

Is producten- aansprakelijkheid nog een risicoaansprakelijkheid? Nieuwe ontwikkelingen in het Amerikaanse recht

1. Inleiding

De aansprakelijkheid voor gebrekkige producten is een risicoaansprakelijkheid. De producent kan niet aan aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat hij zijn uiterste best pleegt te doen, en in casu ook heeft gedaan. De combinatie van gebrek, schade en causaal verband zijn voldoende om hem aansprakelijk te doen zijn. Het gaat, anders gezegd, om de (on)veiligheid van het product, en niet om de (on)zorgvuldigheid van de producent. Traditioneel pleegt men op dit uitgangspunt van de risicoaansprakelijkheid slechts als uitzonderingen te noemen de zes verweren van art. 6:185 lid 1 BW. In dit artikel willen wij bezien of dit uitgangspunt – productenaansprakelijkheid is een risicoaansprakelijkheid – (nog) wel juist is. We richten ons daarbij vooral op het gebrek en we doen dat tegen de achtergrond van de nieuwe Amerikaanse Restatement voor productenaansprakelijkheid. Vooraf eerst een kort overzicht van de stand van zaken in Europa (paragraaf 2) en de Verenigde Staten (paragraaf 3).

2. Het gebrekcriterium

In ons recht is de regeling inzake productenaansprakelijkheid opgenomen op grond van een EG-richtlijn van 1985.¹ De Richtlijn is per 1 november 1990 in ons recht omgezet en is thans neergelegd in afdeling 6.3.3 van het BW.² Art. 6:185 lid 1 stelt de producent aansprakelijk voor de schade die is veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Hieruit volgt dat de aansprakelijkheid van de producent is gebaseerd op het beginsel van risicoaansprakelijkheid; schuld van de producent behoeft immers niet te worden bewezen.

De hoofdregel van art. 6:186 zegt dat een product gebrekkig is, indien het niet de veiligheid biedt die men er redelijkerwijze van mocht verwachten. Voor de vaststelling hiervan dient met alle relevante omstandigheden rekening te worden ge-

houden. In het bijzonder worden genoemd de presentatie, het redelijkerwijs te verwachten gebruik en het tijdstip dat het product in het verkeer is gebracht (art. 6:186 lid 1). Als nadien een beter product in het verkeer is gebracht, leidt dat niet direct tot gebrekkigheid van het eerdere product (art. 6:186 lid 2).

Het is niet zo dat pas door de Richtlijn het gebrekigheidcriterium in het leerstuk van de producten-aansprakelijkheid is geïntroduceerd. Ook in het productenaansprakelijkheidsrecht dat was gebaseerd op de algemene regeling van de onrechtmatige daad speelde de gebrekkigheid een belangrijke rol. Onder dat regime werd aansprakelijkheid niet bepaald door de onveiligheid van het product, maar door de onzorgvuldigheid van de producent. Als hulpmiddel om de zorgvuldigheidsnorm in te vullen werden daarbij verschillende soorten gebreken onderscheiden.³ Deze kunnen evenzo als hulpmiddel dienen bij de invulling van het gebrekcriterium van de Richtlijn. Normaliter onderscheidt men productiegebreken, ontwerpgebreken en presentatiegebreken.⁴

1. Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken (85/374/EEG), Pb. EG 7 augustus 1985, L 210/29; hierna: 'de Richtlijn'.

2. Vgl. respectievelijk Stb. 1990, 487 en Stb. 1991, 690.

3. L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid*, Deventer 1991, p. 143-144.

4. In ons land onder licht verschillende benamingen geïntroduceerd door G.H.A. Schut, *Produktenaansprakelijkheid*, Zwolle 1974, p. 19 e.v.; zie voorts A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, Zwolle 1991, p. 35 e.v.; Dommering-van Rongen, a.w. noot 3, p. 143-144 en enigszins afwijkend D.W.F. Verkade, M.Ph. van Sint Truiden en J.F.C. Maassen, *Produkt in gebreke*, Alphen aan de Rijn 1990, p. 63 e.v.

