

Beretrots op het personen-schaderecht anno 2024?

*Prof. mr. T. Hartlief**



1 Inleiding

De LSA is 35 jaar oud. Reden om trots te zijn als een pauw, of apetrots, maar beretrots mag natuurlijk ook. De LSA staat als een huis in het personenschaderecht dat zij gedurende haar bestaan tot ontwikkeling heeft zien komen. Daarbij heeft zij niet alleen aan de zijlijn staan toe te kijken, zij heeft met haar leden ook een bijdrage geleverd door de agendering van thema's (in het kader van de Symposions, maar zeker ook in individuele procedures) en door te streven naar verbetering van de afwikkeling

* Prof. mr. T. (Ton) Hartlief is A-G bij de Hoge Raad en hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

van personenschade in overleg en samenwerking met overheid en andere hoofdrolspelers. Lange tijd had de LSA daarbij de wind mee: de rechtsontwikkeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht vond eerst en vooral plaats in de rechtspraak van de Hoge Raad op het vlak van de personenschade, en dat trok ook de aandacht van de wetenschap. In de literatuur stond de personenschade dan ook regelmatig in de schijnwerpers en dat leverde inspiratie voor nieuwe onderwerpen en vragen op. De LSA ging zo mee op de golven van rechtsvorming door de Hoge Raad op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht. De personenschade stond daarbij in de frontlinie:¹ juist op dat vlak kon regelmatig een nieuw staaltje van rechterlijke rechtsvorming worden bijgeschreven. Daarvan profiteerden niet alleen degenen die door personenschade werden getroffen, vrijwel alle ontwikkelingen stonden in het teken van verbetering van hun positie, maar ook de vakgebieden: uiteraard het personenschaderecht zelf maar ook de andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht. Het personenschaderecht wees bij wijze van spreken de weg.

Dat is, ik kom daar nog op terug, inmiddels wel veranderd. Het ‘gebeurt’ op dit moment op andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht en niet werkelijk meer in de sfeer van de personenschade. Via de aansprakelijkheid van banken en andere financiële dienstverleners in verband met financiële (massa)producten zijn we inmiddels terechtgekomen in de wereld van data en persoonsgegevens, waarbij onder meer de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en op de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) terug te voeren collectieve schadevergoedingsacties in beeld zijn. De beoefenaren van het personenschaderecht doen er verstandig aan deze ontwikkelingen met meer dan een schuin oog te volgen, omdat deze ook voor het terrein van het personenschaderecht betekenis kunnen hebben, bijvoorbeeld in verband met oplossingen voor causaliteitsonzekerheid, verjaringskwesaties, schadebegrtingsproblemen en smartengeldvraagstukken.

Kunnen we nu ‘beretrots’ zijn op het actuele personenschaderecht? Dat is wat mij betreft de vraag. Bij de beantwoording van die vraag ga ik niet uitgebreid stilstaan bij de afgelopen 35 jaar. Ik houd het bij een korte terugblik die tegelijkertijd een aanloop is in verband met het

¹ Zie bijv. S.D. Lindenberg & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Mon BW B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 1.

hoofdthema (par. 2-4). Bij eerdere, tamelijke recente, gelegenheden heb ik al teruggekeken en ook nog wat vooruitgedacht.² In 2020 (*LSA Revisited: welke lessen zijn er nog te leren?*) werd een aantal grote thema's, die eerder op de agenda van een LSA Symposium stonden, herbezoekt. In mijn inleiding heb ik toen een balans opgemaakt op basis van 30 jaar LSA Symposions.³ Vlak daarna brak de coronacrisis uit en dat had ook gevolgen voor de LSA: achteraf gezien heeft alleen deze 'weergaloze' crisis haar uit haar evenwicht kunnen brengen. In 2021 was er voor het eerst in haar bestaan immers geen Symposium en kwam ook geen boekje uit. Ook 2022 danste uit de rij: er was weliswaar weer een Symposium en uiteraard ook een boekje, maar het Symposium vond in juni plaats (*Waar blijft de tijd?*). Mijn inleiding, die deels een kroniek van de twee jaar daarvoor was, stond vooral in het teken van oorlog en crisis en de betekenis daarvan voor de personenschade. Zij eindigde vrij somber: zou onze toekomst nog altijd kunnen worden afgeleid uit het recente verleden (dat is wat we toch meestal doen: reeds ingezette lijnen doortrekken) of zouden juist disruptieve ontwikkelingen onze toekomst gaan beheersen? Wat mij betreft paste de verzuchting 'waar blijft de tijd?' minder goed bij de situatie dan de bezorgde vraag: 'waar gaat dit heen?' Ruim een half jaar later werd de draad weer gewoon opgepakt; dat betekende dat we in januari 2023 alweer een Symposium en enige tijd later een boekje (*Over de grens?!*) konden bijschrijven. In 2023 ging de aandacht onder meer uit naar de ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot arbeidsgerelateerde schade die tot afbakningsproblemen leiden, grensoverschrijdende ongevallen, het grensvlak met het strafrecht en de strafrechter en zelfrijdende auto's en recht en techniek in verband met *deepfakes*.⁴ De LSA probeert in ieder geval, zoveel maken die laatste thema's duidelijk, bij de tijd te blijven.

