

Van Nederlands naar ‘Europees’ onrechtmatige daadsrecht

Prof.mr. W.H. van Boom en Prof.mr. I. Giesen*

[verschenen in: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2004/10, p. 515-523]

1. Inleiding

In deze bijdrage gaat het om de vraag hoeveel invloed het Europese, in de zin van: van de Europese Unie (EU) afkomstige, recht op het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht heeft. Die invloed is niet zo heel groot, zoals wij aan de hand van een korte schets van de huidige stand van zaken zullen laten zien (§2).¹ Dat betekent tevens dat onze (Nederlandse) omgang met het (nog steeds Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht niet fundamenteel gewijzigd is door de toenemende stroom van regelgeving vanuit Europa.

Er gebeurt wel van alles op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, maar die gebeurtenissen spelen eerder op wat wij maar ‘particulier terrein’ noemen. Er zijn sinds de jaren '90 namelijk een aantal groepen van wetenschappers die zich voorgenomen hebben het voortouw te nemen bij de harmonisatie van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Juist omdat de EU tot op heden veel ruimte overlaat voor particulier initiatief, zullen wij die particuliere ontwikkelingen, met name de ontwerpen voor zogenaamde ‘Principles’, beschrijven (§3).

Vervolgens wordt de vraag besproken of het eigenlijk zinvol is om te streven naar een geharmoniseerd aansprakelijkheidsrecht binnen de EU en of we beter af zijn met dit soort ‘Principles’ (§4). Ons antwoord luidt dat zulks slechts in beperkte mate het geval is. We concluderen in die paragraaf verder nog dat de rol van de EU waarschijnlijk gering zal blijven omdat de eenmaking op het gebied van het onrechtmatige daadsrecht tegen een aantal concrete hindernissen oploopt en de politieke noodzaak tot harmonisatie van algemene basisregels ontbreekt.

2. Stand van zaken in de EU

2.1 De WAM, een voorbeeld

Eenmaking van marktcondities en consumentenbescherming zijn vooralsnog de belangrijkste doelen waar het om Europees privaatrecht gaat.² Hoe past het delictuele aansprakelijkheidsrecht in dat kader? Grofweg kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het Europees aansprakelijkheidsrecht dat op harmonisatie van de rechtspositie van consumenten is gericht (denk aan de productenaansprakelijkheid) en anderzijds het aansprakelijkheidsrecht dat op verbetering van markten is gericht (denk

* Willem van Boom en Ivo Giesen zijn als hoogleraar Privaatrecht verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg, respectievelijk het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, en als rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank 's-Hertogenbosch. Met dank aan Harriët Schelhaas voor haar kritische opmerkingen bij een eerdere versie.

¹ Daarbij gaan wij voorbij aan de Gemeenschapsaansprakelijkheid van art. 288 EG-Verdrag en de Francovich-aansprakelijkheid. Het betreft hier wel echt Europees aansprakelijkheidsrecht, maar beide thema's zijn als zodanig niet van invloed op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

² Dit is uiteraard een simplificatie; zie voor een veel gedetailleerder onderverdeling K. Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrecht*, Berlin: De Gruyter 2003, p. 32 e.v.

aan vergelijkende reclame). Daar waar een directe link met een van die twee doelen ontbreekt, blijken tot op heden ook ferme initiatieven voor harmonisatie achterwege te blijven. Zo is de aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen sterk geëuropeaaniseerd (er komt al weer een vijfde WAM-richtlijn aan³), maar het onderliggende verkeersaansprakelijkheidsrecht is nog volledig nationaal bepaald.

Dat is natuurlijk wat wonderlijk, maar als men de discussie in Nederland heeft gevolgd over invoering van risicoaansprakelijkheid voor het letsel van fietsers en voetgangers (die uiteindelijk niet is doorgegaan), kan men zich voorstellen dat eenmaking van het verkeersongevallenrecht in Europa misschien wel een brug te ver is.⁴ En dat is eigenlijk een meer algemene observatie: de Europese wetgever heeft zich nog niet écht gemanifesteerd op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht zoals deze dat wel heeft gedaan op het vlak van het consumenten-contractenrecht. Natuurlijk zijn er delictuele deelgebieden die geëuropeaaniseerd zijn, en die behandelen we hierna dan ook kort. Maar vanuit de Europese Unie bezien, heeft het aansprakelijkheidsrecht als geheel geen prioriteit.⁵ De regels die er wél zijn, hebben duidelijk verband met het grensoverschrijdende belang en dus met de communautaire dimensie.

2.2 Geharmoniseerde aansprakelijkheid

Slechts een klein aantal deelgebieden van het onrechtmatige daadsrecht staat dus onder Europees ‘bewind’. Het voornaamste wapenfeit van de EU op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht is natuurlijk de richtlijn productaansprakelijkheid 85/374/EEG, opgenomen in de artt. 6:185 e.v. BW.⁶ Maar deze richtlijn heeft voornamelijk meer symbolische [516] dan praktische betekenis omdat slachtoffers het ‘oude’ nationale recht blijven benutten. De impact van de richtlijn op productieprocessen lijkt in elk geval niet groot te zijn geweest.⁷ De meest opmerkelijke ontwikkelingen betreffen uitspraken van het Hof van Justitie waarin een aantal lidstaten veroordeeld werd voor onjuiste omzetting van richtlijn 85/374/EEG.⁸ De commissie is redelijk tevreden over de werking van de richtlijn,⁹ die zelfs onderdeel is gaan uitmaken van

³ COM (2002) 244 def.

⁴ Zie daarover J. Fedtke, *Strict Liability for Car Drivers in Accidents Involving “Bicycle Guerrillas?”*, 51 *Am. J. of Comp. Law* (2003) 941 e.v.

⁵ Zo ook bijvoorbeeld U. Magnus, *Europa und sein Deliktsrecht*, in: H. Koziol, J. Spier (ed.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Springer: Wien 2003, p. 221.

⁶ Vgl. verder bijvoorbeeld E.H. Hondius, *Produktaansprakelijkheid: de voordelen van een dualistische rechtsorde*, AA 1996, p. 324 e.v.

⁷ Zie hierover bijvoorbeeld M. Reimann, *Liability for defective products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard*, *Am. J. of Comp. Law* (2003), p. 804, en I. Giesen, M.B.M. Loos, *Liability for Defective Products and Services: The Netherlands*, in: E.H. Hondius, C. Joustra (red.), *Netherlands Reports to the Sixteenth Congress of the International Academy of Comparative Law/Brisbane 2002*, Intersentia, Antwerpen 2002, p. 101.

⁸ Zo werd het niet-invoeren van de wettelijke franchise ontoelaatbaar geacht; HvJ 25-04-2002, C-154/00, Jur. EG 2002-I, 3879 (Commissie / Helleense Republiek); HvJ 25-04-2002, C-52/00, Jur. EG 2002-I, 3827 (Commissie / Franse Republiek). Ook werd geoordeeld dat ‘de rechten die de wetgeving van een lidstaat aan slachtoffers van door gebrekkige producten veroorzaakte schade verleent krachtens een *algemene* (onze curs., *WvB/IG*) aansprakelijkheidsregeling die op dezelfde grondslag berust als de door de richtlijn ingevoerde regeling, beperkt of geringer kunnen zijn ingevolge de omzetting van de richtlijn in het interne recht van de betrokken staat.’ Zie HvJ 25-04-2002, C-183/00, Jur. EG 2002-I, 3901 (María Victoria González Sánchez / Medicina Asturiana SA).

⁹ Zie de evaluatie van de commissie: COM (2000) 893, en over dit rapport o.a. L. Dommering-van Rongen, *Actualiteiten productaansprakelijkheid*, AV&S 2002/5, p. 139 e.v.; M.G. Faure, *Product liability and product safety in a federal system: economic reflections on the proper role of Europe*, in: Alain

het communautaire productveiligheidsbeleid.¹⁰ Maar als men zich de verdere invloed van de richtlijn – los van het enkele feit van de omzetting ervan in het BW – op het Nederlandse recht probeert voor te stellen, dan moet de conclusie zijn dat zich voornamelijk academici met de richtlijn lijken te hebben beziggehouden. Relevante rechtspraak waarin toepassing wordt gegeven aan de richtlijn, of algemener: waaruit invloed van dat Europese recht blijkt op het Nederlandse algemene aansprakelijkheidsrecht, is er niet of nauwelijks.¹¹

Naast productaansprakelijkheid heeft Europa invloed op aansprakelijkheidsrechtelijke *marktregels*. De regels voor onrechtmatige reclame, met de wijziging van richtlijn 1984/450/EEG door richtlijn 1997/55/EEG ook geharmoniseerd op het vlak van vergelijkende reclame, zijn daar een belangrijk voorbeeld van. De ontwerp-richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹² kan een belangrijke vervolgstap zijn; deze sanctioneert bijvoorbeeld misleidende, agressieve of misbruikmakende handelspraktijken. Als deze richtlijn van kracht wordt, zal zij mogelijk ons aansprakelijkheidsrechtelijke leerstuk van oneerlijke concurrentie omvormen. Maar om nu te zeggen dat deze regels nu al een groot stempel op het aansprakelijkheidsrecht *als geheel* drukken, dat gaat te ver.