• *Productiegebreken* zijn gebreken die hun oorsprong vinden in het productieproces. Producten met een productiegebrek voldoen niet aan de specificaties die door de producent worden gehanteerd.⁵ Een productiegebrek zal veelal tamelijk eenvoudig zijn te bewijzen, daar het product in kwestie afwijkt van de overige door die producent vervaardigde producten.⁶

• *Ontwerpgebreken* zijn gebreken die hun oorsprong vinden in de (eerdere) ontwerp- of ontwikkelingsfase van het product. Alle producten voldoen in dat geval aan de door de producent gehanteerde specificaties; het zijn echter de specificaties zelf die de gebrekkigheid van het product veroorzaken. De producent kan een fout in de ontwerpfase maken door iets over het hoofd te zien; het is echter tevens mogelijk dat verschillende alternatieven voor het ontwerp zijn besproken en dat uiteindelijk bewust voor een bepaald ontwerp is gekozen.⁷

• *Presentatiegebreken* zijn gelegen in de verstrekte informatie bij of omtrent het product, zoals gebruiksaanwijzingen, bijsluiters en reclame. Tussen presentatiegebreken en ontwerpgebreken bestaat een verband. De door de producent gegeven waarschuwingen en instructies kunnen de keuze voor een bepaald ontwerp aanvullen. Hierdoor kunnen immers onvermijdelijk aan een bepaald ontwerp klevende gevaren aan de consument kenbaar worden gemaakt, hetgeen de mogelijke gebrekkigheid van dat product kan voorkomen.

3. Productenaansprakelijkheid in de Verenigde Staten: een korte inleiding

60

Bij de totstandkoming van de Richtlijn heeft de ontwikkeling van de productenaansprakelijkheid in het Amerikaanse recht als inspiratiebron gediend. Eigenlijk al vanaf het begin van deze eeuw heeft zich daar een ontwikkeling voorgedaan die in de eerste helft van de jaren zestig heeft geleid tot de aanvaarding van risicoaansprakelijkheid voor de producent van een gebrekkig product.⁸ De aanvaarding van de zogenoemde *strict liability in tort* in de jurisprudentie vond in 1962 plaats in de bekende uitspraak van de California Supreme Court *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*⁹ Ten minste zo belangrijk was de bevestiging en uitbreiding van deze uitspraak in § 402A Restatement (Second) of Torts.

Voordat wij de inhoud hiervan bespreken willen

5 Vgl. Verkade e.a., a.w. noot 4, p. 65.

6 Dommering-van Rongen, a.w. noot 3, p. 144.

7 Dommering-van Rongen, a.w. noot 3, p. 144-145.

8 Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling R.J.J.

Westerdijk, Produktenaansprakelijkheid voor software, Deventer 1995, p. 97-104.

wij eerst kort stilstaan bij het karakter van een Restatement. De Restatement of Torts maakt deel uit van de Restatement of the Law. Dit is een niet-wettelijke codificatie, waarin per rechtsgebied een samenvatting van de heersende leer met betrekking tot een bepaald leerstuk wordt gegeven. De Restatement of the Law wordt samengesteld door het onafhankelijke American Law Institute (hierna: 'ALI') met het doel om eenheid te brengen in het recht. Dat is van belang omdat iedere staat in beginsel zijn eigen recht kent. De vorm is als volgt: allereerst wordt een min of meer algemeen beginsel in de vorm van een 'wetsartikel' geformuleerd; vergelijk hieronder het citaat van § 402A. Vervolgens wordt in een toelichting, de zogenaamde *comments*, de ratio en een meer specifieke uitwerking en onderbouwing van het beginsel aangegeven. Door zijn niet-wettelijke karakter heeft een Restatement geen bindend karakter.

Het geldende recht op het gebied van de productenaansprakelijkheid werd in 1966 door The American Law Institute in § 402A als volgt weergegeven:

'Special liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

1. One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if
a the seller is engaged in the business of selling such a product, and
b it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

2. The rule stated in Subsection (1) applies although
a the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and
b the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.

Caveat:

The Institute expresses no opinion as to whether the rules stated in this Section may not apply

1. to harm to persons other than users or consumers
2. to the seller of a product expected to be processed or otherwise substantially changed before it reaches the user or consumer; or
3. to the seller of a component part of a product to be assembled.'

