

# Beweging in het aansprakelijkheidsrecht

20

In deze bijdrage staat de vraag centraal waar de ruimte ligt binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht om tot beweging – en daarmee tot veranderingen – te komen, gekoppeld aan de vraag welke maatschappelijke ontwikkelingen en knelpunten zullen kunnen leiden tot belangwekkende beweging(en) binnen dat aansprakelijkheidsrecht. Daarbij worden de voornaamste ‘technieken’ getoond waaraan het aansprakelijkheidsrecht zijn flexibiliteit ontleent (nieuwe zorgplichten, nieuwe categorieën van schade, slachtoffers en schadeveroorzakers). Ook worden verschillende voorbeelden gegeven van terreinen waarop die door maatschappelijke veranderingen gedreven dynamiek naar alle waarschijnlijkheid een rol zal gaan spelen, en worden enkele belangrijke toekomstige onderzoeksvragen blootgelegd.

## 1. Inleiding

### 1.1 *Introductie: bewegend aansprakelijkheidsrecht*

Het aansprakelijkheidsrecht beweegt voortdurend mee met maatschappelijke problemen en ontwikkelingen.<sup>2</sup> De veranderingen in de juridische omgang met schade geleden door arbeidsongevallen na de industriële revolutie, is een oud maar zeer bekend voorbeeld.<sup>3</sup> De beoordeling van de kernvraag uit het aansprakelijkheidsrecht of er in een concreet geval ruimte moet bestaan voor aansprakelijkheid is er natuurlijk *primair* op gericht om een passende oplossing te bieden in concrete gevallen waarin er iets verkeerd is gegaan: in hoeverre rust er in zo'n geval op de gedaagde in diens verhouding tot de eiser de verplichting om de schade te vergoeden die door een ‘wrong’ is ontstaan? Dat vraagt om een zorgvuldige belangenafweging op het niveau van de direct betrokken partijen (eiser respectievelijk gedaagde). Maar bij de wijze waarop de voorwaarden van aansprakelijkheid worden geformuleerd, uitgelegd en toegepast ten einde recht te doen aan de concrete situatie, wordt (ook)

ingespeeld op andere, bredere, de partijbelangen overstijgende (‘externe’) ontwikkelingen en knelpunten, die zich maatschappelijk (of specifiek: sociaaleconomisch, medisch, enz.) doen gevoelen.<sup>4</sup>

Zulke externe ontwikkelingen en knelpunten zorgen voor nieuwe vragen op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht, vaak (doch niet exclusief) gericht op de mogelijkheden om tot een uitbreiding daarvan te geraken.<sup>5</sup> Onder invloed daarvan ontwikkelt het aansprakelijkheidsrecht zich; het deint als het ware mee op de golven van maatschappelijke ontwikkelingen en knelpunten. De grenzen verschuiven. We zien dit zowel bij wetgeving op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht alsook in de rechtspraak. Denk aan de introductie van risicoaansprakelijkheden onder invloed van de (mogelijke) negatieve en ongewenste effecten van technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>6</sup> Daarnaast zien we specifieke zorgplichten tot stand komen, denk bijvoorbeeld aan de scherpe zorg- en waarschuwingplichten van banken jegens particulieren onder invloed van nieuwe (inzichten omtrent de risico's van) financiële producten en de zorgplichten voor werkgevers omtrent blootstelling van hun werknemers aan asbest onder invloed van nieuwe inzichten over de schadelijkheid daarvan. In het aansprakelijkheidsrecht wordt zelfs niet geschuwd om (mede) in het licht van externe ontwikkelingen of knelpunten nieuwe leerstukken te introduceren (zoals het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid) en om algemene hoofdregels buiten toepassing te laten (denk aan de doorbreking van verjaringstermijnen) dan wel in absolute termen uit te breiden (denk bijvoorbeeld aan de zogenoemde

1 De auteurs zijn of waren allen verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht (UU) en/of aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (UCALL), een nieuw onderzoekscentrum dat op multidimensionale wijze de bestudering van het civielrechtelijke en publiekrechtelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in Nederland en Europa ter hand neemt. Het UCALL vormt één van de nieuwe onderzoekszwaartepunten van het Departement Recht van de UU. Met dank aan François Kristen en Youetta Visser voor hun opmerkingen bij een eerdere versie.

2 Met het begrip ‘aansprakelijkheidsrecht’ doelen wij op zowel het contractuele als buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, alsmede het schadevergoedingsrecht.

3 Zie (uiteraard) P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (Universiteit van Amsterdam) 1899. Zie ook I. Giesen & E.F.D. Engelhard, ‘The Impact of Institutions and Professions in the Netherlands’, in: P. Mitchell (red.), *The Impact of Institutions and Professions on Legal Development*, Cambridge University Press: Cambridge 2012, p. 142-168.

4 Hierna zullen wij kortweg spreken van externe of maatschappelijke ontwikkelingen en knelpunten.

5 We hechten eraan om nu alvast duidelijk te maken dat dit artikel niet erop ziet om voor of tegen uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht als zodanig te pleiten. We proberen mogelijke bewegingen in het aansprakelijkheidsrecht als gevolg van diverse maatschappelijke ontwikkelingen bloot te leggen, zodat beter is te anticiperen op (daarmee beter voorzienbare) wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht.

6 Zie bijv. W.H. van Boom, ‘Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's’, *AV&S* 2001, p. 3-12; A.L.M. Keirse e.a., *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007. Zo vormde in de zomer van 1968 het softenon-drama (een internationale golf van geboortefwijkingen veroorzaakt door een als kalmeringsmiddel op de markt gebracht medicijn) aanleiding voor Europees initiatief op het gebied van productaansprakelijkheid en leidde later de BSE-affaire tot het terugdraaien van de mogelijkheid om landbouwgrondstoffen en producten van de jacht buiten het bereik van de Europese Richtlijn inzake productaansprakelijkheid te houden om aldus het vertrouwen van de consument in de veiligheid van producten van agrarische oorsprong te herstellen. Voedselcrises die Europa hebben geteisterd, zoals mond- en klauwzeer, vogelpest, dioxinekippen, varkenspest, vogelgriep, enz., brachten ons vervolgens de Voedselveiligheidsverordening en de oprichting van de Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid. Zie A.L.M. Keirse, ‘Richtlijn 1985/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken’, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, deel II, Deventer: Kluwer 2007, p. 21-49 (hierna: Keirse 2007). Over voedselveiligheid en de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht zie ook: T. Havinga, ‘Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid?’, *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 6-27.

50% en 100%-regels voor ongemotoriseerde verkeersslachtoffers).

Opmerkelijk genoeg is dat deze bewegingen binnen het rechtsgebied veelal een negatieve connotatie hebben. Uitbreidingen van het aansprakelijkheidsrecht worden soms toegeschreven aan het bestaan van een zogenoemde 'claimcultuur' en er wordt vrijwel stevast gewezen op het risico van 'Amerikaanse toestanden'.<sup>7</sup> Van groter belang is dat ervoor wordt gewaarschuwd dat uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht de schadelast voor bepaalde groepen binnen de samenleving oncontroleerbaar kan maken.<sup>8</sup> Zonder data die dit 'floodgates'-argument kunnen staven, zijn wij hiervan (vooralsnog) echter niet overtuigd. Het aansprakelijkheidsrecht 'doet gewoon zijn werk' bij 'nieuwe' maatschappelijke problemen en vraagstukken. Sterker nog, deze flexibiliteit van het aansprakelijkheidsrecht heeft nu juist ook grote voordelen, waarover later meer.<sup>9</sup>

### 1.2 Centrale vraag

De vraag die wij in deze bijdrage centraal stellen, is deze: waar zit ruimte om tot beweging binnen het aansprakelijkheidsrecht te komen, en welke externe ontwikkelingen en knelpunten zullen thans en in de komende jaren kunnen leiden tot significante beweging(en) binnen het aansprakelijkheidsrecht? Daarbij willen we de (wat ons betreft) voornaamste technieken laten zien waaraan het aansprakelijkheidsrecht zijn flexibiliteit ontleent. Zo zullen we laten zien hoe het aansprakelijkheidsrecht voortdurend inspeelt op maatschappelijke ontwikkelingen en knelpunten doordat het de rechter in staat stelt te bepalen wat er 'in het maatschappelijk verkeer betaamt' (art. 6:162 lid 2 BW) en wat een 'tekortkoming in de nakoming' (art. 6:74 lid 1 BW) constitueert. Langs deze weg worden tal van nieuwe normen, in de vorm van ongeschreven zorgplichten, geformuleerd die tegemoet kunnen komen aan nieuwe of gewijzigde maatschappelijke of sociaaleconomische verhoudingen, nieuwe wetenschappelijke of technologische inzichten, nieuwe risico's, enzovoort. Wat het aansprakelijkheidsrecht flexibel maakt, is de vrijheid voor vooral de rechter, doch in principe ook de wetgever, om invulling te geven aan betrekkelijk vage normen (bijv. de genoemde maatschappelijke zorgvuldigheid) die in het aansprakelijkheidsrecht een rol (kunnen) spelen. Zo worden in de rechtspraak – zo zullen we nog zien – mede in het licht van nieuwe of zich wij-

zgende externe ontwikkelingen of knelpunten nieuwe categorieën onderkend van schade en schadeposten, van (mogelijke) slachtoffers en van (mogelijke) schadeveroorzakers. Deze 'technieken', die het aansprakelijkheidsrecht zo flexibel houden, kunnen omgekeerd ook worden aangewend om actief (en niet (louter) reactief) externe ontwikkelingen of gedragingen te sturen. Men zou in dit verband bijvoorbeeld kunnen zeggen dat ook het meer oog houden voor het *ex ante*-perspectief het aansprakelijkheidsrecht in staat stelt om een maatschappelijk sturende rol te vervullen.<sup>10</sup>

### 1.3 Insteek en opbouw van deze bijdrage

De hiermee geïntroduceerde en hierna verder uit te werken problematiek van – in de kern – de zoektocht naar de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, vormt het centrale thema van het nieuwe onderzoekszwaartepunt 'Aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid' dat begin 2013 onder de noemer *UCALL* aan de Universiteit Utrecht van start is gegaan na een herijking van de focus in het Utrechtse rechtsgeleerde onderzoek. Binnen dat onderzoeksteam wordt de komende jaren op 'multidimensionale' wijze (zie hierna § 5.2) gewerkt aan de beantwoording van het type vragen rondom het (publiek- en privaatrechtelijke) aansprakelijkheidsrecht die in deze bijdrage (vooralsnog vooral) worden gesteld.

De verdere opbouw van deze bijdrage is dan als volgt. In par. 2 wordt gestart met een schets van vier erkende en invloedrijke externe ontwikkelingen en knelpunten die (wat ons betreft) de komende jaren tot belangrijke koerswijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht zullen (of: moeten) leiden. Daarna zal in par. 3 aandacht uitgaan naar de wegen of technieken waarlangs het aansprakelijkheidsrecht op deze ontwikkelingen kan, en naar onze inschatting ook zal, (moeten) inspelen; we beperken ons hierbij tot de voornaamste technieken, die hiervoor al kort door ons werden genoemd. Vervolgens wordt de beweeglijkheid van het aansprakelijkheidsrecht aan de hand van enkele concrete voorbeelden beter inzichtelijk gemaakt (par. 4). Afgesloten wordt met een conclusie in par. 5 waarin ook het belang van deze denkexercitie nog nader ingekleurd wordt.