Ik kan hier nu aanknopen bij mijn inleiding in 2022: misschien nog wel meer dan op dat moment lijkt het verstandig ervan uit te gaan dat disruptieve ontwikkelingen onze nabije toekomst én onze agenda

2 T. Hartlief, 'LSA Revisited, welke lessen zijn er nog te trekken?', in: T. Hartlief e.a., *LSA Revisited: welke lessen zijn er nog te leren?*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 11 e.v.

3 T. Hartlief, 'Waar blijft de tijd?', in: T. Hartlief e.a., *Waar blijft de tijd?*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 11 e.v.

4 A. Kolder e.a., *Over de grens?!*, Den Haag: Boom juridisch 2023.

gaan beheersen.⁵ Voor het personenschaderecht geldt dat tot op zekere hoogte ook. Ik zal hierna iets meer uitwerken dat het rust is aan het rechtsvormingsfront, grote ingrepen door de Hoge Raad op het terrein van de personenschade zijn niet meer te verwachten, niet alleen omdat zeer veel op dit terrein al is uitgekristalliseerd maar ook, zo is mijn inschatting, omdat een aantal avonturen de Raad minder goed bekomen is (omkeringsregel, art. 7:611-verzekeringplicht, *Hangmat*). Uiteraard gaat de normale rechtsontwikkeling door (nieuwe gevallen⁶ of inzichten,⁷

-
- 5 T. Hartlief, 'Liniaal, wichelroede, ijskast en prullenbak', *NJB* 2024, afl. 3, p. 171.
- 6 Zo worden in de literatuur verschillende nieuwe gevallen (en mogelijk zelfs nieuwe aansprakelijkheden) in beeld gebracht. Het gaat daarbij onder meer om fertiliteitsfraude en andere vormen van schade door de technologisering van de voortplanting. Zie C.C. de Kluiver, 'Fertiliteitsfraude in de Nederlandse rechtsorde', *NJB* 2022, afl. 40, p. 3286 e.v., B.A. Hopman, 'Het recht op schadevergoeding van kinderen voor preconceptionele fouten', *Letsel & Schade* 2023, afl. 3, p. 13 e.v. en L. ten Haaf, 'Birth rights and wrongs. Nieuwe vormen van schade door de technologisering van voortplanting', *Ars Aequi* 2023, afl. 11, p. 822 e.v. En ook aan fouten gemaakt bij transgenderzorg kan worden gedacht. Vgl. J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C. Hoekstra, 'Transgenderzorg aan kinderen. Juridische bedenkingen bij het *Dutch Protocol* (2018)', *NJB* 2023, afl. 25, p. 2058 e.v. Ik noem in de sfeer van (mogelijke) nieuwe verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden ook nog S. in 't Veld, 'De bijdrage van een supermarktconcern aan een gezonde voedselomgeving juridisch afdwingbaar?', in: M. de Groot, M.W. Scheltema & I. van der Zalm (red.), *Toekomstig privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 159 e.v. en J.F. Roth, 'Vapen: snoepwinkel van de tabaksindustrie', *Letsel & Schade* 2023, afl. 4, p. 3 e.v.
- 7 Ik wijs hier in de eerste plaats op T.E. de Wijkerslooth-van der Linden, *Voor risico van de ondernemer. Over de betekenis van het ondernemersrisicobeginsel in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023, die een lans breekt voor het ondernemersrisicobeginsel, dat ertoe kan leiden dat ondernemers sneller aansprakelijk zijn dan een ander (verlaging van de aansprakelijkheidsdrempel). Het proefschrift beperkt zich niet tot het terrein van de personenschade, maar schenkt ook ruim aandacht aan kwalitatieve aansprakelijkheden en de daaraan ten grondslag liggende *rationes*. In de tweede plaats wijs ik op een pleidooi voor het opwaarderen van een 'oude' aansprakelijkheidsgrondslag, zaakwaarneming, omdat deze aansprakelijkheid kan opleveren in gevallen waarin zij bij toepassing van de 'normale' gronden ontbreekt. Zie H. van Gennep, 'Zaakwaarneming door uitwijken in het verkeer. Over de vordering van de bestuurder tegen een fietser of voetganger', *VR* 2023, afl. 11, p. 322 e.v. en ook H. van Gennep, 'Vriendendiensten zijn doorgaans zaakwaarneming. Over de aansprakelijkheid van de belanghebbende', *NTBR* 2023, afl. 2, p. 51 e.v.

nieuwe regelgeving⁸), maar spektakel verwacht ik voorlopig alleen bij disruptie, zeg maar een *game changer*.