Dat stempel wordt waarschijnlijk ook niet gedrukt door de recente richtlijn 2004/35/EG (milieuaansprakelijkheid). Wij weten niet hoe de richtlijn geïmplementeerd zal worden, maar het staat al wel vast dat de richtlijn een volledig ‘uitgeklede’ versie is van de eerdere voorstellen.¹³ Alle pijnpunten uit eerdere concepten zijn verwijderd: het eindresultaat bevat geen verplichte verzekering meer, geen aanspraken voor individuen, geen onversneden recht op vergoeding of herstel van pure ecoschade, slechts een ‘recht om opmerkingen te maken’ en een beroepsrecht voor niet-gouvernementele organisaties, en eigenlijk betreft de richtlijn voornamelijk de publiekrechtelijke verhouding tussen bevoegde instantie en industriële exploitant waar het om informatie, preventie en herstel(kosten) gaat. Kortom: ook deze richtlijn geeft geen duidelijke richting aan het Europese aansprakelijkheidsrecht.

2.3 Schadevergoedingsrecht en andere sancties

Waar de invloed van EU-regels zich in de toekomst nog kan roeren, is in het schadevergoedingsrecht. Doel en strekking van een richtlijn kan ertoe leiden dat een recht op schadevergoeding moet worden erkend dat naar nationaal schadevergoedingsrecht in het betreffende geval niet zou worden toegekend. Smartengeld voor een verloren ge-

Marciano, Jean-Michel Josselin, *The Economics of Harmonizing European Law*, Cheltenham: Elgar 2002, p. 131 e.v.

¹⁰ Zie bijv. de kruisverwijzing naar het aansprakelijkheidsregime in artikel 21 van voedselveiligheidsverordening 178/2002/EG.

¹¹ Wel is in de specifieke productaansprakelijkheidsrechtspraak van de Hoge Raad steeds nauwer aangesloten bij het ‘defect’-criterium uit de richtlijn, zie L. Dommering-Van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2000, p. 32.

¹² COM (2003) 356, voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke ‘business-to-consumer’-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

¹³ Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, Publ. EG L. 143/56 van 30 april 2004. Over de richtlijn en voorafgaande documenten bijv. E.H.P. Brans, Actualiteiten milieuaansprakelijkheid – Het akkoord van de EU-lidstaten over het voorstel voor een richtlijn milieu-aansprakelijkheid, *TMA* 2003/5, p. 124 e.v.

gane pakketreis bijvoorbeeld.¹⁴ Wat ook denkbaar is, is het vervagen van de grens tussen schadevergoeding en andere vermogensrechtelijke sancties. De ontwerp-richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹⁵ sanctioneert bijvoorbeeld misleidende, agressieve of misbruikmakende handelspraktijken. De richtlijn bepaalt dat de lidstaten rechtsvorderingen moeten toekennen aan belangenorganisaties om verbods- en gebodsacties af te dwingen. Verder bepaalt de richtlijn dat de lidstaten de sancties vaststellen 'die van toepassing zijn op schendingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en treffen alle maatregelen die nodig zijn voor de toepassing van deze sancties. Deze sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn'. Die laatste toevoeging, die bekend is van eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie,¹⁶ kan in algemenere [517] zin voor de toekomst van het schadevergoedingsrecht nog wel eens zeer relevant blijken te zijn.¹⁷ Als schadevergoedingsbedragen structureel te laag zijn en weinig preventieve werking hebben, dan is de toekenning van *nominal damages* vanuit Europeesrechtelijk perspectief zeker aan te raden. Ook lijkt deze ontwerp-richtlijn typerend voor de populariteit van collectieve acties als instrument van Europees privaatrecht. De gangbare private remediëring door individuele schadevergoedings- en verbodsacties lijken te worden ingehaald door collectieve private acties en toezichthouders.¹⁸ Ook die ontwikkeling zal voor het aansprakelijkheidsrecht relevant kunnen blijken.

3. Particuliere initiatieven tot harmonisatie van het onrechtmatige daadsrecht

3.1 Alternatieven voor EU-invloeden

Het voorgaande is een bevestiging van wat al eerder werd geconcludeerd: er zijn weinig aansprakelijkheidsrechtelijke regelingen van Europese komaf, en logischerwijs vertonen de wél bestaande regels weinig samenhang.¹⁹ Wij sluiten niet uit dat over tien of twintig jaar eenzelfde stroomversnelling zal optreden als waarin het consumentencontractenrecht zich momenteel bevindt, maar op dit moment wordt de aandacht veeleer opgeëist door de particuliere initiatieven van de 'Principle-makers'. Buiten de institutionele EU-kaders zijn namelijk allerlei particuliere groepen, voornamelijk be-

¹⁴ Zie art. 7:510 BW en de nadere (ruime) uitleg daarvan in HvJ 12-03-2002, C-168/00, Jur. EG 2002-I, 2631 (Simone Leitner / TUI Deutschland GmbH & Co. KG), en daarover M.B.M. Loos, Naar een gemeenschapsautonome interpretatie van het begrip "schade": schadevergoeding voor immateriële schade bij pakketreizen, *NTER* 2002/6, p. 157 e.v.

¹⁵ COM (2003) 356, voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke 'business-to-consumer'-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

¹⁶ Zie bijv. HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jurispr.* 1984, blz. 1891, ov. 28 (Von Colson en Kamann), Zie ook de eis uit HvJ EG 23 mei 1996, *NJ* 1997, 228 (Hedley Lomas) 'dat de door de toepasselijke nationale wettelijke regeling vastgestelde voorwaarden (...) niet van dien aard mogen zijn, dat zij het verkrijgen van schadevergoeding nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken.'

¹⁷ Wat dit betreft sluiten wij niet uit dat de door Von Bar c.s. (zie hierna) bedachte *De Minimis Rule* (Art. 6:102 SGECC: *Trivial damage is to be disregarded*) een verkeerde regel is gezien de eisen die het Europese recht stelt aan uitvoering van Europese regels.

¹⁸ Zie ontwerp-Vo. betreffende samenwerking met betrekking tot communautaire consumentenrechtenbescherming, (COM (2003) 443 def.), en het nationale strategische actieprogramma "Een versterkte consumententaliteit" (*Kamerstukken II* 2003/04, 27 879, nr 9). Verder kennen wij natuurlijk al art. 3:305a BW, en het wetsvoorstel Collectieve afwikkeling massaschade (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 414).

¹⁹ Daarover bijv. in algemene zin W.H. van Boom, Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht, *RM Themis* 2003, p. 306-307, met verdere verwijzingen.

staande uit wetenschappers, bezig om 'iets' te doen aan de verdere ontwikkeling van het Europese privaatrecht en het Europese aansprakelijkheidsrecht.²⁰ In het navolgende willen wij twee van die groepen nader voor het voetlicht brengen. We doelen dan ten eerste op de 'Study Group on an European Civil Code' (SGECC) onder leiding van Prof. von Bar uit Osnabrück, die tracht een vrijwel compleet Europees BW tot stand te brengen en daarbij natuurlijk ook oog heeft voor het onrechtmatige daadsrecht.²¹ In de tweede plaats betreft het de 'European Group on Tort Law' (EGTL), in het spraakgebruik ook wel de 'Spier/Koziol'-groep.²² Andere initiatieven laten wij hier onbesproken.²³

3.2 Doel en werkwijze van de EGTL en de SGECC²⁴

²⁰ Naast de nog te bespreken groepen van wetenschappers zijn er natuurlijk ook individuele wetenschappers die hun kijk op een Europees aansprakelijkheidsrecht publiceren. Wij noemen hier alvast, zonder volledig te willen zijn omdat dat ondoenlijk is (zo ook al J.B.M. Vranken, Europees Privaatrecht. "Bridging the Gap" tussen wetenschap en praktijk, *TPR* 2000, p. 9): U. Magnus, Towards European Civil Liability, in: M. Faure, J. Smits & H. Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Intersentia: Antwerpen 2002, p. 205 e.v.; N. Jansen, *Die Struktur des Haftungsrecht*, 2003; van dezelfde auteur, Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht, *ZEuP* 2001, p. 30 e.v., en, Bürgerliche Pflichtenordnung oder flexibler Rechtsgüterschutz?, *ZEuP* 2003, p. 490 e.v. Zie ook nog S. Banakas, European Tort Law: is it Possible?, *ERPL* 2002, p. 363 e.v.; G. Wagner, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: R. Zimmerman (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos:Baden-Baden 2003, p. 189 e.v., en diverse bijdragen in H. Koziol, J. Spier (ed.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Springer: Wien 2003.