## 2. Externe ontwikkelingen

### 2.1 Inleiding

De maatschappij is voortdurend aan verandering onderhevig; het aansprakelijkheidsrecht beweegt gedeeltelijk mee, het laat zich 'wiegen' door de externe krachten die erop inwerken. Welke zijn nu die externe ontwikkelingen en knel-

7 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 630, nr. 1 (brief van de Minister van Justitie over 'claimcultuur'). Zie ook F. Baltesen, 'Claim je rijk!', *HP/De tijd* 1997, p. 28-36. Kritisch hierover zijn M. Faure & T. Hartlief, 'Het kabinet en de claimcultuur', *NJB* 1999, p. 2009-2015; M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 113-135. Zie ook M.G. Faure, T. Hartlief & N.J. Philipsen, 'Funding of personal injury litigation and claims culture, Evidence from the Netherlands', *ULR* 206, p. 1-21; J. Hand, 'The compensation culture: cliché of cause for concern?', *Journal of law and society* 2010, p. 569-91. Over deze thematiek ook: J. Spier, *Rampscenario's* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2002.

8 Zie bijv. A-G Spier voor HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Franken. Zie eerder A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (NJV 1996-1), Zwolle 1996.

9 Vgl. T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, afl. 16 (met name) p. 832-834.

10 A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door privaatrecht*, Den Haag: Bju 2009, p. 95-104 (hierna: Keirse 2009); A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak; inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2010*, Den Haag: Sdu 2010, p. 1-26.

punten die zorgen voor nieuwe vragen omtrent uitbreiding van aansprakelijkheid en die het aansprakelijkheidsrecht dus een bepaalde richting in duwen? We zullen er hier vier bespreken.<sup>11</sup>

2.2 *Globalisering van de samenleving*

De eerste externe ontwikkeling die hier wordt besproken, is globalisering. Als gevolg daarvan zijn de economische, maatschappelijke, culturele, politieke, ecologische en juridische omstandigheden binnen onze maatschappij niet meer los te zien van de omstandigheden binnen de internationale gemeenschap.<sup>12</sup> Daarnaast groeit ook het besef dat nationale instrumenten niet meer toereikend zijn bij het bieden van oplossingen voor naar de kern wereldwijde problemen als armoede, ziekte, corruptie en klimaatverandering. Daarbij aanhakend ontwikkelt zich een nieuw fenomeen binnen het privaatrecht en de civiele rechtspleging. We denken dan aan de opkomst van 'publiek-belanggerelateerde' civiele procedures, ook wel 'public interest litigation' genoemd, die zich op het grensvlak van privatisering én globalisering bevinden.<sup>13</sup> In steeds meer sectoren wordt het uitvoeren van publieke taken geheel of gedeeltelijk aan marktdeelnemers overgelaten. Omdat tegelijkertijd burgers in westerse landen steeds mondiger worden, zowel door de groeiende informatievoorziening via moderne communicatiemiddelen en de media, als door een toenemende juridisering van de samenleving in deze landen, en de beleidsmakers op hun beurt steeds vaker een beroep doen op burgers om publieke normen af te dwingen door middel van civielrechtelijke procedures<sup>14</sup>, ontstaat er een trend dat private actoren en maatschappelijke organisaties in toenemende mate civiele procedures (zullen) gaan inzetten voor het na-

streven van maatschappelijke belangen die verdergaan dan de private belangen van de bij het geding betrokken partijen. De burger zelf of een ngo neemt het initiatief, de regie.<sup>15</sup> Het kan hierbij dus gaan om kwesties die alleen in eigen land spelen, maar ook om problematiek die in het buitenland of zelfs wereldwijd speelt, zoals klimaatverandering, uitputting van natuurlijke hulpbronnen, corruptie en internationale mensenrechtenschendingen.<sup>16</sup> In veel ontwikkelingslanden en opkomende economieën hebben non-gouvernementele, maatschappelijke organisaties (ngo's) de weg naar de rechter reeds gevonden in reactie op het onvermogen van lokale overheden om mensen in staat te stellen in hun eerste levensbehoeften (water, behuizing, elektriciteit, etc.) te voorzien.

Deze globalisering en de opkomst van publiek-belanggerelateerde civiele procedures leveren nieuwe vragen van aansprakelijkheid op. Afgezien van internationaal privaatrechtelijke en bewijsrechtelijke vragen, kan men denken aan vragen over zorgplichten (welk land of wie is verantwoordelijk? En wat is zijn verantwoordelijkheid richting de maatschappij?), schade (is schade aan een ecosysteem welke niet direct vertaalbaar is in financiële schade, juridisch relevante schade?) en causaliteit (wordt de schade veroorzaakt door het gedrag van deze gedaagde?).<sup>17</sup> Daarnaast komt er een andere belangrijke vraag op. Armoede, corruptie, klimaatschade en ecologieschade zijn bij uitstek situaties die voorkomen zouden moeten worden. Niet alleen vanwege de negatieve effecten daarvan op het welzijn, maar ook omdat de gevolgen daarvan onomkeerbaar kunnen zijn. Het aansprakelijkheidsrecht werkt echter vooralsnog vooral *ex post*. Een verandering van perspectief, of werkingssfeer, lijkt daarom gewenst. En dus wordt tevens relevant hoe het aansprakelijkheidsrecht meer en beter *ex ante* ingezet kan worden.<sup>18</sup>

11 Uiteraard zijn er meer en andere maatschappelijke ontwikkelingen te noemen dan deze 4, zoals secularisering, maar we focussen op de 4 hierna besproken ontwikkelingen omdat die naar onze inschatting meer invloed zullen hebben binnen het aansprakelijkheidsrecht.

12 Globalisering kan worden gezien als een proces waarin de effecten van onze handelingen niet meer alleen lokaal zijn, maar ook (meer) mondiaal.

13 Dit type procedures kan gericht zijn zowel tegen overheidsorganen als tegen bedrijven en zal met name een rol spelen bij gebrek aan economische, politieke of andere juridische wegen om maatschappelijke invloed uit te oefenen. Aldus zullen allerhande groeperingen die politiek of lobbytechnisch niet sterk genoeg staan, zich in toenemende mate tot de burgerlijke rechter kunnen gaan wenden met civiele procedures gericht op het bewerkstelligen van maatschappelijke veranderingen op gebieden als milieu, migratie, mensenrechten, arbeidsomstandigheden en consumentenbelangen. Een voorbeeld is de SGP-zaak zoals afgedwongen door het Clara Wichmann-instituut, en uit vroeger tijden de procedure rondom het al dan niet plaatsen of gebruiken van kernwapens Zie HR 17 januari 1997, NJ 1998/656 (*Stichting miljoenen zijn tegen/Covra*); HR 9 april 2010, NJ 2010/388 (*SGP*). Zie ook EHRM 1 juli 2012, no. 58369/10 (*SGP*). Zie echter ook W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012/2467

14 Met name op EU-niveau bestaat momenteel veel interesse in de mogelijkheden van private handhaving van EU-regelgeving. In personenvervoercontext wordt bijvoorbeeld in belangrijke mate geleund op privaatrechtelijke handhaving door passagiers. Zie hierover ten aanzien van de Luchtvaartverordeningen I. Koning, 'The enforcement of airline passengers' rights in Europe', *European Journal of Consumer Law* 2011-2, p. 359-382. Zie recentelijk – zij het in een andere context – HvJ EU 26 februari 2013, nr. C-617/10, nr. 43-49 (*Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*) (over de toetsing van nationaal recht aan EVRM).

15 Zie E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: Engelhard e.a. 2009, p. 11-48 (op p. 18 e.v.). Een vergelijkbare trend is waarneembaar buiten het juridische domein, in de thuiszorg, de armenzorg, de energievoorziening, enz., onder de noemer 'sociale veerkracht'. *De Groene Amsterdammer* berichtte erover op 21 juni 2012, p. 22 e.v., met name p. 24-26.

16 Zie in dit kader bijv. L.F.H. Enneking, *Foreign direct liability and beyond* (dissertatie Utrecht), Den Haag: Eleven International Publishing 2012 (hierna: Enneking 2012).

17 Zie in dit kader bijv., met betrekking tot de afbakening van verantwoordelijkheden van staten en ondernemingen voor bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen: 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights', A/HRC/8/5 (7 april 2008) en 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', A/HRC/17/31 (21 maart 2011).

18 Keirse 2009; E.R. de Jong, 'Tussen fabel en feit, over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011/2146, p. 2836-2843.

### 2.3 *Verschuivingen van publiek naar privaat (en omgekeerd) bij een terugtrekkende overheid*

De overheid geeft in alle beleidsprogramma's sinds de Kabinetten Balkenende begin deze eeuw aan 'terug te willen treden'.<sup>19</sup> De omgang met risico's, alsmede de kosten indien de effecten van een risico zich realiseren, worden vaker overgelaten aan de 'markt'.<sup>20</sup> Bij een terugtrekkende overheid ('privatisering') zijn het steeds vaker private organisaties die publieke taken uitoefenen en publieke belangen dienen, bijvoorbeeld op de terreinen van gezondheidszorg, huisvesting, onderwijs, energievoorziening, informatievoorziening (over financiële en gezondheidsrisico's) en transport. De private uitoefening van publieke taken en behartiging van publieke belangen gebeurt echter niet altijd naar behoren. Bekende voorbeelden zijn er in de (ouderen)zorg (denk aan de (vermeende) verwaarlozing van ouderen door zorginstellingen), de woningcorporatiesector (het verwijt dat corporaties door wanbeleid hun huurders zouden benadelen) en hogescholen (die voor onderwijs bestemde gelden in kostbare bouwprojecten steken). Het ligt voor de hand dat het aansprakelijkheidsrecht hier in beeld zal komen en zal veranderen.<sup>21</sup> In de regel is het immers zo dat degene die de verantwoordelijkheid voor bepaalde (zorg) taken in de samenleving op zich neemt, en daardoor ook een bepaalde feitelijke of juridische machtspositie bezit, bij tekortschieten of nalaten daarvan ook aansprakelijk zou kunnen (of kan) worden gesteld voor de daaruit voortvloeiende schade.

Die (nieuwe) risicoverdeling is echter een bijzondere: van oudsher publieke taken worden overgeheveld naar nieuwe instituties in de vorm van private partijen en van het aansprakelijkheidsrecht wordt gevraagd om over het optreden (of het nalaten) van deze private instituties en de kwaliteit van publiek/private taakuitoefening uitspraken te doen. De vraag die daarbij rijst, is hoe de kantelende rol van de terugtrekkende overheid en de grotere reikwijdte van aansprakelijkheidsstelling van de daarmee gecreëerde 'nieuwe' instituties zich tot elkaar verhouden. Blijft de overheid verantwoordelijk en zo ja in hoeverre? Kan die (overheids)aansprakelijkheid geplaatst worden naast die van de nieuwe

instituties? Voor welke taken kan en zal de overheid, respectievelijk zullen de nieuwe instituties, apart of gezamenlijk verantwoordelijkheid (moeten) nemen en derhalve tegen aansprakelijkheidsrisico's aanlopen?<sup>22</sup> Het aansprakelijkheidsrecht biedt immers, ook voor zulke gevallen, de mogelijkheid om op basis van normstelling tot een verbod of tot geldelijke sancties te komen voor fouten die gemaakt (dreigen te) worden bij of als gevolg van de verschuiving van verantwoordelijkheden van publiek naar privaat handelen, waarbij de aansprakelijkheid steeds vanuit de eigen taakstelling zal moeten worden beoordeeld.<sup>23</sup> Het is echter nog zeer de vraag of het aansprakelijkheidsrecht thans voldoende op die taak is toegesneden: voor het vestigen van aansprakelijkheid is immers nodig dat sprake is van (evt. dreigende) schade, van concrete verwijtbaarheid en causaliteit en dat er partijen zijn, zoals de semipublieke organisatie zelf, de toezichthouders en de door haar gedupeerde burgers en/of bedrijven, die bij misstanden bereid en in staat zijn om het aansprakelijkheidsrecht tegen de daarvoor aangewezen partijen in te roepen. Mocht de conclusie luiden dat het aansprakelijkheidsrecht op één van deze punten onvoldoende adequaat is, dan kan men zich nog de vraag stellen of het niettemin de voorkeur verdient langs die weg tot verbetering te komen.