Het is goed te weten dat een Restatement formeel geen bindend karakter heeft. De rechter is vrij om zich in zijn uitspraken door (een gedeelte van) een Restatement te laten leiden. Het belang dat in de jurisprudentie aan een (gedeelte van) een Restatement wordt gehecht, kan derhalve per

paragraaf verschillen. § 402A is wat dat betreft één van de succesverhalen van de Restatement of the Law, aangezien het in vrijwel alle *state* en *federal cases*¹⁰ als leidend beginsel op het gebied van de productenaansprakelijkheid wordt aanvaard.¹¹

Onder vigeur van § 402A heeft de productenaansprakelijkheid zich in het Amerikaanse recht ontwikkeld tot een populair leerstuk voor benadeelden om hun schade vergoed te krijgen. Het predikaat risicoaansprakelijkheid en de daarmee verbonden betekenis hebben hiertoe ongetwijfeld bijgedragen. Ook aan Europa is deze specifieke strenge vorm van aansprakelijkheid niet ongemerkt voorbij gegaan. Zo hebben zowel de Raad van Europa als de Europese Commissie, geïnspireerd door het Amerikaanse recht, in de loop van de jaren tachtig voorstellen gedaan voor een soortgelijke vorm van aansprakelijkheid, met de Richtlijn als resultaat.

4. Restatement of the Law Third – Torts: Products Liability

Het is evenwel de vraag of de relatie met het Amerikaanse productenaansprakelijkheidsrecht in Europa c.q. Nederland niet een enigszins vertekend beeld geeft van de aard van de aansprakelijkheid. Hoewel de tekst van § 402A immers risicoaansprakelijkheid suggereert, geeft de jurisprudentie een meer genuanceerd beeld te zien. Dit is recentelijk ook tot uitdrukking gekomen in de nieuwste Restatement met betrekking tot *products liability*.

Zoals gezegd stamt § 402A uit 1966. Uiteraard heeft het Amerikaanse recht zich inmiddels verder ontwikkeld, hetgeen voor het American Law Institute aanleiding was om in 1992 tot een derde revisie van de Restatement of Torts te besluiten. Eerste project hierbij was de vernieuwing van § 402A. Als Reporters werden prof. James A. Henderson, Jr. en prof. Aaron D. Twerski aangesteld, die nog in 1992 een voorstel voor de revisie van § 402A publiceerden.¹² Inmiddels zagen sinds 1994 drie Tentative Drafts het licht, en is in 1997 een Final Draft¹³ gepubliceerd en door het voltallige American Law Institute op 20 mei 1997 op de jaarlijkse vergadering besproken. Daarbij zijn amendementen, afkomstig van zowel de Reporters als van leden van het ALI, besproken en vastgesteld. Onder voorbehoud van het aanbrengen van de inhoudelijke wijzigingen en eventueel daarmee verband houdende discussies is de Final Draft van 1997 als zodanig vastgesteld; een definitieve officiële tekst is op 6 mei 1998 gepubliceerd.¹⁴

De nieuwe weergave van de stand van zaken op

het gebied van de productenaansprakelijkheid geeft een handzame samenvatting van de ontwikkelingen die zich sinds 1966 in de Amerikaanse jurisprudentie hebben voorgedaan. § 1 formuleert het algemene beginsel van aansprakelijkheid aldus:

'Liability of Commercial Seller or Distributor for Harm Caused by Defective Products

One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes a defective product is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect.¹⁵

Vervolgens valt in § 2 op dat de nieuwe Restatement sterk leunt op het hiervoor in paragraaf 2 genoemde onderscheid tussen productie-, ontwerp- en presentatiegebreken en daaraan verschillende niveaus van aansprakelijkheid koppelt:

'Categories of Product Defect

A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:

- (a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;
- (b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative

9. 377 P.2d 897 (1962).

10. Federal cases hebben betrekking op zaken waarbij de Amerikaanse staat partij is, waarop federaal recht van toepassing is, of waarbij burgers uit verschillende staten zijn betrokken en het geschil meer dan \$ 50.000 betreft. Andere zaken zijn in beginsel state cases. Vgl. E.A. Farnsworth, An introduction to the legal system of the United States, New York 1996, p. 37-44.