²¹ Zie voor meer informatie en een eerste versie van de inhoudsopgave van dat toekomstige Europese BW de website www.sgecc.net. Meer informatie over deze groep, met vertakkingen in Nederland (UvT, UvA, UU) en de werkwijze is verder te vinden in diverse publicaties van Von Bar in diverse Europese tijdschriften. Voor een blik op de (toenmalige) inhoudelijke aspiraties van een van de Nederlandse deelgroepen, zie M.B.M. Loos, Naar een Europees dienstverleningsrecht, *NJB* 2000, p. 452 e.v. Nadere informatie over diverse aspecten van het Europees privaatrecht is ook te vinden via de *Ars Aequi Katernen* inzake Europees Privaatrecht van eerst Hesselink en later Rutgers en Veldman. Ook de *NTBR*-kronieken van Hondius (Kroniek Algemeen) bevatten veel informatie over dit soort groepen en hun tussentijdse resultaten. Zie verder bijvoorbeeld nog A.S. Hartkamp, Perspectives for the development of a European Civil Law, *WPNR* 6401 (2000), p. 331 e.v.

²² Zie over deze groep de website <http://civil.udg.es/tort/>, alsmede de websites van twee nauw aan deze groep gelieerde organisaties, het European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL), www.ectil.org, en het ETL (ook wel ESR: 'Forschungsstelle für Europäisches Schadenersatzrecht'), <http://www.etl.oeaw.ac.at/>, te Wenen. Zie verder J. Spier, O.A. Haazen, The European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law, *ZEuP* 1999, p. 469 e.v., J. Spier, European Group on Tort Law, in: *Um Código Civil para a Europa, Studia Iuridica 64 Universidade de Coimbra* 2002, p. 59-64, en uitgebreid H. Koziol, Die "Principles of European Tort Law" der "European Group of Tort Law", *ZEuP* 2004, p. 234 e.v.

²³ Wij noemen slechts de Ius Commune Case Book Series (<http://www.rechten.unimaas.nl/casebook/>) en het Trento-project (<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>). In dat kader verscheen recent F. Werro, V. Palmer (Eds.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press: Durham 2004, met Nederlandse landenrapporten van E.H. Hondius. Zie voor een overzicht van diverse initiatieven ook Vranken, *TPR* 2000, p. 3 e.v.; Jansen, *ZEuP* 2001, p. 33-39, en R. Zimmerman, Wege zu einem europäischen Haftungsrecht, in: R. Zimmerman (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos: Baden-Baden 2003, p. 21-22. Ten overvloede wijzen wij er nog op dat het navolgende enkel bedoeld is als een overzicht op hoofdlijnen van de resultaten van beide groepen. Heel veel kon niet aan bod komen.

²⁴ Voor de volledigheid: Willem van Boom is als 'fellow' verbonden aan ECTIL en leverde een aantal bijdragen aan landenrapporten van de EGTL. Ivo Giesen heeft deelgenomen aan een Workshop waarbij de Principles gepresenteerd werden door de EGTL aan enkele academici. Beide auteurs zijn daarnaast betrokken bij een project van het ETL. Zij zijn echter niet betrokken geweest bij het opstellen of vaststellen van de EGTL-Principles.

Koziol schrijft over de werkzaamheden van de EGTL – waar hij deel van uitmaakt – dat het werk is aangevat omdat de harmonisatie binnen Europa niet echt van de grond kwam.²⁵ Dat heeft volgens hem waarschijnlijk hiermee te maken dat de verschillen tussen de diverse rechtsstelsels op dit terrein te groot zijn.²⁶ De Principles of European Tort Law (PETL) zijn volgens Koziol dan ook werkelijk als zodanig [518] bedoeld: de blootlegging van de gemene beginselen, zodat een ‘Diskussionsgrundlage’ voor het toekomstige werk aan een eenvormig Europees onrechtmatige daadsrecht wordt geboden. Daarnaast hoopt men dat de Principles ook nu reeds een harmoniserende werking zullen hebben. De missie van de SGECC is waarschijnlijk iets ambitieuzer, en dat volgt uiteraard uit het gegeven dat hier een volledig burgerlijk wetboek wordt nagestreefd. Het eindproduct kan morgen worden ingevoerd, zo zullen de participanten aan de SGECC naar onze inschatting menen.²⁷

De leden van de EGTL zijn tijdens het schrijfproces veelvuldig naar buiten getreden om hun visie en de voortgang te delen; dat is minder het geval geweest bij de SGECC (wat betreft de werkzaamheden met betrekking tot *tort law*).²⁸ Beide groepen hebben verder gemeen dat de Principles of een concept daarvan openbaar zijn gemaakt,²⁹ maar dat nog geen *comments* zijn uitgegeven.³⁰ Dat wreekt zich in de zin dat wij hierna soms moeten speculeren over de exacte uitleg van bepaalde artikelen.

De werkwijze van beide groepen lijkt klassiek te zijn geweest: allereerst zijn de grote gemene delers gezocht van de regels in de verschillende rechtsstelsels, deze zijn zomogelijk op papier gezet³¹ en waar strategische keuzes moesten worden gemaakt, zijn deze gemaakt of uit de weg gegaan door de materie uit te sluiten danwel naar nationaal recht te verwijzen.³² Beide groepen beogen – dat is onze perceptie – om een zo groot mogelijk draagvlak te bereiken, zodat het er niet primair om gaat een zo origineel mogelijke en daarmee los van de geldende Europese stelsels staande regel te

²⁵ Zie Koziol, *ZEuP* 2004, p. 234.

²⁶ Wij hechten (zie nog § 4.4) meer aan de verklaring dat een gebrek aan politieke noodzaak de voornaamste oorzaak is.

²⁷ Vgl. over de doelen van de SGECC de verschillende publicaties van Chr. von Bar, opgesomd op www.sgecc.net.

²⁸ Zie vooral Chr. von Bar, Deliktiskonzept der Study Group on a European Civil Code, *ZEuP* 2001/3, p. 515 e.v.

²⁹ De tekst van de SGECC Principles is te raadplegen op www.sgecc.net. Voor commentaar op een eerdere versie zie bijv. John. W.G. Blackie, Tort/Delict in the Work of the European Civil Code Project of the Study Group on a European Civil Code, in: R. Zimmermann (red.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 133 e.v. De tekst van de PETL (versie van 18 april 2004) is te raadplegen op <http://civil.udg.es/tort/Principles/text.htm>. De Principles waren ook reeds opgenomen in: H. Koziol, B.C. Steiniger (eds.), *European Tort Law 2002*, Springer: Wien 2003 en een (inmiddels ook al weer verouderde) versie is opgenomen in *ZEuP* 2004, p. 427 e.v.

³⁰ Voor de PETL is het de bedoeling dat deze commentaren in 2005 in boekvorm verschijnen, aldus Koziol, *ZEuP* 2004, p. 235.

³¹ De EGTL heeft daartoe steeds landenrapporten opgesteld en van daaruit ‘comparative reports’ laten opstellen, vgl. Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 490-492, en de website van de EGTL, zie <http://civil.udg.es/tort/Principles/project.htm>. De SGECC heeft het tweedelige standaardwerk van Von Bar (*Gemeineuropäisches Deliktsrecht* I en II 1996/1999) gebruikt (aldus Von Bar, *ZEuP* 2001, p. 517, nt. 10).