### 2.4 *Innovatie*

Niet alleen de maatschappij als zodanig is doorlopend aan veranderingen onderhevig, ook de wetenschap en techniek schrijven voort. De huidige maatschappij zou er anders uitzien zonder innovaties, zoals de ontwikkeling van internet en mobiel internet, dat permanent beschikbaar is via smartphones en tablets. Innovaties stellen het aansprakelijkheidsrecht op zichzelf, dus veelal al voorafgaand aan mogelijk intredende schadevoorvallen, voor uitdagingen. Denk hierbij aan de mogelijke verantwoordelijkheid van een internettussenpersoon wanneer het gaat over de bescherming van auteursrechten. Daar is met name het probleem dat het lastig is om de juiste persoon in rechte aan te spreken. Daarnaast kunnen innovaties leiden tot nieuwe (onzekere) (gezondheids)risico's. Hier is het probleem dat, mede door wetenschappelijke onzekerheid, de normstelling wordt bemoeilijkt. Het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft zich tot op heden op dit vlak, noodgedwongen, reactief, en dus 'volgend', opgesteld. Als voorbeeld kan worden genoemd de wijze waarop in het aansprakelijkheidsrecht is gereageerd op nieuwe (onzekere) risico's met betrekking tot milieuo-

19 Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Bevrijdende Kadens. Sturen op verantwoordelijkheid*, Den Haag: SDU uitgevers 2002; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag 2002, p. 113-151; P. Dekker, *De oplossing van de civil society. Over vrijwillige associaties in tijden van vervagende grenzen*, Den Haag 2002. Paradoxaal genoeg gaat de overheid ten aanzien van bepaalde ad-hocschadegevallen zoals rampschade juist nadrukkelijker op de voorgrond treden.

20 Zie met betrekking tot een verdeling van de kosten van de negatieve effecten van risico's WRR 2012, *Evenwichtskunst*. Daar wordt (ons inziens) nadrukkelijk gekeken naar hoe (ook voor rampschade) de verantwoordelijkheden kunnen worden verdeeld over de verschillende maatschappelijke actoren. Over de term 'sociale risico's' zie E. de Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid. Een rechtsvergelijkend overzicht van de ontwikkelingen in het schadevergoedingsrecht naar aanleiding van de asbestkwestie* (dissertatie Utrecht en UGent), Antwerpen: Intersentia 2013 (nog te verschijnen) (hierna: De Kezel 2013).

21 Zie het preadvies van E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het 'grijze' gebied', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid*, Nijmegen: WLP 2010, p. 11-58 (hierna: Engelhard 2010) en De Kezel 2013.

22 Engelhard 2010.

23 Het aansprakelijkheidsrecht doet dit naast de mogelijkheden die er daartoe zijn op grond van het arbeidsrecht (denk aan ontslag van bestuurders van semipublieke organisaties die door financieel wanbeleid ten onder dreigen te gaan), het strafrecht (denk hierbij aan het doen van aangifte bij bijv. fraude of mishandeling of andere strafbare feiten die gepleegd zijn door medewerkers van de semipublieke organisatie) en het bestuursrecht. Een pleidooi voor een betere samenwerking tussen burgerlijk recht en publiekrecht zie recentelijk T. Hartlief, 'Wat staat het burgerlijk recht te doen?', *NJB* 2009/1553.

riendelijke stoffen. DES, asbest, milieuvervuilingen van vooral grond en water door lozingen in een ver verleden, bieden slechts de meest prangende voorbeelden.<sup>24</sup> Het aansprakelijkheidsrecht wacht af tot er ergens iets misgaat, en indien het vervolgens ingeroepen wordt, worden nieuwe oplossingen voor nieuwe problemen ontwikkeld.

Het zou een illusie zijn te denken dat 'de' nieuwe risico's met het voortschrijden van de techniek (bijna) allemaal bekend zouden zijn. Nieuwe risico's blijven opkomen, alleen al omdat innovaties zullen blijven opkomen waardoor dergelijke nieuwe risico's steeds weer ontdekt worden. Daarnaast kan het zo zijn dat door nieuwe wetenschappelijke inzichten er meer kennis komt over de schadelijke aspecten van al langer bestaande producten, diensten of industriële toepassingen. De onzekerheid die vooralsnog lijkt te bestaan ten aanzien van de mogelijk schadelijke effecten van nanotechnologie is een voorbeeld van het eerste geval. Voor het tweede geval kan gedacht worden aan de inmiddels bekende risico's van de (ontwikkeling van de) intensieve veehouderij en de daarmee gepaard gaande problemen in verband met de ESBL-bacterie, Q-koorts<sup>25</sup> en salmonellabesmettingen van kippen en eieren.

De afwikkeling van dit type vorderingen is vaak lastig in te passen in het geldende aansprakelijkheidsrecht. Als bekend voorbeeld dient de asbestgerelateerde problematiek.<sup>26</sup> Als eerste 'nieuw sociaal risico' heeft het gezorgd voor een ongekende dynamiek in de rechtspraak en in de wetgeving, onder andere als het gaat om verjaring en causaliteitsvragen.<sup>27</sup> De drempels voor toegang tot het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht voor (toekomstige) gedupeerden van andere nieuwe risico's zijn daardoor verlaagd; aan de traditionele voorwaarden van het civiele aansprakelijkheidsrecht is getornd.<sup>28</sup> Hoewel deze ad-hoc-aanpak primair slechts een uitbreiding kan bewerkstelligen in de individuele zaak, kan die uitbreiding uiteraard ook worden toegepast in vergelijkbare zaken of in situaties waarbij andere, al dan niet nieuwe risico's spelen.<sup>29</sup> Er kan en zal immers van elke belangrijke verandering in (de rechtspraak binnen) het aansprakelijkheidsrecht een zekere precedentwerking uitgaan. De kernvraag is daarom ook hoe het aansprakelijkheidsrecht zou moeten omgaan met nieuwe (onzekere) (gezondheids)risico's, nu en in de toekomst, los van het altijd toepasbare idee van sleutelen en

schaven aan (één of meer van) de toepassingsvoorwaarden voor aansprakelijkheid.<sup>30</sup> Voorkomen lijkt – in deze context – beter dan genezen, en kan daarom onzes inziens als sleutelbegrip gelden.<sup>31</sup> Het is daarbij de vraag in hoeverre het aansprakelijkheidsrecht erop is ingericht om *ex ante* ingezet te (kunnen) worden en op welk tijdstip dat dan dient te gebeuren. Hoe kan *ex ante* een adequaat evenwicht (omslagpunt) tussen (meestal) economische belangen en maatschappelijke gezondheid en duurzaamheid worden vastgesteld?

Er is nog een ander verband tussen innovatie en het aansprakelijkheidsrecht. Innovatie kan leiden tot nieuwe feitelijke constellaties waarvoor nieuwe normen ontwikkeld moeten worden. Deze normen kunnen vervolgens tot een strenger aansprakelijkheidsrecht leiden. Innovatie leidend tot nieuwe technieken en middelen stelt degenen die met hun gedrag mogelijk schade veroorzaken in staat om ofwel vooraf schadebeperkend op te treden, ofwel achteraf, na het ontstaan van de schade, beter en effectiever in te grijpen en zo verdere schade te vermijden of te beperken. Denk aan de aanpak van bodemverontreiniging. Moderne technieken stellen ons in staat de bodemverontreiniging eerder en sneller te detecteren en vervolgens aan te pakken. Wanneer dit door een bedrijf wordt nagelaten, bijvoorbeeld omdat het bedrijf te lang met verouderde technieken blijft werken, dan kan het aansprakelijkheidsrecht hier ingrijpen.<sup>32</sup>

## 2.5 Internationalisering en europeanisering van het recht zelf

De hier geschetste ontwikkelingen hebben met elkaar gemeen dat zij niet meer louter nationaal worden bepaald; ze zijn 'gedenationaliseerd' en 'geëuropeaniseerd'. Mede daardoor is ook een groot aantal juridische wijzigingen thans van internationale afkomst of zijn deze in meer of mindere mate door europeanisering gekleurd.<sup>33</sup> Zo is de materiële regulering van (consumenten)veiligheid alsook het toezicht op veiligheid voornamelijk gebaseerd op Europese richtlijnen en verordeningen.<sup>34</sup> Het Europese initiatief in de vorm van Richtlijn 1985/375/EG inzake productaansprakelijkheid bracht ons een van onze eerste risicoaansprakelijkheden. En ook op het terrein van de marktwerking scherpt Europa ons aansprakelijkheidsrecht aan, in het bijzonder door middel van de Richtlijn misleidende reclame en vergelijkende reclame en Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Deze 'europeanisering' bestaande in een toenemende invloed van het Unierecht op materiële normstellingen en het aansprakelijkheidsrecht roept allerlei vragen op inzake de verhouding

24 HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*Des*); HR 28 april 2000, NJ 2000/431, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/Schelde*); HR 23 september 1988, NJ 1989/743 (*Kalimijnen*).

25 Uitvoerig al I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland. Wie is aansprakelijk voor de gezondheidsschade?', *NTBR* 2011/57, p. 394-407.

26 Over asbestgerelateerde problematiek zijn recentelijk 2 proefschriften verschenen: R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering* (dissertatie Rotterdam), Den Haag: Bju en F. Sobczak, *Liability for asbestos-related injuries* (dissertatie Maastricht), 2013. Zie ook het in 2013 nog te verschijnen proefschrift van De Kezel.

27 HR 28 april 2000, NJ 2000/431, m.nt. Bloembergen (*Van Hese/Schelde*); HR 31 maart 2006, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Karamus/Nefalit*).

28 De Kezel 2013.

29 Over de 'ad-hoc'aanpak van de Hoge Raad (recentelijk) T. Hartlief, 'De prijs van vooruitgang', *NJB* 2011/2353.

30 Zie alvast De Jong, 'Tussen fabel en feit, over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011/2146, p. 2836-2843.

31 Keirse 2009; Keirse 2010, p. 1-26.

32 Het voorbeeld is geïnspireerd op de diverse gifschandalen van eind jaren '70, begin jaren '80, o.a. in Lekkerkerk. Zie voor rechtspraak met name HR 09 oktober 1992, NJ 1994/286 (*Steedijkpolder I*); HR 30 september 1994, NJ 1996/196 (*Staat/Shell*).

33 Over de invloed van Europa in het algemeen zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

34 Denk aan de Voedselveiligheidsverordening (EG) nr. 178/2002, de oprichting van de Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid, de REACH-verordening (EG) nr. 1907/2006, de Spelgoed-richtlijnen, enz.

tussen het Unierecht en het nationale aansprakelijkheidsrecht op specifieke deelreinen. Hoe moet de wetgever een Europese richtlijn implementeren en wat kan er daarbij misgaan? Denk in dit verband vooral aan de introductie van de regeling van de productaansprakelijkheid<sup>35</sup> en van de oneerlijke handelspraktijken. Wanneer leidt een onjuiste implementatie van een richtlijn tot staatsaansprakelijkheid? En wat betekent de onjuiste implementatie of het geheel nalaten daarvan voor aansprakelijkheid in horizontale verhoudingen? Deze en andere vragen naar de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde, vormen ook een knelpunt.