11. Vgl. J.A. Henderson & A.D. Twerski, A proposed revision of section 402A of the Restatement (Second) of Torts, Cornell Law Review 1992, p. 1512. Zij verwijzen o.m. naar een brief van een medewerker van het American Law Institute, waarnaar deze stelt dat § 402A de meest geciteerde sectie is van alle Restatements. De auteurs geven vervolgens de voorzichtige schatting dat § 402A in meer dan 3000 gepubliceerde uitspraken is aangehaald.

12. Henderson/Twerski, a.w. noot 11, p. 1512-1557.

13. The American Law Institute, Restatement of the Law Third – Torts: Products Liability, Proposed Final Draft (April 1, 1997), hierna: 'Restatement 1997'.

14. Zie in algemene zin de website van het ALI 'www.ali.org' alsmede ten tijde van het finaliseren van dit artikel eind mei 1998 voor een korte weergave van discussies, amendementen en de verdere planning op die website 'www.ali.org/ali/amaction.htm' en 'www.ali.org/ali/amupdate.htm'.

15. Restatement 1997, p. 1.

design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;

(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.¹⁶

In de volgende paragrafen zullen wij nader ingaan op de verschillende typen van gebreken en het daarbij behorende niveau van aansprakelijkheid.

5. Aansprakelijkheid voor productiegebreken

De aansprakelijkheid voor productiegebreken kan als een 'echte' risicoaansprakelijkheid worden gekwalificeerd: zelfs als de producent of andere deelnemer aan de distributieketen alle mogelijke zorg heeft besteed aan de vervaardiging van zijn product is hij aansprakelijk in geval van een productiegebrek. Een rechtvaardiging hiervoor is dat het gebrekkige product afwijkt van de eigen specificaties van de producent en daardoor het meest duidelijk niet voldoet aan de verwachtingen van consumenten.¹⁷

De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht speelt hier een belangrijke rol. De gedachte is dat een producent, doordat hij snel aansprakelijk kan worden gesteld, eerder geneigd zal zijn om te investeren in maatregelen die de productveiligheid bevorderen. Voorts wordt aangenomen dat de verkoop van gebrekkige producten wordt geremd, doordat de kosten van aansprakelijkheid zijn verwerkt in de prijs van het product.

Tenslotte speelt de redelijkheid, vooral in de bewijslastverdeling, een rol. Ook indien de benadeelde er niet in slaagt om aan te tonen dat de kwaliteitscontrole van de producent de daarvoor geldende *risk-utility* normen haalt, dient aansprakelijkheid van de producent niet in alle gevallen te worden afgewezen. In zoverre speelt risicoaansprakelijkheid eenzelfde rol als *res ipsa loquitur*,

die bij het algemene onrechtmatige daadsrecht – *negligence* – tot een omkering van de bewijslast leidt.¹⁸

De bewijslast die op de benadeelde rust is als volgt: bewezen moet worden dat het productiegebrek bestond op het moment dat de producent het product in de distributieketen of op de markt bracht.¹⁹ De nieuwe Restatement komt de benadeelde voorts in bepaalde gevallen verder tegemoet, vergelijk § 3:

'Circumstantial Evidence Supporting Inference of Product Defect

It may be inferred that the harm sustained by the plaintiff was caused by a product defect existing at the time of sale or distribution, without proof of a specific defect, when the incident that harmed the plaintiff:

(a) was of a kind that ordinarily occurs as a result of product defect; and

(b) was not, in the particular case, solely the result of causes other than product defect existing at the time of sale or distribution.²⁰

In de gevallen dat een beroep op deze bepaling kan worden gedaan zal veelal sprake zijn van een bepaald soort productiegebreken, namelijk een gebrek dat de beoogde functie(s) van het product duidelijk verhindert. Hiervan kan ook sprake zijn in geval van een ontwerpgebrek, zodat een beroep op de hier geboden verlichting van de bewijslast niet is beperkt tot gevallen waarin sprake is van een productiegebrek. Een beroep op § 3 zal echter alleen kunnen slagen indien sprake is van een gebrek dat de beoogde functie(s) van het product duidelijk verhindert.²¹ Niettemin betreft het hier een tegemoetkoming die de benadeelde onder het Nederlandse productenaansprakelijkheidsrecht minder gemakkelijk zal kunnen effectueren, al komt de mogelijkheid van verlichting van de bewijslast met betrekking tot de gebrekkigheid in het Gebroken colafles arrest dichtbij.²²

De conclusie van de excursie naar het Amerikaanse niveau van aansprakelijkheid voor productiegebreken is duidelijk en niet opzienbarend: net als in Nederland betreft het een echte risicoaansprakelijkheid.