³² Een voorbeeld daarvan biedt Art. 5:102 PETL (gevaarlijke activiteiten), dat voor nadere regulering o.a. naar de nationale regelgeving terugverwijst. Een verwijzing naar nationaal recht door een niet-democratisch gelegitimeerd groepje wetenschappers heeft natuurlijk iets vreemds. Koziol, *ZEuP* 2004, p. 251-252 geeft dit in wezen toe. Zie ook J. Spier, The Phantom of a European Civil Code, in: H. Koziol, J. Spier (ed.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Springer: Wien 2003, p. 330, die stelt dat de groep ‘heavily divided’ is op dit punt. Misschien zou helemaal niets regelen beter zijn geweest.

ontwikkelen. Om de geschiedenis en ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht geen geweld aan te doen, wil men voortbouwen op de bestaande regelingen.³³ Dat roept natuurlijk de vraag op of moderne(re) regelingen met wellicht wenselijkere uitkomsten, bij voorbaat geen kans van slagen hadden.³⁴ Hoewel de mate van moderniteit van een regel natuurlijk moeilijk is te meten, is onze indruk toch dat beide Principles niet overdreven ouderwets of conservatief zijn.³⁵ Bovendien geven de beide sets regels richting aan het Europese debat, want op belangrijke detailpunten zijn knopen doorgehakt.³⁶ Zo kiest de SGECC voor hoofdelijkheid bij alternatieve causaliteit (Art. 4:103 SGECC), terwijl de EGTL kiest voor proportionele aansprakelijkheid (Art. 3:103 PETL).³⁷ De EGTL vlecht bovendien de gedachte achter de theorie van het ‘verlies van een kans’ in haar Principles en voorziet deze van een nieuwe grondslag.³⁸ Schade veroorzaakt door een ‘partner in crime’ komt niet voor vergoeding in aanmerking als dat in strijd met openbare orde zou zijn (Art. 5:103 PETL), terwijl affectieschade wel voor vergoeding in aanmerking komt (Art. 10:301 lid 1 PETL). Vooruitstrevend vinden wij ook de keuze voor een algemene matigingsbevoegdheid (Art. 6:202 SGECC/Art. 10:401 PETL). Dat zijn belangrijke details. Maar hoe zit het met de hoofdlijnen?

3.3 Vanuit de basisnorm naar concrete regels

Beide groepen hebben zich duidelijk ten doel gesteld om een abstract en dogmatisch doortimmerd geheel te maken. Dat is, in grote lijnen beschouwd, gelukt. Maar omdat de Principles ook op sommige punten héél concreet worden, kunnen we constateren dat de term *Principles* eigenlijk niet de lading dekt. Bij een Principle verwachten wij een grotere mate van abstractie en algemeenheid dan bij een ‘gewone’ regel. Dat is zeker niet steeds het geval; met name op het vlak van causaliteit zijn er veel gedetailleerde regels bedacht. Men zou dan ook de vraag kunnen stellen in hoeverre het concept van ‘Principles’ afwijkt van wat in nationale [519] omstandigheden een ‘rechtsregel’ is.³⁹

³³ Zie Koziol, *ZEuP* 2004, p. 235. Banakas, *ERPL* 2002, p. 363 e.v., m.n. p. 367-368, zou zich hier fel tegen verzetten. Hij wil enkel en alleen maar uitgaan van de ‘latest developments’. Jansen, *ZEuP* 2001, p. 64-65, zit op dezelfde lijn omdat hij meent dat het bestaande gemeenschappelijke kader te weinig houvast biedt.

³⁴ Voorafgaand aan de formulering van de Principles werd in dat kader overigens al duidelijk gemaakt dat men niet per se de beste of meest moderne regel zou kiezen. Men zou ook regelmatig voor de ‘most common’ oplossing kiezen. Aldus in 1999 al Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 480.

³⁵ Ter illustratie: de voorstellen in het Australische rapport inzake de (eventuele) herziening van het aansprakelijkheidsrecht aldaar, zie D.A. Ipp (e.a.), *Final Report of the Review of the Law of Negligence*, 2002, zijn bijvoorbeeld een stuk minder vooruitstrevend. Zimmerman, *a.w.*, p. 25, meent dat de EGTL de ‘traditionele paden’ heeft bewandeld en dat de SGECC Principles moderner zijn. Dat laatste kunnen wij niet met hem eens zijn.

³⁶ Naast het navolgende kan ook nog worden genoemd de keuze voor toerekening van de gevolgen van predispositie aan het *slachtoffer* – zo interpreteren wij de tekst van Art. 4:101 SGECC – in plaats van aan de dader.

³⁷ Zie verder Koziol, *ZEuP* 2004, p. 245.

³⁸ Art. 3:106; zie Koziol, *ZEuP* 2004, p. 246. Het artikel sluit naar onze mening overigens nauw aan bij de ideeën van A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg 1997.

³⁹ Dat is overigens iets dat ook op andere terreinen (PECL, Unidroit-principles) van belang lijkt te zijn, vgl. Vranken, *TPR* 2000, p. 5, die de term ‘principles’ ‘enigszins verwarrend’ vindt. Zie over de vraag hoe om te gaan met de specificiteit van regels ook nog V. Fon & F. Parisi, *Codifications and the Optimal Specificity of Legal Rules*, Law and Economics Working Paper Series 04-32,

Hoe dat ook zij, daar waar de Principles min of meer abstracte aansprakelijkheidsregels hanteren, lijken zij op dat abstracte niveau bij de meeste rechtsstelsels aan te sluiten. Zo bepaalt Art. 1:101 SGECC bij wijze van ‘basisnorm’: “*A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage*”. Aan deze basisnorm wordt uitwerking gegeven met een behandeling van wat *legally relevant damage* is. Daarbij wordt aan dood, letsel en inbreuken op eigendom een grote rol toegekend, maar ook ‘vertrouwensschade’ door verkeerd advies of onjuiste informatie en ‘bedrijfsonderbrekingsschade’ worden gedefinieerd.⁴⁰ Vergoeding van schade door bedrog en uitlokking van wanprestatie komt evenwel alleen aan de orde als opzet in het spel is – waarbij wij aantekenen dat we het gewrongen vinden om deze schadeposten ‘legally relevant’ te noemen onder de voorwaarde dat er opzet in het spel is; juister is het naar onze mening om het vereiste van opzet niet in de schadepost maar in de normstelling te verdisconteren. Vervolgens wordt *accountability* uiteengesponnen in *intention* en *negligence*. Deze onderverdelingen zijn voor Engels en Duits georiënteerde juristen natuurlijk niet vreemd,⁴¹ maar we herkennen er weinig Franse invloed in terug.

Hoewel van het SGECC-ontwerp wordt gezegd dat het, in tegenstelling tot de Principles van de EGTL breekt, met nationaal getinte begrippen als ‘Verschulden’, ‘Rechtswidrigkeit’ en ‘duty of care’, en ook breekt met het onderscheid tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid,⁴² is áchter de woorden toch weinig nieuws te bekennen.⁴³ In de uitwerking komen voor Engelsen en Duitsers bekende kwesties voor, zoals een bijzonder regime voor vertrouwenwekkende informatie en puur economische schade. Dat lijkt te duiden op een overwegende invloed van de Engelse en Duits georiënteerde juristen; wij kunnen in elk geval maar moeilijk een écht Franse invloed ontdekken.

Een vergelijkbare benadering biedt de basisnorm van de PETL. De woorden verschillen, het streven naar weergave van de ‘common core’ blijft. De ‘basic norm’ in Art. 1:101 PETL, die als wegwijzer dient,⁴⁴ luidt: (1) *A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage. (2) Damage may be attributed in particular to the person a) whose behaviour constituting fault has caused it; or b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.* Met deze formulering⁴⁵ wordt duidelijk gemaakt, aldus Koziol in zijn commentaar, dat het adagium ‘ieder draagt zijn eigen schade’ voorop staat.⁴⁶ Het zal duidelijk zijn dat daarmee niet het meest vooruitstrevende deel van de Principles is aangeboord,⁴⁷ maar gegeven de stand van zaken in Europa (en dan met name de voortdurende vrees voor ‘Amerikaanse toestan-

http://ssrn.com/abstract_id=569401. Zie verder nog zeer kritisch in algemene zin over Principles, J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, Deventer: Kluwer 2000.

⁴⁰ Zie de uiteenzettingen van Von Bar, *ZEUP* 2001, p. 515 e.v., en Blackie, *a.w.*, p. 133 e.v.

⁴¹ Overigens kan men de keuze voor één algemene basisnorm met enige goede wil als “Franse invloed” duiden, maar bij de uitwerking blijkt weer weinig van die invloed.

⁴² Zimmermann, *a.w.*, p. 25-26.

⁴³ Sterker nog: er worden vaak genoeg termen gebruikt die specifieke betekenis toekomen. Wat te denken van ‘*solidarily*’ en ‘*negligence*’?

⁴⁴ Koziol, *ZEUP* 2004, p. 237.

⁴⁵ De tekst is taalkundig niet fraai. De woordvolgorde in lid (1) is zodanig gekozen dat elke niet ‘native speaker’ zeker één maal zal struikelen.

⁴⁶ Koziol, *ZEUP* 2004, p. 237.

⁴⁷ Als bekend heeft Hartkamp zijn Asser bewerking (*Asser-Hartkamp 4-III*, nr. 12 ev.) inmiddels in die zin aangepast dat het adagium ‘ieder draagt zijn eigen schade’ niet meer voorop staat.

den' en de daaraan gekoppelde terughoudendheid bij de verdere ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht⁴⁸), is die keuze verklaarbaar.

