enjoyed in certain circumstances against other producers by the person paying such compensation shall be governed by the laws of the individual Member States.”⁷⁶

Deze passage is in de considerans van de definitieve Richtlijn weliswaar weggelaten, maar verdisconteerd in de tekst van de artikelen, die van art. 5 en 8 Richtlijn in het bijzonder. De achtergrond van de verwijzing naar het nationale recht voor regres volgt echter duidelijker uit de geciteerde overweging dan uit de genoemde artikelen. Het is evident dat deze verwijzing ziet op het regres dat een producent heeft op andere hoofdelijk aansprakelijke partijen (producenten). Het regres dat door een first-party verzekeraar wordt genomen is wezenlijk anders, omdat de vergoedingsplicht van de verzekeraar niet op aansprakelijkheid berust, maar op de (overeenkomst van) verzekering. Omdat aldus de verwijzing naar het nationale recht ziet op een andersoortig regres, zie ik hierin geen rechtvaardiging voor de handhaving van de TRV.

Die rechtvaardiging vind ik evenmin in de beperking van de soorten schade die voor vergoeding in aanmerking komen (art. 9 Richtlijn).⁷⁷ Uit overweging 9 van de considerans volgt immers dat deze keuze is gemaakt uit angst voor een stortvloed aan procedures en niet om bedrijfsmatige schadelijders anders te behandelen. Voorts lijdt een verzekeraar misschien wel economische schade, maar hij neemt de facto een vordering wegens letselschade over. De vordering van de verzekeraar valt in die zin feilloos onder art. 9. Daar komt bij dat het Hof van Justitie in *Boston Scientific* – nota bene ten behoeve van een verzekeraar – het schadebegrip uit art. 9 heeft opgerekt. Daarmee meen ik dat de Richtlijn geen rechtvaardiging voor de TRV biedt door de uitsluiting van bepaalde soorten schade. Dat het Hof van Justitie deze rechtvaardiging wel hierin zal vinden, acht ik in het licht van *Boston Scientific* onwaarschijnlijk.

75 Zoals Van Wassenae van Catwijck 1991, p. 103 & Dommering-van Rongen 2000, p. 169 doen.

76 COM(1976)372, Proposal for a Council Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (Official Journal of the European Communities 1976, C 241/9), p. 1.

77 Zoals door Van Wassenae van Catwijck 1991, p. 103, aangevoerd.

8. Conclusie

De slotsom is dat de TRV strijdig is met de doelstellingen van de Richtlijn. Zo roept de TRV de kans in het leven dat er onderlinge verschillen in de wetgevingen ontstaan, doorkruist de TRV het nuttige effect van de Richtlijn en kan de consumentenbescherming in het geding komen. Ook de koers die het Hof van Justitie in de afgelopen jaren heeft ingezet op het gebied van productaansprakelijkheid, doet mij vermoeden dat het Hof een grote streep door de TRV zou halen als dit vraagstuk in Luxemburg terecht zou komen. Mijn advies is dan ook om art. 6:185 BW te schrappen uit de TRV, desnoods via een gang langs het Hof Van Justitie, die hier als hoogste rechter een beslissend oordeel over kan geven. Schrapping zal niet bezwaarlijk zijn, nu het praktische nut van de regeling voorlopig beperkt is gebleven. Bovendien zijn de argumenten die 28 jaar geleden aan de invoering van de TRV ten grondslag lagen achterhaald; in die zin zou de schrapping van art. 6:185 BW uit de TRV ook een gelegenheid geven om de gehele TRV te heroverwegen. Ik hoop dat de wetgever dat ook inziet.