Als een wezenlijk, apart te benoemen onderdeel van deze 'europeaniseringstrend',<sup>36</sup> wijzen we op de steeds verder reikende invloed van fundamentele rechten afkomstig van grensoverschrijdende regelgeving, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). In het Nederlandse privaatrecht wordt algemeen aangenomen dat fundamentele rechten ook voor horizontale verhoudingen op een of andere wijze een rol spelen, zeker nu de grondwetgever expliciet aangenomen heeft dat horizontale werking mogelijk is.<sup>37</sup> Op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht past de Nederlandse rechter de fundamentele rechten dan ook al met regelmaat toe.<sup>38</sup> Tegelijk is het Straatsburgse Hof dagelijks druk met de handhaving van het EVRM en formuleert het nu en dan ook concrete verplichtingen voor de lidstaten. Die verplichtingen maken duidelijk welke verantwoordelijkheden op de lidstaten rusten.<sup>39</sup> Ondanks die bestaande praktijk van het gebruik van fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht, zijn belangrijke vragen tot

nog toe niet volledig en/of eensluidend beantwoord. Immers, over welke rechten hebben wij het in het aansprakelijkheidsrecht als we spreken over fundamentele rechten? Welke belangen behelzen die rechten?<sup>40</sup> Welke status komt deze rechten toe?<sup>41</sup> Welke (rechts)gevolgen zijn aan de bijzondere status van de fundamentele rechten verbonden, *if any*? Kunnen hulpnormen worden geformuleerd die de toepassing van de rechten vergemakkelijken?<sup>42</sup> En welke reflexwerking kan – of zou moeten – uitgaan van de doorwerking van fundamentele rechten in het nationale aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht in horizontale verhoudingen?<sup>43</sup>

### 3. Manieren om tot beweging te komen

#### 3.1 *Introductie*

Zoals in het bovenstaande naar voren kwam, leveren dit soort maatschappelijke ontwikkelingen en innovaties een palet van nieuwe vragen van aansprakelijkheid op. Eerder noemden we de meest voor de hand liggende technieken waarmee het aansprakelijkheidsrecht voortdurend inspeelt op maatschappelijke ontwikkelingen en knelpunten en zodoende zelf meebeweegt.<sup>44</sup> De meest bekende techniek is de introductie van ongeschreven zorgplichten. Door invulling van het betrekkelijk vage begrip maatschappelijke zorgplicht kan het aansprakelijkheidsrecht steeds weer nieuwe antwoorden bieden op nieuwe vragen. De rechter moet bij de invulling van zorgplichten een 'ex ante'-perspectief innemen, ook indien hij *ex post* oordeelt over een schadegeval. Een vergelijkbare 'techniek' als bij de invulling van de zorgplicht is, in onze visie, toepasbaar bij andere leerstukken met een hoog abstractieniveau zoals causaliteit en schade. Dit heeft bijvoorbeeld bij het leerstuk van causaliteit geleid tot de introductie van zogenoemde proportionele aansprakelijkheid en bij het leerstuk van schade tot het onderkennen van nieuwe schade en schadeposten.

Een andere, want deels ook op zichzelf staande wijze waarop het aansprakelijkheidsrecht kan inspelen op (en tegemoet kan komen aan) maatschappelijke ontwikkelingen en de daaraan gelieerde vraag naar vergoeding of redres en/of sturing van gedragingen of activiteiten, betreft het on-

35 In verscheidene lidstaten is met de implementatie van deze Richtlijn geworsteld. Frankrijk spant evenwel de kroon en is tot 3 maal toe door de Europese Commissie op ontijdige of onjuiste omzetting aangesproken: zie HvJ EG 13 januari 1993, nr. C-293/91, *Jur.* 1993, p. I-1 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 25 april 2002, nr. C-52/00, *Jur.* 2002, p. I-03827 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 14 maart 2006, nr. C-177/04, *Jur.* 2006, p. I-02461; NJ 2006/465 m.nt. M.R. Mok (*Commissie/Frankrijk*). Zie uitgebreid Keirse 2007, p. 27-36.

36 Zie breder A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht, Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010.

37 *Handelingen II* 1976/77, 35, p. 2127. Zie ook Engelhard 2010, p. 11-58, met verdere verwijzingen; S. Somers, 'De *Drittwirkung* van grondrechten', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2012, p. 44-62.

38 Zie over de doorwerking van fundamentele rechten in het Nederlandse privaatrecht meer uitgebreid J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (dissertatie Utrecht), Den Haag: Bju 2013, met name p. 307-323 (hierna: Emaus 2013).

39 Bijzondere verplichtingen zijn de positieve verplichtingen. Die verplichtingen verlangen actie van de lidstaten. Onder art. 2 EVRM (recht op leven), een van de meest essentiële rechten in het EVRM, heeft het Hof bijv. aangenomen dat op de lidstaten materiële en procedurele (positieve) verplichtingen rusten. Tot de materiële verplichtingen wordt bijv. gerekend de verplichting om maatregelen te nemen om het recht op leven van de burger te beschermen. Een voorbeeld van een procedurele verplichting is de verplichting om effectief onderzoek te verrichten naar de dood van een burger. Zie nader J. Gerards, *EVRM Algemene Leerstukken*, Den Haag: Sdu 2011; J.M. Emaus, 'Geen actie, reactie? Over de handhaving van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM', *Letsel & schade* 2011, p. 28-40.

40 Zie A.S. Hartkamp, 'Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht', *WPNR* 2010/6843, p. 383, die stellig aanneemt dat grondrechten niet privaatrechtelijke subjectieve rechten zijn en dat ook niet worden door daaraan horizontale werking toe te kennen.

41 De fundamentele rechten worden verondersteld een bijzondere status toe te komen, nu de horizontale werking zinloos zou zijn als daarvan geen sprake zou zijn.

42 Een publiekrechtelijke hulpnorm die een belangrijke rol heeft bij de bepaling van de rechtvaardigheid van een schending door het EHRM is bijv. de hulpnorm van de proportionaliteit.

43 Een eerste aanzet geven D.A. Pronk, 'Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij overlijden door een fout van de overheid verenigbaar met het EVRM?', in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2011, p. 29-47 (hierna: Pronk 2011); R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en het schadevergoedingsrecht* (dissertatie Utrecht), Den Haag: Bju 2012, p. 309-310 ten aanzien van affectieschade (hierna: Rijnhout 2012).

44 Zie § 1.2.

derkennen van steeds weer nieuwe belangen waarvoor vergoeding kan worden gevraagd, van nieuwe 'categorïeën' (mogelijke) slachtoffers en van (mogelijke) schadeveroorzakers. We zullen deze – wat ons betreft voornaamste – 'technieken' hierna afzonderlijk de revue laten passeren.

### 3.2 Nieuwe zorgplichten en het 'ex ante'-perspectief

Beweging van het aansprakelijkheidsrecht kan worden bewerkstelligd door de ontwikkeling van nieuwe normen, veelal in de vorm van een zorgplicht, of leerstukken. Wanneer normen worden geformuleerd, zullen daarmee direct vragen van afgrenzing rijzen. Wat is de reikwijdte van de norm? En mag die norm in analoge gevallen worden toegepast? Door het stellen en beantwoorden van deze vragen kan opnieuw vooruitgang worden bereikt. Bij wijze van voorbeeld wordt hierna kort ingegaan op de creatie van nieuwe zorgplichten.

In de afgelopen decennia zijn (ver)nieuw(d)e zorgplichten geïntroduceerd, zoals die van scholen, financiële instellingen, accountants, notarissen, toezichthouders, enzovoorts.<sup>45</sup> De vraag is wat de reikwijdte is van zo'n zorgplicht in een andere context. Als voorbeeld wordt de zorgplicht van scholen genoemd.<sup>46</sup> De eerste vorderingen op dat vlak gingen over gymongevallen en de zorgplicht die in het kader daarvan geldt.

Van recentere datum is de vraag of er ook aansprakelijkheid van scholen kan bestaan specifiek voor pestgedrag tussen leerlingen onderling en voor de falende kwaliteit van het gegeven onderwijs.<sup>47</sup> Onze verwachting is dat het hierbij niet stopt. Een verdere uitbreiding van de mogelijke aansprakelijkheid van scholen dient zich – in elk geval potentieel – aan en zal mede betrekking (kunnen) hebben op publieke taken of belangen, zoals asbest en asbestinventarisaties in en bij scholen<sup>48</sup>, verminderde luchtkwaliteit rondom scholen<sup>49</sup>, zendmasten, coffeeshops en wellicht zelfs cafés in de buurt van scholen, brede scholen, kinderopvang, passend onderwijs, gezondheid van leerlingen (kantinevoeding), enzovoort.

Bovendien doet de aanneming van zo'n zorgplicht in een individuele zaak direct de vraag rijzen in hoeverre die zorgplicht ook zou moeten worden aangenomen ('gecreëerd') in analoge zaken. Als voorbeeld kan worden genoemd de zorgplicht van financiële instellingen voor effectenleaseproducten. Bestaat er een vergelijkbare zorgplicht bij het aanbieden van hypothecaire leningen?<sup>50</sup> Het gaat hier dus over de reflexwerking van een zorgplicht van het ene instituut op de taakuitoefening van andere instituties; door het open karakter van het aansprakelijkheidsrecht ontstaat daar direct een mogelijkheid tot beweging. Beweging is ook mogelijk doordat normen worden opgelegd of gecreëerd door de 'Europese' wetgever of rechter. Denk bijvoorbeeld aan de positieve verplichtingen die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) oplegt aan staten. Deze ontwikkeling zorgt – en zal zorgen – voor beweging binnen het aansprakelijkheidsrecht. Zo kan de niet-naleving van positieve verplichtingen door de staat of door publieke instellingen aanleiding geven tot overheidsaansprakelijkheid, maar ook kunnen bepaalde fundamentele rechten en daaraan verbonden positieve verplichtingen aanleiding geven tot het aannemen van specifieke zorgplichten voor privaatrechtelijke ondernemingen die een – van oudsher – publieke taak uitoefenen,<sup>51</sup> of zelfs verplichtingen opleggen (en bij niet-nakoming aansprakelijkheid opleveren) binnen zuiver private verhoudingen.

Maar het inspielen op (en tegemoetkomen aan) nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen (en de daaraan gekoppelde vraag naar vergoeding of redres en/of sturing of normering) wordt niet alleen bereikt met het 'ad hoc' opleggen van nieuwe zorgplichten. Het kan, zoals we hiervoor al kort aangaven, ook worden bereikt door zorgplichten vanuit een 'ex ante'-perspectief te formuleren en voor nieuwe, toekomstige gevallen toepasbaar en kenbaar te maken. Men zou dit als een op zichzelf staande techniek kunnen beschouwen. Gewoonlijk wordt de vraag of er een rechtens aanvaardbaar risico is geschapen (of bestond) en de vraag of, en zo ja, welke voorzorgsmaatregelen genomen hadden moeten worden, beantwoord *nadat* de schade is ingetreden. Het aansprakelijkheidsrecht werkt, anders gezegd, reactief.

In het licht van onder meer nieuwe *onzekere* risico's, is het van belang om aan dit heersende *ex post* perspectief een ander perspectief toe te voegen: het *ex ante*-perspectief.<sup>52</sup> Dit *ex ante*-perspectief bestaat erin dat men nu al duidelijkheid schept en krijgt, althans daartoe een poging doet, over de vraag welke rechtsnormen er (straks) gelden met betrekking tot bepaalde (onzekere) risico's, en niet pas '*after the fact*'. Dat betekent dan ook meteen dat een (preventieve) verbods- of gebodsactie mogelijk zal zijn.<sup>53</sup> Een welkome bijkomstigheid van onderzoek naar en de uitwerking van dit *ex ante*-perspectief is onder andere dat men daarmee

45 Zie over de vordering die in Italië is ingesteld tegen een wetenschapper, E. de Kezel, 'Wetenschappers aansprakelijk voor foutieve informatieverschaffing: scheef recht?', *Juristenkrant* 2012, afl. 257, p. 13.

46 Zie voor de bijzondere zorgplicht voor het eerst Rb. Alkmaar 19 augustus 1982 en 9 juni 1983, *NJ* 1984/215 (*Geervliet/Staat*). Uitvoering nader hierover B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen*, Deventer: Kluwer 2013 (nog te verschijnen) (hierna: Pajmans 2013).