Bij de uitwerking van de basisnorm in de PETL komen in essentie dezelfde elementen terug als bij de Principles van de SGECC. Beide teksten stellen 'compensable damage' c.q. 'legally relevant damage' centraal,⁴⁹ waarmee een terugkoppeling plaatsvindt naar de 'protected interests' die het aansprakelijkheidsrecht beoogt te beschermen.⁵⁰

De PETL laat vervolgens vertrouwde begrippen als 'standard of conduct' en 'reasonable person' de revue passeren, maar ook een voor Nederlandse begrippen niet uitzonderlijke factorenbenadering: de aard en waarde van het beschermde belang, het gevaar van de activiteit, de deskundigheid van de actor, de voorzienbaarheid van de schade, 'proximity' en de beschikbaarheid en kosten van voorzorgsmaatregelen.⁵¹

Overigens maakt die factorenbenadering onderdeel uit van de theoretische grondslag van de PETL, en die is wel bijzonder: het 'flexibele systeem', ontleend aan het 'bewegliches System' van de Oostenrijkse jurist Wilburg. Het is in de woorden van Koziol een 'methodisch Leitbild' geworden.⁵² Te kort gezegd komt dat systeem hierop neer dat de diverse elementen van de onrechtmatige daad nooit helemaal los van elkaar te beoordelen zijn. Het gaat er niet alleen om aan welke elementen voldaan is, maar ook *in welke mate* dat het geval is. Dat betekent bijvoorbeeld dat als in sterke mate voldaan is aan de onrechtmatigheid, men minder streng kan zijn bij bijvoorbeeld de causaliteit. De diverse elementen [520] kunnen elkaar compenseren.⁵³ Voor de ontwerpers van de PETL betekende die keuze dat men bij elk thema op zoek moest naar de relevante *factoren*, dat men een basisregel conform een basiswaarde diende op te stellen en dat men moest aangeven wanneer daarvan kon worden afgeweken en met welke rechtsgevolgen.⁵⁴ Dat klinkt zonder meer fraai, maar wij kunnen niet inschatten of flexibiliteit als basis voor een delictueel rechtssysteem praktisch gesproken goed zal uitwerken.⁵⁵ Flexibiliteit heeft onmiskenbaar voordelen, maar draagt ook het ge-

⁴⁸ Zo kijkt men bijvoorbeeld in Engeland niet meer af van de rond 1990 ingezette benadering waarbij het aansprakelijkheidsrecht zich wel verder kan ontwikkelen, maar dan volgens de 'incremental approach', zie daarover bijvoorbeeld *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605, bij monde van Lord Bridge en daarover bijvoorbeeld B.S. Markesinis, S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th ed., Clarendon: Oxford 1999, p. 83.

⁴⁹ Koziol, *ZEuP* 2004, p. 239. Over het element schade nog Koziol, *ZEuP* 2004, p. 241.

⁵⁰ Koziol, *ZEuP* 2004, p. 239, die op p. 242 laat doorschemeren dat een 'wrongful life'-vordering niet zal slagen op basis van de PETL.

⁵¹ Zie verder Koziol, *ZEuP* 2004, p. 247-248. Daarbij geldt een hogere maatstaf bij belangen die zwaarder beschermd worden maar moet ook gelet worden op de handelingsvrijheid van de 'dader'. Naast 'schuld' en 'risico', kan ook nog het gedrag van een hulppersoon als grondslag voor aansprakelijkheid dienen.

⁵² Zie Koziol, *ZEuP* 2004, p. 235-236. Over de keuze voor Wilburg's systeem ook al Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 485-486.

⁵³ Zie hierover (voor het Nederlandse taalgebied) A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, nrs. 378 e.v., en bijvoorbeeld R. Westerhoff, *Die Elemente des Beweglichen Systems*, Duncker & Humblot: Berlin 1991, beide met verdere verwijzingen.

⁵⁴ Koziol, *ZEuP* 2004, p. 236. In Art. 2:102 wordt e.e.a. uitgewerkt met de bepaling dat het beschermingsbereik dat aan een belang toekomt, afhangt van de aard ervan. Hoe hoger de waarde, hoe groter de bescherming (lid 1). Dat betekent dat het leven, de lichamelijke en geestelijke integriteit, de menselijke waardigheid en de vrijheid de meeste bescherming toekomt (lid 2), meer dan eigendom (lid 3), en nog weer meer dan zuivere vermogensschade en contractuele relaties (lid 4). Verder kan ook de aard van de aansprakelijkheid, de belangen van de dader en het publieke belang een rol spelen (lid 5 en 6).

⁵⁵ Als model voor de ontwikkeling – in tijd gemeten – van specifieke rechtsgebieden binnen het aansprakelijkheidsrecht lijkt de flexibele benadering overigens zonder meer gangbaar.

vaar van onvoorspelbaarheid en zelfs willekeur in zich (zeker als geen rechtseenheidvoorziening op Europees niveau bestaat).⁵⁶

3.4 Onbesuisd gebruik van risicoaansprakelijkheden?

Beide groepen gaan uit van gelijkwaardigheid en een vloeiende overgang tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid.⁵⁷ Misschien heeft dat geleid tot de onbezorgde en soms tamelijk onbesuisde toepassing van risicoaansprakelijkheden.

Er zijn gangbare, althans niet heel vernieuwende risicoaansprakelijkheden in de beide Principles opgenomen, maar ook zeer vergaande. Bij de 'klassieke' kan worden gedacht aan ouders die 'accountable' zijn voor de schade toegebracht door het kind, aan werkgevers voor schade door ondergeschikten veroorzaakt, aan 'defective premises' en aan dieren.⁵⁸ Dat zijn gangbare categorieën van risicoaansprakelijkheid in Europa. Maar er zijn ook écht vernieuwende keuzes gemaakt.⁵⁹ Onder de werking van de SGECC Principles is de exploitant van een industriële installatie aansprakelijk als letsel of schade aan eigendom ontstaat door de verwezenlijking van het risico verbonden aan het exploiteren van de installatie, mits sprake is van 'a defective operation of the plant.' (Art. 3:206).⁶⁰ De houder van een motorrijtuig is aansprakelijk voor letsel- en zaakschade indien 'this is caused by the use of the vehicle' (Art. 3:207), zonder dat een overmachtverweer mogelijk lijkt. De houder van een gevaarlijk object of gevaarlijke stof en ook degene die een gevaarlijke activiteit ontplooit, of een gevaarlijk 'proces' in werking stelt, is ook risicoaansprakelijk (Art. 3:208). Een object is gevaarlijk als het niet de veiligheidskenmerken heeft die men in de gegeven omstandigheden mag verwachten, een stof is gevaarlijk als het bekend is dat deze een kenmerk heeft dat een bijzonder gevaar oplevert voor personen of zaken, en een activiteit of het initiëren van een proces is gevaarlijk als het naar gangbare opvattingen een risico in het leven roept dat niet onder 'sufficient control' kan worden gebracht.

Het in het leven roepen van deze aansprakelijkheden telt naar onze mening op zichzelf al als 'het initiëren van een proces dat een risico in het leven roept dat niet onder 'sufficient control' kan worden gebracht'. Het is immers volstrekt onoverzienbaar waartoe met name deze laatste aansprakelijkheidsgrond kan leiden. Willen wij dat de

⁵⁶ Hier speelt het gebrek aan 'comments' ons dus duidelijk parten. Dat wrekt zich ook elders. Koziol, *ZEuP* 2004, p. 239-241, geeft bijvoorbeeld een toelichting bij het 'Rechtswidrigkeitsconcept' van de PETL en de drietrapsraket die de opstellers hebben beoogd: de eerste stap betreft de vraag of een beschermd belang in gevaar is gebracht. Is dat het geval, dan is er 'tatbestandmässig' en dus 'abstrakt rechtswidrig' gehandeld. Vervolgens dient getoetst te worden of er 'Sorgfaltwidrig' is gehandeld, hetgeen een concretere, maar objectieve toets betreft. In de derde plaats gaat het er dan nog om of de concrete dader ook een verwijt gemaakt kan worden (subjectieve schuld). Het voorgaande ontlene wij, als gezegd, aan wat Koziol daarover schrijft, maar daarmee is meteen ook een probleem geduid. Want de opbouw zoals geschetst, konden wij (om eerlijk te zijn) niet zelf uit de PETL als zodanig destilleren. Wij hadden de uitleg van Koziol nodig. Dat kan uiteraard aan ons liggen, maar het zou ook kunnen betekenen dat die opbouw wellicht onvoldoende uit de verf komt.

⁵⁷ Koziol, *ZEuP* 2004, p. 238. Vgl. ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. KUB, BJU: Den Haag 2001, p. 469-470.

⁵⁸ Zie m.n. Artt. 3:201, 202, 203 en 204 SGECC. De PETL zijn minder uitvoerig en gaan hierin minder ver; zie ook hierna. De aansprakelijkheid van ouders is geregeld als een schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast (Art. 6:101). Iemand is wel risicoaansprakelijk voor het gedrag van een hulppersoon (Art. 6:102).