6. Aansprakelijkheid voor ontwerpgebreken

Bij ontwerpgebreken gaat het om tekortkomingen in het ontwerp van het product die maken dat het niet de veiligheid bezit die men daarvan mag verwachten. Veel sterker dan bij productiegebreken – waar in het productieproces incidenten een overheersende rol spelen, zoals een haperende machine of een onoplettende medewerker –

16. Restatement 1997, p. 12.

17. Restatement 1997, p. 17.

18. Restatement 1997, p. 13.

19. Restatement 1997, p. 17.

20. Restatement 1997, p. 126.

21. Restatement 1997, p. 126-128.

22. HR 24 december 1993, NJ 1994, 214, vgl. de conclusie van A-G Hartkamp onder 7 (*res ipsa loquitur*).

heeft het ontwerpgebrek een structureel karakter. Het verschil tussen beide typen is, anders gezegd, dat bij productiegebreken het gebrek erin ligt dat het product beneden de eigen standaard van de producent blijft, terwijl bij ontwerpgebreken de standaard zelf leidt tot onredelijke onveilige producten.

Hoe stelt men vast of een product gebrekkig is ontworpen? Zoals we weten, verwijst de wet naar de veiligheidsverwachting die 'men' mag hebben. Het zal niet altijd gemakkelijk zijn om deze vast te stellen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het ongeval met een Nederlandse touringcar bij Winterberg. Zoals bekend geraakte deze door ijsvorming van de weg en landde op zijn dak. Achteraf bleek dat het aantal gewonden en doden waarschijnlijk minder had kunnen zijn, indien de bus een versterkte dakconstructie had gehad. Kan hier nu gebrekkigheid worden aangenomen? Dat zal uiteindelijk afhangen van de veiligheid die men van touringcars mag verwachten.

De regeling in de nieuwe Restatement is in paragraaf 4 reeds weergegeven. De bewijslast rust op de benadeelde: die zal moeten aantonen dat een redelijk alternatief mogelijk was geweest waardoor het voorzienbare risico van schade zou zijn verminderd. Het alternatief moet 'redelijk' zijn: van een product kan weliswaar een veiliger ontwerp mogelijk zijn, maar dat dient bij wijze van voorbeeld niet te resulteren in 'the most accident-proof and safe car' waarbij het ontwerp zou leiden tot een tank in plaats van een bus. Onder de nieuwe Amerikaanse Restatement zouden de reizigers waarschijnlijk geslaagd zijn in hun bewijs van het bestaan van een alternatief ontwerp: er zijn touringcars op de markt die wél over een versterkte dakconstructie beschikken. Voor de goede orde merken wij hier op dat *niet* van belang is of een veiliger ontwerp een nadelig effect zou hebben op de inkomsten van de producerende onderneming of op de werkgelegenheid in een bepaalde tak van industrie. Daarop gaan wij thans niet verder in.²³

De door de Reporters voorgestelde *alternative design test* is in Amerika met veel protest ontvangen: het zou hier geen risicoaansprakelijkheid en zelfs geen gewone schuld aansprakelijkheid betreffen, maar een vorm van 'super negligence'. De vraag is of deze kritiek op de nieuwe Restatement – de risicoaansprakelijkheid wordt omgeturnd tot een schuld aansprakelijkheid – terecht is. Voordat wij dieper ingaan op de voor- en nadelen van de *alternative design test* dienen echter ook de nuancerings in het systeem van de Restatement te worden geschetst.