47 Rb. Groningen (vzr.) 20 juli 2012, LJN BX2104 (*X/Stichting openbaar onderwijs groep Groningen*); Hof Arnhem 11 maart 2008, *RAV* 2009/50 (*X/Stichting kans en kleur*). Met het vonnis in de zaak *Schaapman* (Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000/104, m.nt. B.P. Vermeulen) schudde de Rb. Amsterdam onderwijsrechtelijk Nederland wakker door een Montessorischool tot (geringe) schadevergoeding te veroordelen. Echter, daarna hadden de diverse leerlingen en ouders die trachten in de voetsporen te treden van de moeder van *Schaapman* doorgaans minder succes. De 'kwaliteit van onderwijs' en de daaraan gekoppelde zorgplicht van scholen kent meer juridische drempels dan die bij (gym)ongevallen, al was het maar doordat de zorgplicht zich minder makkelijk laat concretiseren (wat is deugdelijk onderwijs en wat niet meer?).

48 Rb. Utrecht (vzr.) 26 maart 2008, LJN BC7697 (*X/Scholenstichting St. Michaël*).

49 Rb. Utrecht (Sector kanton), 31 augustus 2009, LJN BJ6518 (*X/Stichting Meerkring*).

50 O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11.

51 Voor een eerste aanzet Engelhard 2010.

52 Hierover Van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001, p. 3-12; De Jong 2011.

53 Zie Keirse 2010, met enkele toepassingsgevallen.

effectief en vroegtijdig op risico's kan anticiperen en er rechtens duidelijkheid bestaat over welke acties men dient te nemen voor het tegengaan van bepaalde onzekerheden en risico's. De vraag die dan rijst, is hoe deze *ex ante*-normen voor onzekere risico's geformuleerd zouden moeten worden. Gaat het dan vooral om informatieverplichtingen of om onderzoeksplichten, of is het wellicht mogelijk nog een stap verder te gaan?

### 3.3 'Oprekking' van het causaliteitsvereiste en nieuwe schadeposten

Ook door een andere inkleding van andere leerstukken dan de zorgplicht wordt in het aansprakelijkheidsrecht getracht tegemoet te komen aan de eisen des tijds. Denk hierbij aan het leerstuk van causaliteit en in dat verband de laatste jaren vooral aan het aannemen van proportionele aansprakelijkheid, zoals in het arrest *Karamus/Nefalit*.<sup>54</sup> In de nasleep van dit arrest is onduidelijkheid ontstaan over het toepassingsgebied, hetgeen via onder andere het arrest *Fortis/Bourgonje* moest worden verhelderd.<sup>55</sup> Hoewel er meer duidelijkheid is gegeven door de Hoge Raad door middel van het benoemen van een aantal omstandigheden, is er in de literatuur wel op gewezen dat nog niet helder is wanneer de proportionele aansprakelijkheid precies toegepast zou mogen worden.<sup>56</sup> De acceptatie in de rechtspraak van dit voor Nederland betrekkelijk nieuwe leerstuk<sup>57</sup> zorgt voor beweging binnen het aansprakelijkheidsrecht en zal ook in de toekomst voor beweging blijven zorgen. Dat zo'n beweging ook 'terug' kan buigen, heeft de opkomst en neergang van de 'omkeringsregel' overtuigend laten zien.<sup>58</sup>

Te denken valt verder aan het schadebegrip, meer bijzonder aan de erkenning van nieuwe schadeposten. Een voorbeeld hiervan is de vergoeding die thans aan naasten moet worden geboden als zij een letselschadeslachtoffer verplegen of

verzorgen.<sup>59</sup> Maar ook bijvoorbeeld aan de rek die zit in het smartengeldartikel door een ruime interpretatie van de 'persoonsaantasting op andere wijze': een smartengeldbedrag kan ook worden toegekend indien sprake is van een enkele rechtsschending (zonder dat sprake is van fysiek of geestelijk letsel).<sup>60</sup> Bekend is dat bij de schending van het keuzerecht in het kader van gezinsplanning een vergoeding kan worden toegekend, maar de Hoge Raad heeft wel aangegeven terughoudend te willen zijn: vergoeding is de uitzondering. Bij oordeelsvorming omtrent die uitzondering moet worden gelet op de ernst van de normschending en de ernst van de gevolgen voor het slachtoffer.<sup>61</sup> Maar daarmee is nog niet bekend wat juridisch relevante schade is. Wat is een ernstige normschending? Welke gevolgen zijn ernstig genoeg? Valt bijvoorbeeld het recht op gezinsleven ook onder een 'ernstige normschending'?<sup>62</sup> Kortom, er zit rek in het schadebegrip en die rek kan en zal naar alle waarschijnlijkheid ook in de toekomst voor beweging zorgen.<sup>63</sup>

### 3.4 Nieuwe categorieën van gedaagden

Uitbreiding van aansprakelijkheid kan ook worden bewerkstelligd door het aanspreken van anderen dan degene die op het eerste gezicht (feitelijk) de schade hebben veroorzaakt. En ook dat is al gebeurd. Denk aan de aansprakelijkheid van toezichthouders.<sup>64</sup> Hoewel de drempels van de aansprakelijkheid van deze anderen inmiddels erg hoog gemaakt zijn, hebben we hier te maken met instituties die onder omstandigheden verantwoordelijk gehouden zouden kunnen worden voor de uitoefening van hun publieke taken.<sup>65</sup> Andere nieuwe gedaagden zouden kunnen zijn de staat (met name na een verschuiving van publiek naar privaats, zie § 2.3<sup>66</sup>), vergunningverleners, scholen, ouders (die worden aangesproken door hun kinderen), verzekeraars, enzovoort. Al deze gedaagden hoeven de schade niet eens primair te hebben veroorzaakt, maar zouden op grond van hun taakopvatting toch (mede) verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor schade ontstaan in een andere context. Dat scholen een rol hebben, en wellicht in rechte aanspreekbaar zijn, als het om pestgedrag tussen schoolkinderen gaat, is een recent voorbeeld.<sup>67</sup>

54 HR 31 maart 2006, JAR 2006/81 (*Karamus/Nefalit*).

55 HR 24 december 2010, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*). Zie ook HR 14 december 2012, LJN BX8349; HR 21 december 2012, LJN BX7491.

56 T. Hartlief, 'Gezichtsputten, vingerverwijzingen en vuistregels. Kan dat anders?', *NTBR* 2011/4; S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2', *AA* 2011, p. 724-725.

57 Zie uiteraard al A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (dissertatie Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1997.

58 Zie nader I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pemmenstreken over personenschade. LSA Iustrum bundel*, Den Haag: Vermande/SDU, p. 69-86; A.J. Akkermans & Chr. H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17, p. 157-177. Zie recentelijk HR 23 november 2012, LJN BX7264.

59 HR 6 juni 2003, NJ 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*); HR 5 december 2008, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*).

60 HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*); HR 29 juni 2012, LJN BW1519. Zie natuurlijk reeds in 2002 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002. Zie ook (o.a.) T.B.H. Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending van fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009/1815-1816; T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008/34, p. 237-247.

61 HR 29 juni 2012, LJN BW1519, JA 2012/147, m.nt. S.D. Lindenbergh.

62 Instemmend: Rijnhout 2012, p. 377-384.

63 S.D. Lindenbergh, 'Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood (?)', *NJB* 2010/1210, p. 1530-1532; R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', *TVP* 2010, p. 37-41.

64 HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527 (*Vie d'Or*); HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*). I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Giesen 2005); D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

65 Vgl. verder o.a. E. de Kezel e.a., *Financieel toezicht en aansprakelijkheid in international verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders bezien vanuit de internationale dimensie*, Amstelveen: deLex 2009.

66 Zie echter HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*); HR 28 mei 2004, NJ 2006/430 (*TBS*).

67 Pajmans 2013, met name hfdst. 8.



3.5 *Nieuwe categorieën van slachtoffers*

Maar niet alleen door het kiezen van een andere gedaagde kan een uitbreiding van aansprakelijkheid worden bewerkstelligd. De eiser – het slachtoffer – kan ook een ander zijn dan degene die op het eerste gezicht de schadelijder lijkt, maar toch iemand is die daadwerkelijk schade lijdt door het handelen van de schadeveroorzaker. Los van ('nieuwe') 'vertegenwoordigers' van schadelijders, zoals belangenorganisaties en claimbureaus, denken wij hierbij aan naasten van een letselschadeslachtoffer of diens werkgever, maar ook aan derden bij een contract. Drion vroeg de aandacht voor, zoals hij dat noemde, 'de onstuitbare opmars van de derde in ons recht'.<sup>68</sup> Op welke gronden zouden die 'derden' aanspraak kunnen maken op vergoeding? Hoe kunnen hun vorderingen worden gerechtvaardigd? En, als vervolgvraag en daarmee sterk samenhangend, hoe zou de kring van gerechtigden moeten worden afgebakend? Een ding is onzes inziens helder: de ene derde is de andere niet, omdat allen die bescherming zoeken in een ander belang – los van de vraag of zij feitelijk derden zijn – autonoom zou moeten worden beoordeeld.<sup>69</sup>

4. Concrete voorbeelden van bewegingen binnen het aansprakelijkheidsrecht

4.1 *Introductie*

Maatschappelijke ontwikkelingen en innovatie leveren nieuwe vragen van aansprakelijkheid op. Op die nieuwe vragen zal een antwoord moeten worden gegeven. In het aansprakelijkheidsrecht gebeurt dat meestal door de rechter, maar dat sluit een (later) ingrijpen van de wetgever uiteraard niet uit. In het onderstaande zullen enkele concrete voorbeelden worden besproken – in samenhang met de maatschappelijke ontwikkelingen uit par. 2 – van relatief nieuwe bewegingen en veranderingen die op één van de besproken manieren – uit par. 3 – zouden kunnen worden bewerkstelligd.

4.2 *Foreign direct liability claims*

In aansluiting bij de al eerder gesignaleerde tendens van globalisering, kan het voorbeeld van *foreign direct liability claims* worden genoemd. De laatste vijftien jaar worden rechters in westerse landen steeds vaker geconfronteerd met grensoverschrijdende aansprakelijkheidsprocedures tegen multinationals wegens de nadelige gevolgen voor mens en milieu van de activiteiten van deze bedrijven in gastlanden (veelal ontwikkelingslanden).<sup>70</sup> Deze *foreign direct liability claims* bieden lokale slachtoffers de gelegenheid om de door hen geleden schade door middel van civiele procedures in de westerse thuislanden van de betrokken multi-

nationals aan de kaak te stellen en vergoed te krijgen. Zij spelen zich af tegen de achtergrond van een globaliserende wereld waarin ondernemingen een groot deel van hun productieproces (asbestwinning, kledingproductie, enz.) uitbesteden aan deze gastlanden, omdat de productiekosten daar lager zijn en de winst dus hoger. Sprekende voorbeelden zijn de 'sweatshops' in de kledingindustrie en de olieervuiling van de Nigerdelta. De activiteiten die in deze landen in opdracht van de betrokken ondernemingen verricht worden, voldoen echter niet steeds aan de juridische standaarden die wij hier hanteren.

In Europese landen worden steeds meer van dit soort grensoverschrijdende civiele aansprakelijkheidsvorderingen ingesteld, in vrijwel alle gevallen op basis van algemene beginselen van buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Deze zaken stellen diverse specifieke, vaak ingewikkelde juridische kwesties aan de orde,<sup>71</sup> maar vanuit het perspectief van het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht is de belangrijkste vraag onder welke omstandigheden de Nederlandse moedermaatschappij van een multinationala concern aansprakelijk gehouden kan worden voor de schending van een zorgplicht jegens derden in het gastland die schade hebben geleden als gevolg van de lokale activiteiten van het concern aldaar? Met andere woorden, bestaat hier een zorgplicht en zo ja, hoever strekt die zorgplicht? In hoeverre kan gezegd worden dat de moedermaatschappij haar beleidsinvloed binnen het concern had kunnen en moeten aanwenden om bijvoorbeeld schade als gevolg van lekkende oliepijpleidingen in het gastland te voorkomen?<sup>72</sup> En kan er onder omstandigheden een causaal verband aangenomen worden tussen al of niet genomen beleidsbeslissingen in het thuisland van de multinational en de schade zoals die in het gastland geleden is?<sup>73</sup> Het is hierbij van belang te signaleren dat in deze zaken kennelijk een nieuw type gedaagde centraal staat, namelijk de westerse moedermaatschappij en niet (alleen) de lokale dochtermaatschappij die in de meeste gevallen het meest direct betrokken zal zijn bij de schadeveroorzakende activiteiten.