⁵⁹ Von Bar zinspeelde in *ZEuP* 2001, p. 527, al op deze bepalingen, ook al was e.e.a. naar hij schreef toen nog 'im Fluss'.

⁶⁰ De titel van Art. 3:206 ("Accountability for Damage Arising from Activities Dangerous to the Environment") lijkt ons wat te ruim, omdat vergoeding van ecoschade in ruime zin niet is geregeld.

Staat risicoaansprakelijk is voor het op proefverlof sturen van TBS-patiënten? Of de moordenaar van een geliefd politicus voor ernstige onlusten die na de moord uitbreken? Is de exploitant van een stuwmeer altijd aansprakelijk als de stuw defect blijkt en het water ‘beyond control’ wegspoelt? Is de standhouder op de Bovenkarspelse Flora risicoaansprakelijk voor het verspreiden van aerosolen met legionella-bacteriën? Is dat door de opstellers allemaal bedoeld en voorzien? En zo nee, hoe voorkomt de tekst van de Principles dan dat deze ruime uitleg er aan gegeven wordt? Wij vinden dit te ongeclausuleerde bepalingen, omdat het object van de risicoaansprakelijkheid onbepaald is.

Datzelfde bezwaar geldt ook, zo verwachten wij, voor de keuzes van de EGTL. De PETL kent namelijk een risicoaansprakelijkheid voor ‘abnormally dangerous activities’ (Art. 5:101). Hij die een abnormaal gevaarlijk activiteit uitoefent, is aansprakelijk voor de schade die karakteristiek is voor het risico dat de activiteit met zich brengt en daaruit resulteert. Dit is een heel open geformuleerde risicoaansprakelijkheid: een activiteit is abnormaal gevaarlijk als deze ook bij volledig zorgvuldig handelen een voorzienbaar en significant risico van schade met zich brengt, en het geen veelvuldig gebruikte zaak betreft (‘common usage’).⁶¹ Wij kunnen bij benadering wel bedenken dat ‘low probability, high consequence’-gebeurtenissen er onder vallen (kernongevallen, olierampen, [521] etc.), maar let wel: het gaat hier om een open categorie. Het lijkt ons niet altijd gemakkelijk in te schatten of een activiteit wel of niet onder de werking valt (vuurwerkopslag wel of niet? het ontwikkelen van een nieuw virus wel of niet?). Juist bij risicoaansprakelijkheden, die hun bestaansrecht (en verzekeraarbaarheid) veelal ontleen aan een nauw omschreven toepassingsgebied, zou daarom juist geen abstracte, maar een heel concrete en afgebakende rechtsregel beter zijn.

Daarnaast heeft de EGTL er voor gekozen, hoewel niet unaniem, om een vorm van ‘enterprise liability’ op te nemen,⁶² die er kort gezegd op neer komt dat de bewijslast ten aanzien van de ‘fault’ wordt omgekeerd als er binnen een onderneming schade ontstaat door een defect. De redenen daarvoor zijn gelegen in de mogelijkheid van spreiding van schade en het profijtbeginsel.⁶³ Die bewijslastomkering lijkt ons nog verdedigbaar (zij het vérgaand),⁶⁴ maar dat kan niet gelden voor de regel van Art. 5:102 lid 2 PETL. In deze bepaling wordt namelijk toegestaan dat nieuwe categorieën van risicoaansprakelijkheid gevonden kunnen worden bij wege van *analogie* met andere bronnen met een vergelijkbaar risico van schade. Dit op het recente Zwitserse Ontwerp Wessner/Widmer terug te voeren idee is redelijk uniek, omdat juist bij risicoaansprakelijkheden analogieën met grote terughoudendheid worden toegepast.⁶⁵ Zorgelijker dan alleen uniek: het is als rechtsregel vooral ook een onverstandige regel.⁶⁶ Juristen zijn namelijk met analogie-redeneringen aan hun zijde té vaardig in het

⁶¹ Mogelijk is met dat laatste beoogd om bepaalde bronnen van gevaar (bijv: als automobilist deelnemen aan het verkeer) uit te sluiten?

⁶² Zie Koziol, *ZEUP* 2004, p. 250, Art. 4:202 PETL en Spier, *a.w.*, p. 329 e.v., met name p. 336-337.

⁶³ Aldus Koziol, *ZEUP* 2004, p. 250-251.

⁶⁴ Het spreidingsargument is bovendien zeer waarschijnlijk niet voor alle gevallen empirisch te staven.

⁶⁵ Vgl. Magnus, *a.w.* (Towards...), p. 215.

⁶⁶ Misschien moet hetgeen Koziol, *ZEUP* 2004, p. 252, aanvoert, daarom worden verstaan als een oproep om op Europees vlak niet zozeer tot rechtsregels maar tot uitgangspunten te komen (‘Basiswertung’). Koziol verwijst naar het Zwitserse recht, dat in art. 50 lid 1 van het ontwerp Widmer/Wessner (zie <http://www.ofj.admin.ch/themen/haftpflicht/intro-d.htm#Zusammenfassung>) eenzelfde algemeenheid hanteert: “Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt.” Uiteindelijk is naar onze inschatting geen sprake van een ‘echte’ Generalklausel, aangezien lid 2 een opsomming geeft van activiteiten die als ‘besonders gefährlichen Tätigkeit’ hebben te gelden (het Kurzkomentar stelt zelfs dat het tweede

aan elkaar praten van twee of meer volstrekt verschillende kwesties, dus een verlot tot analogie lijkt ons voor dit terrein een gevaarlijk instrument.⁶⁷

Of er overigens op korte termijn veel van deze voorstellen terecht zal kunnen komen, valt te betwijfelen. Gezien de strubbelingen bij de totstandkoming van de milieu-aansprakelijkheidsrichtlijn lijken deze vérgaande voorstellen van beide groepen ons vooralsnog een brug te ver te zijn.

4. *Waarheen, waarvoor: over nut en noodzaak van geharmoniseerd aansprakelijkheidsrecht*

4.1 *Onbeantwoorde voorvraag: waarom harmoniseren?*

We hebben erg veel waardering voor het vele werk, monnikenwerk waarschijnlijk, dat door de leden van beide groepen verricht is. Het aansprakelijkheidsrecht in Europa is beter in kaart gebracht en dat leidt tot meer inzicht in waar de pijnpunten zitten. Dat is waardevol, maar is het voldoende rechtvaardiging voor het opstellen van deze Principles? Wij hebben hier toch wel twijfels over. Onze indruk is dat zowel de SGECC als de EGTL er voetstoots vanuit zijn gegaan dat het nodig en nuttig is om het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht op Europees niveau te harmoniseren. De prealabele vraag of die noodzaak werkelijk aanwezig is, wordt door de SGECC en de EGTL in elk geval niet pregnant aan de orde gesteld.⁶⁸ Men is gewoon begonnen. Dat is overigens een verwijt dat de beoefenaren van het Europees privaatrecht wel vaker gemaakt kan worden.⁶⁹

Toch is het jammer dat de voorvraag niet expliciet lijkt te zijn gesteld, eens te meer nu het over het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht gaat. De voor het overeenkomstenrecht geldende rechtvaardiging voor harmonisatie – wegnemen van marktdistorties door harmonisatie van met name het consumentencontractenrecht – gaat natuurlijk minder op voor het delictuele aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid. De signalen in de literatuur dat harmonisatie wellicht niet wenselijk of nodig zou zijn, moeten dan ook serieus worden genomen.⁷⁰ Dat laat overigens onverlet dat [522]

lid de activiteiten van het eerste lid *definiert*), maar uit § 2.4.4.2 van het *Erläuternder Bericht* bij de Zwitserse *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts* (Widmer/Wessner) blijkt dat de opstellers daadwerkelijk de analoge toepassing van wettelijke risicoaansprakelijkheden voor ogen hebben gehad bij het formuleren van dit eerste lid.

⁶⁷ Anders: *Erläuternder Bericht* bij de Zwitserse *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts* (Widmer/Wessner), § 2.4.4.2.

⁶⁸ Kritisch ook Banakas, *ERPL* 2002, p. 365, en M. Faure, How Law and Economics May Contribute to the Harmonisation of Tort Law in Europa, in: R. Zimmerman (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos:Baden-Baden 2003, p. 78. Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 477-478, raken wel aan deze vraag maar omzeilen het antwoord eigenlijk weer net zo snel weer door ‘convergence’ gewoon zeer ‘desirable’ te noemen en vervolgens aan te geven dat het aan de (rechts)economen is om ons een antwoord te geven. Er is voor zover wij kunnen overzien verhoudingsgewijs veel meer aandacht voor de vraag of de EU bevoegd zou zijn om op dit terrein (en breder: voor de creatie van een Europees BW) tot harmonisatie te komen, zie bijvoorbeeld Magnus, *a.w.* (Towards...), p. 208-212, een vraag die wij veel minder interessant vinden omdat die bevoegdheid alsnog geschapen kan worden als de politieke bereidheid tot harmonisatie aanwezig blijkt te zijn. Dát is een eerste voorwaarde. Vgl. Banakas, *ERPL* 2002, p.365: ‘If there is a need, the will must be found’.