Bij de diverse vergaderingen over de nieuwe Re-

statement is wel komen vast te staan dat de kern ervan – de *alternative design test* bij ontwerp- en presentatiegebreken – controversieel was. Het was nog nooit eerder voorgekomen dat over één bepaling in twee bijeenkomsten van het ALI meer dan 8 uur werd gedebatteerd.²⁴ Naar wij vermoeden bevat mede daarom de uiteindelijke versie een drietal uitdrukkelijke uitzonderingen op het systeem van § 2. Het vermoeden van gebrekkigheid zoals neergelegd in § 3 kwam hierboven reeds ter sprake; dit geldt ook bij ontwerpgebreken. Voorts vermeldt *comment e* bij § 2 dat, ondanks de afwezigheid van een redelijk alternatief, sprake kan zijn van gebrekkigheid indien het product een laag maatschappelijk nut paart aan een hoog risico. Men denke bijvoorbeeld aan een kinderpistooltje dat met harde rubberen kogels kinderen kan verwonden.²⁵

Ten slotte bevat de Restatement thans een tweede vermoeden van gebrekkigheid, in dit geval voor ontwerp- of presentatiegebreken, dat in § 4 is opgenomen:

'Noncompliance and Compliance with Product Safety Statutes or Regulations

In connection with liability for defective design or inadequate instructions or warnings:

- (a) a product's noncompliance with an applicable product safety statute or administrative regulation renders the product defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation; and
- (b) a product's compliance with an applicable product safety statute or administrative regulation is properly considered in determining whether the product is defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation, but such compliance does not preclude as a matter of law a finding of product defect.'

Deze uitzonderingen laten echter onverlet dat de *alternative design test* de te hanteren hoofdregel is. De tegenstanders hebben met name een probleem met de veronderstelde verschuiving van de bewijslast: om vast te stellen of er sprake is van een ontwerpgebrek, zal men al spoedig de vraag naar een mogelijk alternatief moeten stellen. Zij wijzen erop dat elke producent van zijn eigen product zal zeggen dat het ontwerp het meest veilige was ten tijde van het in het verkeer brengen, dat een alternatief ontwerp door geen andere pro-

23. Zie Restatement 1997, p. 24; vgl. verder Carel J.J.M. Stolker & David I. Levine, *The Reasonable Alternative Design Test: Back to Negligence*, *Consumer Law Journal* 1997, p. 41-47.

24. Zie het voorwoord van G.C. Hazard, Jr., Restatement 1997, p. xv.

25. Restatement 1997, p. 17, 22-23.

ducent in praktijk was gebracht of zelfs was overwogen.

Daar staat, aldus de schrijvers van de Restatement, tegenover dat als de benadeelde deskundigenbewijs aanbrengt waaruit blijkt dat een redelijk alternatief ontwerp praktisch gezien mogelijk was, de rechter tot het oordeel kan komen dat het bewuste product gebrekkig is. Daarbij zou het geenszins nodig zijn dat de benadeelde aan de rechter een alternatief prototype presenteert, of dat hij in detail kosten en baten verbonden aan het alternatief presenteert.²⁶ Voorts verwijzen wij hier nogmaals naar *comment e*, waarin is bepaald dat voor producten met een 'manifestly unreasonable design' geen alternatief ontwerp hoeft te worden geboden, en naar de in § 3 en 4 opgenomen vermoedens van gebrekkigheid.

De bekende Amerikaanse hoogleraar Shapo van de Northwestern University School of Law kwam tijdens de sessie van de ALI met ernstiger kritiek. Naar zijn oordeel richtte de 'alternative design test' zich te veel op een 'risk-utility balance' en te weinig op 'consumer expectations'. Aan de ALI presenteerde Shapo een amendement waarin de alternative design test slechts een van vijf gezichtspunten zou zijn aan de hand waarvan de rechter zou moeten vaststellen of een ontwerp gebrekkig was. Behalve om (i) 'consumer expectations' ging het om de volgende gezichtspunten:

(ii) whether the risk of the product outweighs its utility, (iii) whether the risk of the product outweighs the cost associated with the injury, (iv) whether a reasonable seller or distributor would have expected the risk of injury that occurred, and (v) whether the advertising, promotion, and appearance of the product created an impression of safety.²⁷

Het valt op dat dit voorstel veel weg heeft van de Europese benadering waarin de al-dan-niet-gebrekkigheid van een product afhangt van een niet-limitatief aantal factoren, met daarin een belangrijke rol voor de 'consumer expectations'. In het debat dat volgde, wees Twerski er op dat ook in de benadering van de Restatement al deze factoren een belangrijke rol kunnen en moeten spelen. *Comment g* vermeldt ook expliciet dat *consumer expectations* een rol (moeten) spelen, zij het niet als doorslaggevend criterium voor de gebrekkigheid van het ontwerp van een product maar als factor die mede de noodzaak en relevantie

van een alternatief ontwerp bepaalt. Tevens spelen zij een rol bij de voorzienbaarheid van het risico van schade.²⁸