Eind 2008 en begin 2009 werden in Nederland de eerste *foreign direct liability claims* aanhangig gemaakt, in de vorm van een aantal aansprakelijkheidsprocedures tegen het in Den Haag hoofdkantoor houdende Royal Dutch Shell en haar Nigeriaanse dochtermaatschappij ingesteld door Nigeriaanse boeren en Milieudefensie naar aanleiding van een

68 C. Drion, 'De onstuitbare opmars van de derde in ons recht', *NJB* 2010/644.

69 Rijnhout 2012, p. 375-376.

70 Zie uitvoerig over deze materie Enneking 2012, alsmede (als eerste introductie) L.F.H. Enneking e.a., 'Privaatrechtelijke handhaving in reactie op mensenrechtenschendingen door internationaal opererende ondernemingen', *NTM/NJCM-Bull.* 2011, nr. 5, p. 541-560, en tevens M.J.C. van der Heijden, *Transnational Corporations and Human Rights Liabilities* (dissertatie UvT 2011).

71 Zo ook bijv. L. Enneking, 'Aansprakelijkheid via "foreign direct liability claims" – Den Haag is weer even de "Legal Capital of the World"', *NJB* 2010/318, p. 400-406.

72 Soortgelijke vragen kunnen gesteld worden met betrekking tot productiekosten, nu de invloed die westerse ondernemingen kunnen uitoefenen op de productiemethoden van hun buitenlandse zakenpartners op grond van de contractuele relaties binnen de keten in de praktijk immers minstens net zo groot kan zijn als de invloed van een moedermaatschappij op de activiteiten van haar (klein)dochters op grond van concernrelaties.

73 In deze zaken hoeft het bovendien niet te gaan om schade van direct gekwetsten. Het is namelijk niet onwaarschijnlijk dat de schade van (feitelijk) derden centraal staat. Denk maar aan de situatie waarin nabestaanden van een arbeidsongeval in een *sweatshop* een vordering tot schadevergoeding indienen. Bestaat er rek in het schadebegrip, bijv. in het licht van ernst van de normschending?

aantal gevallen van olie lekkage in de Nigerdelta. Op 30 januari 2013 wees de Rechtbank Den Haag in deze procedure een eindvonnis waarin alle vorderingen tegen de moedermaatschappij en het merendeel van de, doch niet alle vorderingen tegen de Nigeriaanse dochtermaatschappij, op grond van Nigeriaans recht, werden afgewezen.<sup>74</sup> Desondanks kan het vonnis van de rechtbank in de eerste Nederlandse *foreign direct liability claim* baanbrekend genoemd worden, ook omdat de rechtbank uitdrukkelijk de deur openlaat voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij.<sup>75</sup> Het is dan ook onvermijdelijk dat dit type claims zijn sporen zal gaan nalaten binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Niet alleen omdat in toekomstige Nederlandse *foreign direct liability claims* ook de grenzen van ons eigen positieve recht getest en op sommige punten verlegd zullen gaan worden, maar ook omdat deze ontwikkelingen door middel van het aannemen van analogieën een bredere werkingssfeer zouden kunnen krijgen ook buiten de context van multinationals en milieuschade.

#### 4.3 *Inadequate security*

Een voorbeeld dat op de golven van de nauwelijks aflatende privatisering kan gaan zorgen voor een beweging binnen het aansprakelijkheidsrecht is de kwestie van wat in de Verenigde Staten als het leerstuk van '*inadequate security*' bekendstaat: ontoereikende veiligheid.<sup>76</sup> Hierbij gaat het om strafbare, schade toebrengende feiten gepleegd door primaire daders waartegen door mogelijk aan te spreken derden (en dus secundaire daders, vaak '*peripheral tortfeasors*' genoemd),<sup>77</sup> beveiliging had moeten worden geboden. De gedraging die ter discussie staat is het nalaten van de derde, en dus niet het crimineel opzettelijk handelen van de eigenlijke, primaire dader. Mogelijk aan te spreken partijen zijn in eerste instantie staatsorganen, zoals de politie, doch steeds vaker ook (exploitanten van) commerciële ondernemingen die een bijdrage kunnen leveren aan de veiligheid van hun klanten maar zulks nalaten, en dus tekortschieten in hun preventieve taak en/of hun toezicht. Denk daarbij aan particuliere veiligheidsdiensten bij evenementen, ordediensten bij sportwedstrijden, doch ook aan commerciële verhuurders van onveilige wooncomplexen. Het betreft hier aldus vooral vragen van normstelling en het centraal stellen van een nieuwe categorie van gedaagden.

74 Rb. Den Haag 30 januari 2013, LJN BY9845 (*olielekkage Goi*); LJN BY9850 (*olielekkage Oruma*) en LJN BY9854 (*olielekkage Ikot Ada Udo*), met name r.o. 4.46 (toegewezen vordering).

75 Zie hierover in meer detail: L. Enneking, 'Zorgplichten van multinationals in Nederland: *second best* zo slecht nog niet?', *NJB* 2013/607, p. 744 e.v.

76 W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen Alles of Niets*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 139 e.v. (hierna: Van Boom 1997); A.L.M. Keirse, 'Nieuwe risico's; wie is er bang voor de magnetron?', *NJB* 2007/1957, p. 2418-2425. Zie ook J. de Waard & R. van Steden, 'De opmars van de private veiligheidszorg', *Justitiële verkenningen* 2012, p. 9-23 (themanummer); D. Canter & R. Zukauskienė, *Psychology and law. Bridging the gap*, Burlington: Ashgate Publishing Company 2007, p. 119-142.

77 Zie hierover al Van Boom 1997, p. 139 e.v., en Giesen 2005, p. 37 e.v. (die ook spreekt over 'afgeleide aansprakelijkheid').

Vertaald naar de Nederlandse actualiteit kan in dit verband gedacht worden aan de discussie die heeft plaatsgehad naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan de Rijn.<sup>78</sup> Had de schietvereniging van de schutter in kwestie moeten ingrijpen, had de politie (eerder) moeten ingrijpen, althans geen wapenvergunning mogen verlenen, had de psychiater wellicht melding moeten doen, had het winkelcentrum zelf betere beveiliging moeten hebben? En denk ook aan de juridische positie van diverse inspecties als het om het kindermisbruik van Robert M. gaat, naast de preciaire positie van diens werkgever. Hoever willen we gaan als het om dit soort (positieve) verplichtingen voor overheden en anderen ter voorkoming van veiligheidsrisico's voor medeburgers gaat? Hier zien we dat de categorie van nieuwe daders samenvalt met de eerder geschetste techniek van nieuwe zorgplichten (vgl. § 3.2 en 3.4). Tot dusverre lijkt de rechtspraak ter zake echter een terughoudende houding aan te nemen.<sup>79</sup> De vraag is echter in hoeverre aan die houding vastgehouden zou moeten (en kunnen) worden in het licht van bijvoorbeeld de terugtrek van de overheid, capaciteitsproblemen, enzovoort.

#### 4.4 *De behartiging van het publieke belang door nieuwe instituties in het aansprakelijkheidsrecht*

Door de terugtrek van de overheid ontstaan nieuwe vragen van aansprakelijkheid. Het betreft zowel vragen over normstelling als over degene die kan worden aangesproken. Mocht het aansprakelijkheidsrecht op één van deze punten vooralsnog onvoldoende adequaat zijn of onvoldoende aanknopingspunten bieden, dan kan men de vraag stellen of het niettemin de voorkeur verdient langs die weg tot verbetering te komen. De vraag is dan: dient voor het optreden van semipublieke organisaties bijvoorbeeld, voor zover zij zich tot taak stellen om in onze basisbehoefte te voorzien, een bijzondere – specifiek op hun beleidstaak toegesneden – civiele aansprakelijkheid te gelden?<sup>80</sup> Behoort het feit dat woningcorporaties, zorginstellingen, energiemaatschappijen en dergelijke het publieke belang dienen, net als het geval is bij de overheid, te betekenen dat voor hen een ander risico van aansprakelijkheid en/of een andere zorgplicht geldt dan thans het geval is? Dienen bestuurders van semipublieke organisaties eerder aansprakelijk te worden geacht dan bestuurders van private ondernemingen? Moet (ook) de aansprakelijkheid van toezichthouders op semipublieke organisaties worden aangescherpt? Deze vragen tonen aan dat het publieke belang van invloed kan zijn op de techniek van ontwikkeling van nieuwe zorgplichten (vgl. § 2.3 respectievelijk 3.2).

#### 4.5 *'Europeanisering' van het smartengeldartikel*

Art. 6:106 BW, de grondslag in het Nederlandse recht voor de vergoeding van immateriële schade, lijkt te europeanise-

78 Zie Rb. Den Haag (vzr.) 14 februari 2013, nr. C/09/433049 (ongepubliceerd): geen recht op inzage dossier NIFP-rapport.

79 Zie HR 28 mei 2004, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (TBS).

80 In die richting Engelhard 2010, p. 49, die erop wijst dat civiele aansprakelijkheid binnen 'de' semipublieke sector thans nog vrij uitzonderlijk is.

ren. Via de persoonsaantasting op andere wijze van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW is er ruimte gevonden om een smartengeldbedrag toe te kennen bij de schending van een fundamenteel recht, ook indien er geen sprake is van fysiek of lichamelijk letsel. Denk aan de toekenning van een schadevergoeding bij de schending van het redelijke termijnvereiste van art. 6 lid 1 EVRM.<sup>81</sup> De toekenning van een smartengeldbedrag bij een enkele rechtsschending, zonder dat sprake is van geestelijk of lichamelijk letsel, wordt echter door de Hoge Raad beschouwd als de uitzondering.<sup>82</sup> De 'europeanisering' van het recht zou van dit perspectief (regel/uitzondering) kunnen dwingen tot een uitbreiding van het nationale schadebegrip.

Een voorbeeld hiervan zou kunnen zijn de vergoeding voor immateriële schade van naasten of nabestaanden. Bekend is dat het EHRM vrij toeschietelijk is bij het toekennen van een vergoeding voor immateriële schade bij de schending van art. 2 jo. art. 13 EVRM door een staatsorgaan.<sup>83</sup> En hoewel het EHRM heeft geoordeeld dat een nationale wetgever geen positieve verplichting heeft om een grondslag te bieden voor een vergoeding voor immateriële schade aan naasten of nabestaanden in horizontale gevallen, kan men zich afvragen in hoeverre het niet-toekennen daarvan in die gevallen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.<sup>84</sup> Als het namelijk zo zou zijn dat de Nederlandse rechter wél een vergoeding voor immateriële schade van naasten of nabestaanden moet toekennen indien de schadeveroorzaker de staat (of een orgaan daarvan) is, terwijl de staat niet de verplichting heeft om die vergoedingsplicht te creëren voor horizontale gevallen, dan zou dat kunnen betekenen dat ogenschijnlijk gelijke gevallen ongelijk worden 'gewaardeerd'.<sup>85</sup> De ene naaste zou wel een smartengeldbedrag moeten ontvangen en de andere niet, en gezien vanuit het nationale schadevergoedingsrecht is die ongelijkheid wellicht niet te rechtvaardigen. De vraag is daarom of de rechtspraak van het EHRM niet (nog) een grotere invloed zal

gaan uitoefenen op het nationale schadevergoedingsrecht dan was voorzien.