⁶⁹ Verfrissend kritisch ten aanzien van de noodzaak van harmonisatie (voor het contractenrecht) zijn J.M. Smits en R.R.R. Hardy, De toekomst van het Europees contractenrecht, *WPNR* 6513 (2002), p. 827 e.v., en M.W. Hesselink, Naar een coherenter Europees contractenrecht, *NJB* 2003, p. 2086 e.v.

⁷⁰ Hartlief heeft zich, ook met Faure (zie nog Faure, *a.w.* (Grundstrukturen), p. 31 e.v.), sterk teweer gesteld tegen het ‘heilige moeten’ van harmonisatie, zie bijvoorbeeld T.Hartlief, Op weg naar een Eu-

harmonisatie van *belangrijke* delictuele marktregels zeker nuttig is: het is vanuit het Europese streven naar een gelijke mededingingsomgeving heel goed verdedigbaar dat niet alleen de voorwaarden voor vernietiging van een koopcontract wegens bedrog in Athene dezelfde moeten zijn als in Appelscha (wat ze overigens nog niet zijn), maar ook dat oneerlijke concurrentie onder dezelfde voorwaarden bevochten kan worden in Glasgow als in Gouda.⁷¹

4.2 *Geen expliciete discussies over kernvragen?*

De voorvraag: ‘waarom harmoniseren?’, is onderbelicht gebleven. Ook hebben wij de indruk dat er weinig aandacht is besteed – maar, als gezegd, de commentaren bij de Principles moeten nog verschijnen – aan de fundamenteen: wat zijn de doelen, middelen, en paradigma’s van het Europese aansprakelijkheidsrecht? Zorgelijk vinden wij dat Koziol laat doorschemeren dat het doel van het aansprakelijkheidsrecht volgens de PETL primair vergoeding van schade is (‘Ausgleichsfunktion’) en daarna pas preventie. Immers, zo stelt hij, van aansprakelijkheid kan pas sprake zijn als er schade is.⁷²

Wij zouden een fundamentele discussie hierover nodig achten voordat conclusies kunnen worden getrokken in de vorm van Principles. Want als compensatie het primaire doel is, zijn wellicht andere prioriteiten in het aansprakelijkheidsrecht denkbaar. En een stelsel van aansprakelijkheidsrecht dat niet eens de aspiratie heeft om preventie te stimuleren, verdient – om het maar even zwart/wit te stellen – onherroepelijke afschaffing en vervanging door een no-fault compensatiesysteem.

Wat wij ook zorgwekkend vinden, is dat binnen de SGECC kennelijk druk gedebatteerd is en wordt over de reikwijdte van individuele verantwoordelijkheid. Waar het gaat om de eventuele invloed van wilsonbekwaamheid op de aansprakelijkheid van een persoon door een geestelijke tekortkoming mogelijk als verweer te erkennen, blijken de meningen verdeeld. De Principles noemen namelijk (Art. 5:301) een aantal alternatieven: (1) wilsonbekwaamheid is geen verweer en staat dus niet aan aansprakelijkheid in de weg, (2) wilsonbekwaamheid is wel een verweer tegen aansprakelijkheid maar kan toch tot ‘equity liability’ leiden in evenredigheid met de wederzijdse stand en fortuin, (3) wilsonbekwaamheid is een volledig verweer tegen ‘accountability’. Is dit werkelijk een maatschappelijk probleem dat verdeeldheid onder hooggeleerden verdient? Zet deze kennelijke verdeeldheid nu eens af tegen de doos van Pandora die de SGECC-leden – kennelijk zonder ‘dissent’ – hebben geopend door risico-aansprakelijkheden in het leven te roepen die een in maatschappelijk opzicht veel verdergaande impact kunnen hebben dan het vraagstuk van wilsonbekwamen ooit zal

ropees aansprakelijkheidsrecht?, *TPR* 2002, p. 945 e.v.; T. Hartlief, Harmonization of European Tort Law. Some Critical remarks, in: M. Faure, J. Smits & H. Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Intersentia: Antwerpen 2002, p. 225 e.v., en T. Hartlief, M. Faure, Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa?, *NJB* 2003, p. 170 e.v. Zie ook nog Wagner, *a.w.*, p. 192 e.v. Er zijn overigens ook auteurs die concluderen dat harmonisatie wel nodig is of moet, zie Magnus, *a.w.* (Towards...), p. 206 e.v., en dezelfde, *FS Widmer*, p. 221 e.v. (hij is overigens lid van de EGTL), en Banakas, *ERPL* 2002, p. 366-368.

⁷¹ De indrukwekkende studie onder leiding van Chr. von Bar en U. Drobnig, *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law* (uitgebracht i.o.v. de EU; http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf, verschenen als *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004), laat o.i. enigszins onderbelicht dat het EU-belang bij ‘tort law’ in de eerste plaats in het eenmaken van marktcondities gelegen moet zijn. Zie vooral *a.w.*, nr. 707.

⁷² Koziol, *ZEuP* 2004, p. 237. Zie hieromtrent nog Art. 10:101 PETL waarin beide doelen genoemd worden. Wij zouden die doelen echter veeleer in Art. 1:101 PETL verwacht hebben.

hebben. Wij vinden het eerlijk gezegd niet verdedigbaar dat de keuzes zo zijn uitgevallen.

En als men dan al de discussie over aansprakelijkheid van wilsonbekwamen voert, doe het dan vooral ook op het niveau van de beginselen. Zo'n discussie zou een prima moment zijn om de fundamentele vraag aan te vatten wat de grondslagen van Europees aansprakelijkheidsrecht zijn en/of zouden moeten zijn. Is de vrije wilsvorming een onmisbaar fundament van persoonlijke aansprakelijkheid? Zo ja, dan kan aansprakelijkheid van wilsonbekwamen en kleine kinderen worden geschrapd. Of moeten de aan hen inherente gevaren door middel van het aansprakelijkheidsrecht worden verdeeld binnen de Europese maatschappij? Of zou dat suggereren dat zij de samenleving tot last zijn?

Dat zijn uiteraard pittige vraagstukken, maar ze lijken ons wel essentieel. Wij denken dat de manier waarop de SGECC en de EGTL tewerk zijn gegaan, ertoe heeft geleid dat deze vraagstukken niet goed op de agenda zijn gekomen. Men is gaan werken aan een grondige inventarisatie van het geldend recht, met verwerking van veel details,⁷³ om vervolgens – zo vermoeden wij – een betrekkelijk willekeurig verlopende discussie te voeren over de wenselijke 'Europese' regel.⁷⁴ Die discussie zal hoogstwaarschijnlijk met gezagsargumenten en juridische onderbuik-gevoelens zijn gevoerd. Voor het opstellen van *regels* is dat een wellicht wel een werkbare methode, maar om tot de *principles*, de beginselen van het recht door te dringen, lijkt het ons een minder geschikte werkwijze.⁷⁵

4.3 Wat kunnen we met Principles?

Waar toe hebben de Principles geleid en waar toe zouden ze nog kunnen leiden?⁷⁶ Heel praktisch gesproken: hebben de rechter in Amsterdam, de wetgever in Parijs, de verzekeraar in London, de advocaat in Barcelona, een procespartij waar dan ook er iets aan?⁷⁷ Niet echt. Wij verwachten niet dat de Hoge Raad bij de toepassing van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op korte termijn voor een bepaalde uitleg zal kiezen, omdat dat de oplossing van een van de Principles is. Om een voorbeeld te noemen: het aansprakelijkheidsrechtelijke deel van het stakingsrecht is sterk nationaal getint. Wij zien niet in hoe dat eenvoudig te harmoniseren is op een wijze die werkbaar is en tot vergelijkbare uitkomsten in de verschillende landen zal leiden. Niet voor niets heeft de SGECC besloten de vingers er niet aan te branden en is de regeling uitgesloten van behandeling (Art. 7:205). En zo zijn er meer onderwerpen die niet geharmoniseerd worden met **[523]** een simpele Europese 'basisnorm'.