- 8 Het is evident dat de ontwikkelingen steeds vaker door ‘Brussel’ worden bepaald. Aan het front van de kwalitatieve aansprakelijkheden is het op dit moment de EU die de toon zet, zowel met een modernisering van de richtlijn productenaansprakelijkheid als met (ontwerp)regels over de aansprakelijkheid voor AI. Zie voor het eerste thema bijv. J.F. Roth & M.J.J. de Ridder, ‘Nieuwe richtlijn productaansprakelijkheid belangrijk voor letselschadepraktijk’, *Letsel & Schade* 2022, afl. 4, p. 3-4, K.A. Jelsma & M. Aviri Bavandpour, ‘Modernisering van de productaansprakelijkheidsrichtlijn: innovatief en baanbrekend?’, *TVP* 2023, afl. 1, p. 32 e.v., L.F. Dröge & O.J. Tijhuis, ‘Herziening van de richtlijn productaansprakelijkheid. Maakt het herzieningsvoorstel de gestelde doelen waar?’, *MvV* 2023, afl. 2, p. 63 e.v. en R.L. Markus & Y. el Ghaddar, ‘De nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid ontward: belangrijkste wijzigingen en impact op collectieve acties en de verzekeringsbranche in kaart gebracht’, *AV&S* 2023, afl. 4, p. 120 e.v. En zie voor het tweede thema bijv. J.H. Staaldin, ‘Medische aansprakelijkheid en AI. Welke wegen leiden naar Rome? Overzicht, analyse en vraagstukken’, *NJB* 2022, afl. 32, p. 2573 e.v., R.P. Santifort, I. Ezzamouri & G. van Dijk, ‘De EU AI Act: de toekomst is (bijna) hier. De verplichtingen van de AI Act voor (hoog risico) AI-systemen’, *NJB* 2023, afl. 36, p. 3134 e.v., T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘EU-regelgeving over aansprakelijkheid voor AI’, *WPNR* 7441 (2024), p. 1-2 en R. Jessen, ‘Op het snijvlak van technologie, zorg en recht: aansprakelijkheid van het ziekenhuis bij gebrek van besluitvormingsalgoritmen’, *TvGR* 2024, afl. 1, p. 33 e.v. Zowel *NTBR* als *VR* hebben aan productenaansprakelijkheid themanummers gewijd, waarin overigens soms ook AI aan de orde komt. Zie onder meer M.J.J. de Ridder, ‘Het bewijs van gebrekkigheid en causaal verband bij complexe producten in het voorstel voor een nieuwe productaansprakelijkheidsrichtlijn’, *NTBR* 2023, afl. 9, p. 356 e.v., P.W.J. Verbruggen, ‘Theoretische rechtvaardigingen voor het personele toepassingsbereik van het voorstel voor een nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid’, *NTBR* 2023, afl. 9, p. 365 e.v., G.M. Veldt, ‘Empirische fundamente van het personele toepassingsbereik van het productaansprakelijkheidsvoorstel in relatie tot e-commerce’, *NTBR* 2023, afl. 9, p. 375 e.v., T.J. de Graaff, ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen’, *NTBR* 2023, afl. 9, p. 388 e.v., W.C.T. Weterings, ‘Productaansprakelijkheid, (regres)claims en verzekering. De verzekeringsaspecten van het voorstel voor een herziene productaansprakelijkheidsrichtlijn vanuit rechtseconomisch perspectief’, *NTBR* 2023, afl. 9, p. 421 e.v., K.A.P.C. van Wees & N.E. Vellinga, ‘Voorstel nieuwe richtlijn productaansprakelijkheid. Naar een toekomstbestendig productaansprakelijkheidsrecht?’, *VR* 2023, afl. 7-8, p. 194 e.v., R.W. de Bruin, ‘Nieuwe productaansprakelijkheidsregels en AI: goed voor innovatie en acceptatie?’, *VR* 2023, afl. 7-8, p. 200 e.v., J. Sap, ‘Keuzestress: enige aantekeningen bij de keuze van de aansprakelijk te stellen producent’, *VR* 2023, afl. 7-8, p. 207 e.v. en J.T. Hiemstra, ‘Productaansprakelijkheid bij massaschade’, *VR* 2023, afl. 7-8, p. 213 e.v.