Vergelijkbare vragen doen zich voor bij de vergoeding voor verlies van tijd. Zo zou uit rechtspraak van het HvJ EU kunnen worden afgeleid dat er onder omstandigheden een vergoeding moet worden geboden voor een verlies van tijd indien een passagier van vluchtvervoer meer dan drie uur vertraging heeft door vertraging. Welke reflexwerking kan en zou moeten uitgaan van die uitspraak?<sup>86</sup> De 'europeanisering' van het recht en de functionele wijze waarop het schadebegrip door de 'Europese' rechter wordt gehanteerd, kan ook los van deze specifieke kwestie, nieuwe vragen opwerpen over de interpretatie en toepassing van het Nederlandse schadebegrip.

#### 4.6 Internet en auteursrecht

Innovaties stellen het aansprakelijkheidsrecht voor uitdagingen, zelfs als schade nog niet is ingetreden of voorkomen zou moeten worden. Binnen het auteursrecht, en meer specifiek de handhaving van auteursrechten op het internet, is een verschuiving gaande naar iets dat lijkt op risicoaansprakelijkheid. Traditionele internettussenpersonen, zoals internetaanbieders en hostingaanbieders, worden in toenemende mate verantwoordelijk gehouden voor inbreuken die anderen dan zichzelf plegen. Nieuwe gedaagden worden dus verantwoordelijk gehouden. Ook aanbieders van sociale netwerken, videowebsites en zoekmachines worden aansprakelijk gesteld. Ondanks dat op grond van art. 6:192c BW de aansprakelijkheid van bepaalde tussenpersonen is beperkt, is daarmee niet alle verantwoordelijkheid weggenomen. Zo kan de rechter op grond van art. 26d Aw een tussenpersoon, ongeacht de vraag of hij (on)zorgvuldig handelt, bevelen zijn dienst te staken als deze wordt gebruikt om inbreuk te maken. Dat kan weliswaar pas als het voor de rechthebbende onmogelijk is om de inbreukmaker zelf verantwoordelijk te houden, maar omdat notoire inbreukmakers op het internet veelal ongrijpbaar blijken, wordt art. 26d Aw steeds vaker ingezet.<sup>87</sup>

Een belangrijke vraag is steeds welke verplichtingen aan een internettussenpersoon opgelegd mogen en kunnen worden (wat is de norm?). In het verleden bogen rechters zich vooral over de kwestie of tussenpersonen identificerende gegevens over inbreukmakers aan auteursrechthebbers moeten afgeven zodat de auteursrechthebbers vervolgens de inbreukmakers zelf zouden kunnen aanspreken.<sup>88</sup> Tegenwoordig staat bovendien de vraag centraal in

81 Zie Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, LJN BH4214, NJ 2010/56, m.nt. E.A. Alkema; LJN BH4213, JA 2009/67, m.nt. W. Dijkshoorn; LJN BH4212, NJ 2010/7, m.nt. E.A. Alkema; LJN BH3856 en Hof 's-Gravenhage 30 augustus 2011, LJN BS8801. Vgl. Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, LJN BQ4373, AB 2001/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; JV 2011/295, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. Emmerik en Hof 's-Gravenhage 24 mei 2011, LJN BQ6651, waarin het hof in vreemdelingenzaken, waarin art. 6 EVRM niet van toepassing is, via de sleutel van het rechtszekerheidsbeginsel zijn arrest van 24 februari 2009 herhaalt. Zie recentelijk HR 11 januari 2013, LJN BX8360 en LJN BX8359.

82 Als uitgangspunt geldt dat naar objectieve maatstaven moet kunnen worden vastgesteld of er sprake is van geestelijk letsel, zoals het geval is bij een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, HR 29 juni 2012, LJN BW1519.

83 C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding voor affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', VR 2010, nr. 11 p. 313-315; Pronk 2011; Rijnhout 2012, p. 303-314. Zie bijv. EHRM 3 april 2001, no. 27229/95 (*Keenan/The United Kingdom*); EHRM 10 mei 2001, no. 29392/95 (*Z and others/The United Kingdom*); EHRM 14 maart 2002, no. 46477/99 (*Paul and Audrey Edwards/The United Kingdom*); EHRM 30 november 2004, no. 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkey*); EHRM 17 maart 2005, no. 50196/99 (*Bubbins/The United Kingdom*); EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04 (*Kontrová/Slovakia*); EHRM 15 december 2009, no. 4314/02 (*Kalender/Turquie*); EHRM 17 december 2009, no. 4762/05 (*Mikayil Mammadov/Turkey*); EHRM 23 maart 2010, no. 4864/05 (*Oyal/Turkey*).

84 EHRM 7 juli 2009, no. 58447/00 (*Zavoloka/Lettonie*).

85 Pronk 2011, p. 44.

86 *Nelson and Others/Deutsche Lufthansa AG and C-629/10 TUI Travel and Others/Civil Aviation Authority* 23 oktober 2012, no. 135/12.

87 Te denken valt aan de strijd die Stichting BREIN voert tegen The Pirate Bay, waarbij BREIN tevergeefs eerst heeft geprobeerd om zowel The Pirate Bay als de oprichters van de website verantwoordelijk te houden alvorens internetaanbieders Ziggo en XS4ALL aan te spreken, Rb. Amsterdam (vzr.) 30 juli 2009, LJN BJ4466 (*BREIN/Global Gaming*); Rb. Amsterdam (vzr.) 22 oktober 2009, AMI 2010-1, p. 18, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Neij c.s./BREIN*); en Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549 (*BREIN/Ziggo*).

88 Zie daarover: HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06 (*Promusicae*). Zie voor Nederland: HR 25 november 2005, NJ 2009/550, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Lycos/Pessers*).

hoeverre die tussenpersonen bepaalde informatie voor hun gebruikers moeten blokkeren of filteren. Daarbij zijn, meer dan voorheen, de informatievrijheid en de privacy van internetgebruikers in het geding.<sup>89</sup> Hier lijkt sprake te zijn van *ex ante*-werking: de inbreuk op auteursrechten moet proactief worden voorkomen. Maar naarmate de technologische en juridische mogelijkheden om tussenpersonen in te zetten voor auteursrechtshandhaving zich uitbreiden, zal ook de vraag hoe dergelijke uitbreidingen zich verhouden tot de (grond)rechten van internetgebruikers in belang toenemen. Aan het auteursrecht en het aansprakelijkheidsrecht valt dan de lastige taak toe om een balans te vinden tussen de soms weinig liefdevolle driehoeksverhouding van auteursrechtbehebbers, internettussenpersonen en internetgebruikers, en dat alles in internationaal verband.

#### 4.7 Nanotechnologie

Het aansprakelijkheidsrecht werkt vooralsnog vooral reactief, zo constateerden we al, terwijl een proactieve opstelling ten opzichte van nieuwe onzekere risico's of problemen van klimaatverandering en ecologieschade gewenst lijkt. De vraag is echter in hoeverre het aansprakelijkheidsrecht die rol kan vervullen. Aan de hand van het voorbeeld van nanotechnologie zullen wij een schets geven van een mogelijke proactieve opstelling: het *ex ante* formuleren van normen die door middel van een gebods- of verbodsactie zouden kunnen worden geëffectueerd of die de rechter *ex post* ter beschikking staan indien de eerste schadegevallen leiden tot juridische disputen.<sup>90</sup>

Nanotechnologie staat voor het begrip en beheersing van materie en processen op ultrakleine schaal, op nanoschaal, voornamelijk binnen de reikwijdte van 1 tot 100 nanometer. Voor de verbeelding: één gemiddelde menselijke haar is 80.000 nanometer dik. Deze nanotechnologie wordt al op vele terreinen toegepast. Er bestaan ook aanwijzingen dat de technologie schadelijk kan zijn voor de gezondheid. Het waarheidsgehalte van deze aanwijzingen is twijfelachtig. Hierin is het onzekere risico gelegen. Er zijn aanwijzingen dat er iets aan de hand kan zijn, maar wetenschappelijk bestaat er nog geen onomstotelijk bewijs hieromtrent. Sterker nog, over de waarde van de indicaties is onenigheid. Dit komt onder andere omdat de methodes om de risico's in te schatten wetenschappelijk (nog) niet onomstreden zijn. Een gevolg hiervan is dat de waarschijnlijkheid dat de risico's rondom nanotechnologie zich kunnen verwezenlijken onbekend is.<sup>91</sup> En zo zou nanotechnologie gezien kunnen worden als één van de 'opvolgers' van het 'voormalige nieuwe

risico' asbest en één van de voorbeelden van een situatie waarin een *ex ante*-perspectief gewenst is.

De gedragsverplichtingen voor gebruikers van nanotechnologie kunnen voor een groot deel worden gebaseerd op Kelderluik-achtige overwegingen,<sup>92</sup> maar daarbij geldt wel dat de onzekerheid over zowel de voordelen als de risico's van de technologie een goede inschatting en afweging problematisch maken. Met dit gegeven in het achterhoofd zouden twee overwegingen van belang kunnen zijn. Dit zijn ten eerste een vrijheids criterium (heeft degene die het onzekere risico loopt, de keuzevrijheid om dat risico wel of niet te accepteren?) en daarnaast een controle criterium (wie heeft de meeste kennis en kunde om met de onzekerheid om te kunnen gaan?). Wanneer men deze overwegingen toepast op, bijvoorbeeld, de verhouding producent versus consument, dan is van belang wie de meeste controle en informatie over de onzekerheid en het risico heeft en de mate waarin degene die het onzekere risico loopt, dit vrijwillig doet.<sup>93</sup> Met betrekking tot het eerste punt: het is evident dat de producent of de ontwikkelaar de meeste informatie heeft over de toepassing van nanotechnologie.<sup>94</sup> Aan de andere kant is er voor consumenten de vrijheid om af te zien van het gebruik van producten met nanotechnologie. In die zin kan men betogen dat de vrijwilligheid aan de kant van de consument afgewogen kan worden tegen de controlemogelijkheid van de producent.<sup>95</sup>

Met deze overwegingen in het achterhoofd en op basis van bestaande jurisprudentie zou men kunnen concluderen dat er thans voor producenten al onderzoeksverplichtingen bestaan om de onzekerheid omtrent de risico's te reduceren.<sup>96</sup> Dit vloeit voort uit het gezichtspunt dat de producent de meeste controle over de onzekerheid en het risico heeft. Daarnaast kan, op basis van het 'vrijheids criterium' de verplichting bestaan voor producenten om consumenten of

92 Het voorzorgsbeginsel wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

93 Vgl. A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2010/25. Hij ziet ook een belangrijk element in de aard van de betrokken rechtsverhouding.

94 Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 29 338, nr. 105. Ook het kabinet wijst erop dat het derhalve logisch is om private partijen een belangrijke verantwoordelijkheid te bedelen, *Kamerstukken II* 2010/11, 29 338, nr. 105, p. 1.

95 Een belangrijke toevoeging hierbij is wel dat om van vrijwilligheid te kunnen spreken, de consument informatie moet hebben over de onzekerheid en de risico's. Het is degene met de controle of macht over het risico die deze informatie heeft, de producent. Om daadwerkelijk van vrijwilligheid te spreken moet dit machtsverschil worden opgeheven, bijv. via (versterkte) informatieplichten. Daarbij kan echter weer een vervolgvraag worden gesteld: in hoeverre leidt een informatieplicht tot de gewenste gedragsverandering bij consumenten? Zie hierover W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, 'Inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 24-27 (hierna: Van Boom, Giesen & Verheij 2008); M.R. van Dam, 'Taalperikelen in verzekeringsland', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijke recht*, Den Haag: Bju 2012, p. 177-237.

96 Vgl. HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/159 (*Koolhaas/Rockwool*). Zie ook Van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001, p. 3-12 (over een onderzoeksverplichting); Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel* (dissertatie Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 481 e.v. Vgl. ook: HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw-De Schelde I*); HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Dijkverschuiving Wilnis*).