Strikt genomen lijkt de Amerikaanse benadering af te wijken van de Europese: ons artikel 6:186 BW gaat immers uit van de veiligheid die 'men' mag verwachten en lijkt daarmee aansluiting te zoeken bij de *consumer expectations test*. Naar onze inschatting is dit echter slechts een deel van het bereik van artikel 6:186, waarin immers ook uitdrukkelijk wordt bepaald dat alle omstandigheden van het geval een rol spelen. Daarbij geldt dat de Nederlandse jurisprudentie reeds gebruik maakt van het onderscheid tussen productie-, ontwerp- en presentatiegebreken als hulpmiddel om de gebrekkigheid van een product vast te stellen. Naast dit hulpmiddel is echter een vergelijkingsmaatstaf nodig: van een gebrek kan slechts sprake zijn in geval van afwijking van een bepaalde norm.²⁹

Naar onze mening leidt dit er bij ontwerpgebreken toe dat aan de hand van een bepaalde norm, die zich zal (kunnen) uiten in een alternatief ontwerp, beoordeeld moet worden of het door de producent toegepaste ontwerp de veiligheid bood die men mag verwachten. Waar het bij ontwerpgebreken vrijwel steeds om gaat is aan te tonen dat de producent een onjuiste beslissing heeft genomen door een bepaald ontwerp buiten beschouwing te laten, dan wel door bewust voor een bepaald – maar onveilig – ontwerp te kiezen. Anders gezegd, bij ontwerpgebreken gaat het ook in ons land uiteindelijk om de vraag of de producent al dan niet *zorgvuldig* heeft gehandeld. Met 'risico' heeft zijn aansprakelijkheid weinig of niets te maken.

7. Aansprakelijkheid voor presentatiegebreken

Omdat voor presentatiegebreken min of meer hetzelfde geldt als voor ontwerpgebreken zullen wij hierop in dit artikel niet nader ingaan. Om hetzij als slachtoffer dan wel als producent aannemelijk te maken dat een product door een tekortschietende presentatie (reclame, verpakking, gebruiksaanwijzing) gebrekkig is, bepaalt de nieuwe Restatement ook hier dat een beter alternatief moet worden aangedragen. En ook dan zal het er vrijwel steeds op neerkomen dat de producent een verwijt kan worden gemaakt: gij had beter moeten informeren. Mogelijk is bij het type presentatiegebreken risicoaansprakelijkheid nog wel in zoverre aanwijsbaar dat de producent zich niet kan verweren met bijvoorbeeld de stelling dat ondanks de uiterst zorgvuldige procedures die in acht genomen plegen te worden toch een gebruiksaanwijzing of een waarschuwende sticker

26. Restatement 1997, p. 24-25

27. Aldus 'ALI Approves Product Liability Draft I', The United States Law Week May 20, 1995 (63 LW 2734)

28. Restatement 1997, p. 29-30

29. Dommering-van Rongen, a.w. noot 3, p. 144.

niet werd toegevoegd. Maar voor het overige gaat het hier uiteindelijk toch om *schuld* en niet om risico.

8. Verdeling van bewijslast

Cruciaal in het productenaansprakelijkheidsrecht is de bewijslastverdeling. De bewijslast berust in de regel bij de benadeelde; art. 6:188 BW bepaalt dat hij de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade dient te bewijzen. Wellicht is het zo dat de bewijslast van de benadeelde onder omstandigheden kan worden verlicht of zelfs kan verschuiven van de benadeelde naar de producent, namelijk als redelijkheid en billijkheid dat eisen (artikel 177 Rv.).³⁰

Bij ontwerpgebreken en presentatiegebreken kan het Amerikaanse recht wellicht als inspiratie dienen bij de verdeling van de bewijslast. De benadeelde zal in beginsel bewijs moeten aandragen van de gebrektheid; naar Amerikaans model zal dat betekenen dat hij aannemelijk weet te maken dat een alternatief ontwerp of een alternatieve presentatie redelijkerwijs mogelijk was geweest. Zoals gezegd is daarbij voldoende dat de benadeelde (deskundigen)bewijs aanbrengt waaruit blijkt dat een redelijk alternatief ontwerp praktisch gezien had kunnen worden toegepast, zonder dat dit tot de verplichting leidt om een alternatief prototype te presenteren of in detail kosten en baten verbonden aan het alternatief uit te werken.