In de literatuur wordt wel gewezen op de mogelijkheid om Principles te gebruiken bij de uitleg van die regels die al geharmoniseerd of geüniformeerd zijn, net zoals dat voor de Principles of European Contract Law (PECL) bedacht is.⁷⁸ Gezien het beperkte aanbod op ons terrein van dat soort, nu reeds geharmoniseerde regels (zie §

⁷³ Nogmaals: daarin is men ook absoluut geslaagd.

⁷⁴ Voor een verslag van de 'modus operandi', zie bijvoorbeeld Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 490-492; Koziol, *ZEuP* 2004, p. 235, en <http://civil.udg.es/tort/Principles/project.htm>.

⁷⁵ Magnus, *a.w.* (Towards...), p. 214, begint wel met een uiteenzetting van de functies van het aansprakelijkheidsrecht. Wij erkennen dat de EGTL wel iets van zijn beginselen laat doorschemeren, namelijk in de regeling van de schadevergoeding (Art. 10:101), maar een centrale plaats hebben de functies daarmee niet verworven, zo lijkt het.

⁷⁶ Volgens Jansen, *ZEuP* 2001, p. 49-50, bestaat er nog geen Europees aansprakelijkheidsrecht omdat de daartoe benodigde gemeenschappelijke begrippen, dogmatiek en normatieve beslissingen ontbreken. Dat is echter precies wat de hier besproken groepen proberen te bereiken.

⁷⁷ Zie J. Spier, *Studia Iuridica*, p. 59-64, die hier mee lijkt te worstelen.

⁷⁸ Zie Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 482.

perkte aanbod op ons terrein van dat soort, nu reeds geharmoniseerde regels (zie § 2), zal die functie op korte termijn echter niet al te belangrijk kunnen zijn. Daar komt nog bij dat het hier geen overeenkomstenrecht betreft waarbij de partijen elkaar al kennen en ze voordat er een geschil is, voor toepassing van Europeesprivaatrechtelijke regels zouden kunnen kiezen.⁷⁹ Gezien die beperkingen zal het ervoor gehouden moeten worden dat de Principles met name als een ‘source of inspiration’ beogen te dienen,⁸⁰ vergelijkbaar met zoals de Hoge Raad nu al rechtsvergelijking aanbeveelt bij het vaststellen van de hoogte van smartengeld.⁸¹

Maar naast het praktische belang staat het academische belang, en dat is naar onze mening enorm groot. Wij vinden dat deze initiatieven de wetenschap van het aansprakelijkheidsrecht hebben verrijkt en op een wezenlijk hoger niveau hebben gebracht. Dát is de verdienste van de SGECC en de EGTL: de academici in Porto en Groningen hebben er wèl iets aan. Maar dat geldt dan wel met die kanttekening dat het nauwgezet formuleren van Principles daarvoor niet per se noodzakelijk was. De academici zijn vooral geïnteresseerd in wat er aan die formulering vooraf ging, welk onderzoek gedaan is, welk materiaal verzameld is, en hoe de discussie verliep. Zij wachten met smart op de *official comments*.

4.4 En de EU dan?

Teneinde de cirkel rond te maken, rijst nog de vraag of de EU meer kan of moet doen. De EU vraagt zich dat zelf ook af.⁸² De conclusie is vooralsnog dat ‘tort law’ als rechtsgebied een ondergeschikte positie heeft als het gaat om de werkzaamheden en activiteiten van de Europese Commissie.⁸³ Er zal ongetwijfeld in de nabije toekomst meer aandacht voor ontstaan, al was het maar omdat de ontwikkeling op het nauw verwante terrein van het contractenrecht dat met zich zal brengen.⁸⁴ Of dat algemene resultaten zal opleveren, dient afgewacht te worden. Wij denken dat aan het bestaande beeld vooralsnog weinig zal veranderen. De redenen daarvoor zijn eenvoudig dat de politieke noodzaak er niet is om veel aan het onrechtmatige daadsrecht in het algemeen te gaan sleutelen. En als het al nodig zou zijn om op een bepaald deelterrein wel iets te doen, hoeft en zal dat niet op coherente en alomvattende wijze gebeuren.

Het zal voorlopig dus bij ‘patchwork’ blijven, tot geluk van sommigen en verdriet van anderen.⁸⁵ En het zal niet eenvoudig zijn om de stukken van het ‘patchwork’ aan te pakken die het aanpakken waard zijn. Dat zal zeker niet eenvoudig zijn als de nationale context van grote invloed is op de delictuele rechtsregels. Voorbeelden daarvan zijn, zo denken wij, het delictuele stakingsrecht en het delictuele beroepsaansprakelijkheidsrecht. Maar ook een poging tot harmonisatie van het ongevallenrecht zal vooral tot dilemma’s en niet tot harmonisatie aanleiding geven. Dat ligt niet direct aan het ongevallenrecht zelf, maar wel aan de onmiskenbaar nauwe band die dit rechtsgebied heeft met het sociale zekerheidsrecht (en daarmee ook met de regresproblematiek

⁷⁹ Zulks wordt overigens erkend, zie Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 487. Zie ook nog Magnus, *FS Widmer*, p. 227, en Wagner, *a.w.*, p. 193.

⁸⁰ Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, p. 488.

⁸¹ HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (Druijff/B.C.E. Bouw).

⁸² Zie het rapport uitgebracht onder redactie van Von Bar/Drobnig, *a.w.*

⁸³ Zo ook bijvoorbeeld Magnus, *FS Pierre Widmer*, p. 221.

⁸⁴ Zo is er in de Mededeling van de Commissie inzake het overeenkomstenrecht, COM (2001) 398 en het actieplan ‘Een coherenter Europees Verbintenissenrecht’ (*Pb EG* 2003/C 63/1) waarin ook ‘tort law’ genoemd wordt. Het aansprakelijkheidsrecht is expliciet op de agenda gezet door Von Bar/Drobnig, *a.w.*

⁸⁵ Hartlief, *a.w.*, p. 230, in reactie op Magnus, *a.w.* (Towards...).

op dat vlak).⁸⁶ Daarmee raakt men aan politiek gevoelig terrein.⁸⁷ Een om het beeld compleet te maken: aan de andere kant van het spectrum, de gevallen waarin het gaat om de vergoeding van ‘pure economic loss’, kan men het ook al niet eenvoudig eens worden, zo lijkt het.⁸⁸ En dan de risicoaansprakelijkheden: de ontstaansgeschiedenis van de milieu-aansprakelijkheidsrichtlijn laat zien dat men niet licht moet denken over harmonisatie van risicoaansprakelijkheid. Wij denken dat daar waar de Principles nieuwe wegen inslaan op dit vlak, zij hun hand behoorlijk overspelen. Anderzijds: er kan binnen de EU ook veel ongemerkt gebeuren. Opvallend is bijvoorbeeld dat de EU terzake van dood en letsel van vliegtuigpassagiers – en binnenkort ook treinpassagiers – een innovatieve weg is ingeslagen door een risicoaansprakelijkheid met een gemaximeerd bedrag te combineren met een in beginsel onbegrensde schuldaansprakelijkheid (met omkering van de bewijslast), gecombineerd door een recht op voorschotten.⁸⁹ Maar ja, dat is eigenlijk ook weer contractenrecht...

5. Tot slot

De conclusie ligt voor de hand. Studiegroepen op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht bieden een schat aan kennis en inzicht en brengen de Europese privaatrechtswetenschap op een wezenlijk hoger niveau. Maar als het Europees aansprakelijkheidsrecht de komende jaren wil groeien, zal het moeten opborrelen uit het samenstel (of moeten we zeggen: samenraapsel) van concrete Europese regelgeving voor concrete maatschappelijke problemen. Een beginselprogramma op abstract niveau wordt niet verzorgd door de EU. En misschien is dat maar goed ook. De Europese privaatrechtswetenschap moet de komende twintig jaar immers ook een reden van bestaan hebben.

⁸⁶ Zie Wagner, *a.w.*, p. 194-196 en p. 339. Vgl. verder de bijdragen in B.A. Koch, H. Koziol (eds.), *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer: Wien 2003, en in U. Magnus (ed.), *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, Springer: Wien 2003.

⁸⁷ Binnen de SGECC is dan ook voor het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid afgezien van een regeling, zie opnieuw Art. 7:205.

⁸⁸ Zie met verdere verwijzingen W.H. van Boom, H. Koziol, Chr.A. Witting (eds), *Pure Economic Loss*, Springer: Wien 2004, met name p. 39-40 en p. 202 e.v. Vgl. verder nog Faure, *a.w.* (Grundstrukturen), p. 81, en Wagner, *a.w.*, p. 339.

⁸⁹ Zie Vo. EG/2027/97, gewijzigd bij EG/889/2002 (deels verwijzend naar het verdrag van Montreal 1999) voor luchtvaart, en COM (2004) 143 def. voor Spoorwegen. Vgl. overigens voor schade van zeepassagiers COM (2003) 375 def.