89 Bijv. HvJ EU 24 november 2011, nr. C-70/10, *Mediaforum* 2012-3, p. 93, m.nt. S. Kulk en F.J. Zuiderveen Borgesius (*Scarlet/SABAM*). Hierover ook N. Helberger & J. van Hoboken, '(Fast)food for thoughts: de uitspraak van het Hof van Justitie in de Scarlet/Sabam-zaak', *NTER* 2012-2, p. 75. Zie ook HvJ EU 16 februari 2012, nr. C-360/10 (*SABAM/Netlog*).

90 Over nanotechnologie en aansprakelijkheidsrecht zie ook L. Vogelesang-Stoute, J. Popma & M. Aalders, 'Is onze regelgeving "nanoproof"?', *NJB* 2011/1258, p. 1608-1615.

91 Zie De Jong 'Tussen fabel en feit, over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011, p. 2836 e.v., met verwijzingen.

consumentorganisaties te informeren over de onzekerheid en de eventuele risico's. Verder kunnen beslissingen over meer fysieke maatregelen worden genomen nadat er meer bekend is over de risico's. Dit betekent aldus dat de hierboven geformuleerde verplichtingen alleen kunnen gelden voor een bepaalde periode: de periode waarin er nog sprake is van een onzeker risico.<sup>97</sup> Vragen rijzen echter ook: moeten alle producenten onderzoek doen? En geldt dat dan voor alle onzekere risico's? En geldt dat ook voor andere maatschappelijke problemen, zoals ecologische schade of klimaatverandering?

**5. Belang van deze analyse en resterende onderzoeksvragen**

**5.1 Wat betekent dit alles nu voor het aansprakelijkheidsrecht?**

Maatschappelijke ontwikkelingen en/of innovaties kunnen een stuwende werking hebben ten opzichte van de bewegingen in het aansprakelijkheidsrecht, zo heeft het verleden uitgewezen. De vraag die hier centraal stond was: waar zit ruimte om tot beweging binnen het aansprakelijkheidsrecht te komen, en welke externe ontwikkelingen en knelpunten zullen thans en in de komende jaren kunnen leiden tot significante beweging(en) binnen het aansprakelijkheidsrecht? In het kader van die vraag hebben wij een viertal brede ontwikkelingen onderscheiden die gaande zijn waarvan wij verwachten dat ze nu en in de nabije toekomst voor beweging binnen het aansprakelijkheidsrecht kunnen zorgen. Genoemd zijn globalisering, privatisering, innovatie en internationalisering/europeanisering van het recht (§ 2). Vervolgens hebben wij een aantal manieren, door ons ook technieken genoemd, onderscheiden waarop het aansprakelijkheidsrecht in beweging kan komen (§ 3). Dit hebben we toegelicht aan de hand van een aantal concrete voorbeelden (§ 4). Die voorbeelden laten zien hoe we, inspeland op die ontwikkelingen, veelal daadwerkelijk tot bewegingen in het aansprakelijkheidsrecht kunnen en zullen geraken.

De vraag die logisch uit het voorgaande voortvloeit maar nog onbeantwoord is, is wat dit alles nu concreet betekent voor ons aansprakelijkheidsrecht en de gebruikers daarvan (procespartijen, advocaten, rechters, wetenschappers en de samenleving). Met name ook de vraag wat een en ander betekent voor de civiele rechter die met dit aansprakelijkheidsrecht moet werken, is interessant omdat in het aansprakelijkheidsrecht de civiele rechter degene is die het voortouw neemt (heeft gekregen) als het om doorontwikkelen van dat rechtsgebied gaat.<sup>98</sup> In het antwoord op die vraag schuilt ook meteen het (praktische en wetenschappelijk) belang van onze analyse.

Welnu, de algemene noemer van de besproken concrete voorbeelden is dat deze maatschappelijke ontwikkelingen

zich langs diverse wegen of technieken – we bespreken er vier – kunnen vertalen in nieuwe vormen of varianten van aansprakelijkheid. De civiele rechter is diegene die uiteindelijk deze vertaalslag in het takenpakket heeft, gestuurd door procespartijen en advocatuur uiteraard. Daardoor zullen de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht (verder) opgerekt of in elk geval verkend (kunnen) worden: het aansprakelijkheidsrecht verandert, breidt uit, het dijt uit. Nieuwe eisers en nieuwe gedaagden melden zich aan de poort. Daar is principieel niet per se iets mis mee – hoewel de druk op het systeem daardoor wel kan groeien<sup>99</sup> – want dergelijke veranderingen betekenen (ook) dat het recht 'bij de tijd' blijft, mee evolueert met wat in de samenleving gebeurt die datzelfde recht wil reguleren. Dat inzicht is waardevol, zij het (wellicht) niet verrassend. Maar er is meer.

Vroegtijdige erkenning (en herkenning) van dit ontwikkelingsproces – ongeacht of dit is ingegeven door een specifieke ontwikkeling of door een concrete casus die om een antwoord vraagt – biedt de betrokkenen – en uiteindelijk de rechter – eerder en beter inzicht in de vraag wanneer, hoe en langs welke route (techniek) het aansprakelijkheidsrecht beweegt, of zou kunnen of moeten bewegen. Het biedt ook inzicht in de richting waarin het aansprakelijkheidsrecht zich lijkt te ontwikkelen. Reflectie over dit proces kan nieuwe kennis genereren, of in elk geval nieuwe mogelijkheden én onmogelijkheden doen uitkomen. Welke typen nieuwe zaken zijn de poging – en dus niet langer: de gok – waard, en welke niet? Heel concreet: alsnog proberen om affectieschade door de civiele rechter toegekend te krijgen, lijkt in Nederland een 'no go area', maar is dat allicht niet als de internationalisering van het recht daarbij nader betrokken wordt. Evenzeer: een commerciële verhuurder van een appartementencomplex verantwoordelijk stellen voor schade door criminele handelingen van anderen in en rondom dat complex, is op het eerste gezicht een vergezicht, maar misschien ook wel dichterbij dan gedacht gegeven de privatiseringstendens in het (voorheen) publieke domein. Op algemener niveau weer: vanuit de additionele kennis die denken in termen van maatschappelijke veranderingen en juridische technieken genereert, kan een (meer beredeneerde en dus verbeterde) blik op de toekomst geworpen worden, wordt voorspellen van ontwikkelingen wellicht minder een spel van 'koffiedik kijken' en meer een oefening in vooruitkijken. Het levert meer inzicht in welke claims van wie tegen wie over vijf of tien jaar tot de (on)mogelijkheden behoren; het creëert meer bewustzijn bij betrokkenen over wat wel en niet kan. Dat toegenomen besef heeft meerwaarde.

Los daarvan is het ook voor het aansprakelijkheidsrecht op zichzelf goed als maatschappelijke ontwikkelingen enigszins eenvoudig ingebed of ten minste verdisconteerd (en vervolgens afgewezen) kunnen worden. Hiervoor is al gebleken dat die ontwikkelingen langs de band van diverse

97 Zie ook HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*).

98 Zie § 1.2. Zie o.a. ook T. Hartlief, 'Voorwaarts met het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2006/1959, p. 2521; T. Hartlief, 'Stilstand en vooruitgang in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2006/37, p. 2107.

99 Zie in dit verband Faure & Hartlief, 'Het kabinet en de claimcultuur', *NJB* 1999, p. 2009-2015 en Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, afl. 16 (met name) p. 832-834, over de negatieve én positieve aspecten van een claimcultuur.

technieken in het systeem ingevlochten worden. Daarmee laat het aansprakelijkheidsrecht zijn 'technische' (instrumentele) kant zien; het recht biedt ons technieken die ruimte geven aan maatschappelijke veranderingen, die maatschappelijke problemen inkapselen waar nodig. En daarmee toont het aansprakelijkheidsrecht dan ook meteen zijn maatschappelijke kant.

### 5.2 Resterende onderzoeksvragen

De hier gepresenteerde analyse probeert een verband te laten zien, qua beweging tussen maatschappelijke en technologische ontwikkelingen en (vervolgens) het aansprakelijkheidsrecht. Maar daarmee zijn we, en is de beslissende civiele rechter, er uiteraard nog niet, want die constatering, dit zo blootgelegde ontwikkelingsproces, beantwoordt op zichzelf lang niet alle concrete vragen. Nader onderzoek is nodig, waarbij buiten de bestaande kaders moet worden gedacht. Het gaat om grote ontwikkelingen (globalisering, verschuiving publiek naar privaat, gevolgen van innovatie, en internationalisering/europeanisering) met grote effecten op het aansprakelijkheidsrecht. Dat vraagt om 'multidimensionaal' onderzoek.<sup>100</sup>

Dat onderzoek zou zich kunnen (en moeten) richten op bijvoorbeeld – de lijst zou eenvoudig langer gemaakt kunnen worden – de volgende 'grote' vragen:

- of en in hoeverre de verzorging van voorheen publiek geregelde voorzieningen daadwerkelijk tot andere (verhoogde) verantwoordelijkheden zal leiden voor de nu private aanbieders;
- of en in hoeverre de overheid een (juridische) verantwoordelijkheid heeft (en daardoor wellicht aansprakelijk kan worden gesteld) bij een verdere verschuiving van publiek naar privaat;
- of en in hoeverre 'nieuwe risico's' nog wel via ons reguliere aansprakelijkheidsrecht te verdisconteren zijn, en op welk moment dan;
- of en in hoeverre het aansprakelijkheidsrecht een meer *ex ante*-oriëntatie zou moeten krijgen; en
- of en in hoeverre het Unierecht en het EVRM ons eigen aansprakelijkheidsrecht inderdaad wezenlijk zullen veranderen, qua normstellingen en qua schadeposten, of zelfs qua grondslagen en beginselen.<sup>101</sup>

En specifiek onder meer:

- of en in hoeverre 'public interest litigation' werkelijk zal aanslaan in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht;
- of en in hoeverre een slachtoffer (en wie zijn dat dan allemaal?) op bepaalde terreinen (zoals bij rampen of misstanden in de semipublieke sector) altijd bij de

overheid als een soort 'defendant of last resort' terecht zou moeten kunnen;

- of en in hoeverre moedermaatschappijen van multinationals in Nederland nu immuun zijn voor claims inzake het gedrag van dochtermaatschappijen elders;
- of en in hoeverre bestuurders van semipublieke organisaties eerder of anders aansprakelijk te houden zijn dan 'gewone' bestuurders;
- of en in hoeverre internettussenpersonen aan te spreken zijn voor wat internetgebruikers met of via internet aan schade aan anderen toebrengen;
- of en in hoeverre de verantwoordelijkheid voor de schadelijke kanten van nanotechnologie rechtvaardig te spreiden is; en
- of en in hoeverre het begrip 'persoonsaantasting' eigenlijk nog wel ruimte voor uitbreiding in zich bergt.

Het zijn even boeiende als lastige vragen; het zijn ook vragen waarvan we nu al kunnen voorspellen dat ze op enig moment beslist moeten gaan worden door de wetgever, of waarschijnlijker de civiele rechter.

### 6. Slot

Voor diegenen die met het aansprakelijkheidsrecht bezig zijn – we denken niet alleen aan wetenschappers, maar vooral aan (letselschade-)advocaten, verzekeraars, rechters, en uiteraard ook de wetgever – biedt het hier beschreven traject of proces van maatschappelijke ontwikkelingen, technisch-juridische mogelijkheden en vervolgens wellicht nieuwe bewegingen in het aansprakelijkheidsrecht, meer kennis over en meer besef van de (on)mogelijkheden van dat aansprakelijkheidsrecht. Met dat extra, vervroegde inzicht is in potentie veel winst te halen, door al diegenen die het aansprakelijkheidsrecht willen of moeten benutten en toepassen, nu en in de toekomst.

<sup>100</sup> Over inhoud en betekenis van het begrip multidimensionaal onderzoek I. Giesen, *Handle with care! de waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Bju 2005; Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

<sup>101</sup> Zie over de termen 'grondslagen' en 'beginselen' Emaus 2013, p. 13 en 102-105.