Het is uiteindelijk aan de rechter om vast te stellen wanneer de benadeelde voldoende bewijs heeft geleverd (artikel 179 lid 2 Rv.). Waar het omslagpunt ligt is lastig te zeggen. Het ligt voor de hand dat het omslagpunt bij ontwerpgebreken eerder is bereikt dan bij presentatiegebreken. Voor een benadeelde zal het immers gemakkelijker zijn om een alternatieve presentatie te bieden – men denke aan een bepaalde waarschuwing op of bij het product – dan een alternatief ontwerp. Mogelijk zou een juiste verdeling van de bewijslast aldus kunnen plaatsvinden dat in eerste instantie van de benadeelde wordt verlangd dat hij het bestaan van een veiliger alternatief aannemelijk maakt (presentatie of ontwerp), waarna het aan de producent is om aannemelijk te maken dat toepassing van een dergelijk alternatief redelijkerwijs niet van hem gevergd kon worden.

9. Conclusie

Anders dan men in de Verenigde Staten wellicht

denkt is de productenaansprakelijkheid voor een zeer belangrijk deel geen echte risicoaansprakelijkheid. Ook de Europese regeling kent veel meer schuldelementen dan men geneigd is te denken. Is het dan zo dat wat altijd als een risicoaansprakelijkheid werd gezien in feite toch een schuldaansprakelijkheid is? Zo is het niet, althans niet helemaal. Want als het gaat om *productiegebreken* mag de productenaansprakelijkheid met reden een risicoaansprakelijkheid heten. In de presentatiegebreken zit ook nog een heel klein risico-element. Voorts kent art. 6:187 een duidelijke risicoaansprakelijkheid waar de leverancier aansprakelijk wordt gehouden als hij zijn 'voorman' niet kan noemen. Voor het overige is productenaansprakelijkheid – in de Verenigde Staten gelijk als in Europa – een schuldaansprakelijkheid. Tot die conclusie kwam al eerder de Engelse Jane Stapleton:

'Analysis of the core idea of 'defect' in the EC product rule shows, first, that contrary to the common description of those rules as imposing 'strict liability' on manufacturers of products, the 'defect' notion in combination with Article 6(2) and the defence in Article 7(e) of the Directive generates a liability on manufacturers rarely, if ever, greater than the liability in negligence and one that is often narrower.'³¹

Als men immers deze conclusie combineert met een aantal andere aspecten van de huidige regeling van de aansprakelijkheid voor producten, zoals de aanmerkelijk kortere verjaringstermijnen (zie art. 6:191 BW), de beperking waar het gaat om bepaalde typen schades (vergelijk art. 6:190 BW) en bepaalde typen slachtoffers (zie opnieuw art. 6:190 BW), dan rijst de vraag of we hier niet een van de oorzaken hebben voor het geringe aantal echte productenaansprakelijkheidszaken in Europa. Natuurlijk zal er bij producenten een zekere neiging bestaan een productenaansprakelijkheidszaak te schikken, liever dan het tot een procedure te laten komen. Anderzijds kent de wettelijke regeling voor *slachtoffers* veel meer hobbels dan we aanvankelijk misschien dachten.

30. Of artikel 6:188, met inachtneming van het daaraan ten grondslag liggende artikel 4 van de Richtlijn, de Nederlandse rechter deze ruimte toestaat is niet zeker (zie voor Dommering-van Rongen, a.w. noot 3, p. 285-287 en tegen Westerdijk, a.w. noot 8, p. 239); hierover dient het Europese Hof van Justitie duidelijkheid te verschaffen (Verkade e.a., a.w. noot 4, p. 72).

31. Jane Stapleton, *Product Liability*, Butterworths 1994, p. 271-272.