

*Rotterdam Institute of Private Law  
Accepted Paper Series*

***PETL: Remedies, Damages en  
een epiloog***

*S.D. Lindenberg*

*Published in  
AV&S, 2008, 221-228*

Prof. mr S.D. Lindenberg

## I. Inleiding

1. Zoals gebruikelijk is in het denken over aansprakelijkheid komen de ‘remedies’, de sancties, aan bod als het sluitstuk van de regeling van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>1</sup> Dat is in de Principles of European Tort Law niet anders: de remedies – in feite gaat het alleen over schadevergoeding – zijn weergegeven in Title VI, die bestaat uit het laatste hoofdstuk (10), dat de art. 10:101 tot en met 10:401 bevat. Opmerkelijk daaraan is dat de PETL een onderscheid maken tussen ‘damage’ (schade) en ‘damages’ (schadevergoeding) en als gevolg daarvan een scheiding aanbrengen tussen elementen die in verschillende rechtsstelsels (zoals bijv. het onze) grotendeels onder dezelfde noemer (schadevergoedingsrecht) worden behandeld. Ik heb daarop al eerder gewezen<sup>2</sup>, maar kom er hierna nog weer op terug. Verder is – vanuit ons, maar ook vanuit bijv. het Duitse stelsel bezien – opmerkelijk dat de schadevergoedingsregeling alleen betrekking heeft op de schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Dat is natuurlijk begrijpelijk omdat de PETL nu eenmaal tot de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad beperkt zijn, maar systematisch (en vanuit Nederlands perspectief) is het in feite een ‘stap terug’.<sup>3</sup> Veel – zo niet alles – wat hier over schadevergoeding wordt gezegd, kan immers evenzeer gelden voor schadevergoeding wegens schending van contractuele plichten. De hierna te bespreken regeling geldt overigens niet alleen voor ‘schuldaansprakelijkheid’ uit onrechtmatige daad, maar ook voor risicoaansprakelijkheden.<sup>4</sup>

2. De onderhavige bijdrage is de laatste in deze reeks. Ik veroorloof mij daarom aan het slot (onder V) enkele afsluitende opmerkingen die de gehele PETL en de daarover verschenen reeks van bijdragen betreffen.

## II. Tekst

3. Het hoofdstuk over Damages is onderverdeeld in een viertal secties: 1. Damages in general, 2. Pecuniary damage, 3. Non-pecuniary damage en 4. Reduction of damages. Dat betekent dat een aantal onderwerpen die ‘wij’ tot het schadevergoedingsrecht rekenen niet hier, maar elders zijn geregeld. Het gaat bijvoorbeeld om bepalingen inzake beschermde belangen (art. 2:102 e.v.), bewijs en schatting van schade (art. 2:105), causaliteitskwesies (art. 3:101 e.v.) en eigen schuld (art. 8:101), die alle reeds eerder werden besproken. De eerste sectie van hoofdstuk 10 vangt aan met een algemene bepaling waarin de aard en het doel – beter: de doelen – van schadevergoeding worden verwoord:

---

<sup>1</sup> Dat geldt althans voor wetgever en doctrine; partijen zullen zich in de praktijk doorgaans juist in de eerste plaats afvragen wat zij met een actie kunnen bereiken.

<sup>2</sup> Zie mijn eerdere bijdrage ‘PETL: General Conditions of Liability, Damage’, AV&S 2007, nr. 13, p. 83-87.

<sup>3</sup> De Principles of European Contract Law kiezen overigens in art. 9:502 m.b.t. schadevergoeding eenzelfde vertrekpunt als art. 10:101 PETL.

<sup>4</sup> Aldus de toelichting op p. 151.

#### 'Art. 10:101 Nature and Purpose of Damages

Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.'

Wat direct opvalt aan deze bepaling is dat zij niet alleen een inhoudelijke regel geeft (vergoeding in geld om de positie zonder fout te herstellen), maar ook iets zegt over de doeleinden van die vergoeding: compensatie *en* preventie.

4. Vervolgens worden enkele meer technische regels gegeven die wij herkennen als 'ineens of periodiek', 'voordeeltoerekening', en 'schadevergoeding anders dan in geld':

#### 'Art. 10:102 Lump Sum or Periodical Payments

Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate with particular regard to the interests of the victim.'

#### 'Art. 10:103 Benefits Gained Through the Damaging Event

When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.'

#### 'Art. 10:104 Restoration in Kind

Instead of damages, restoration in kind can be claimed by the injured party as far as it is possible and not too burdensome to the other party.'

De laatste bepaling houdt nauw verband met het feit dat in art. 10:101 vergoeding in geld als beginsel voorop wordt gesteld. Ik kom op die verhouding straks terug.

5. In de secties 2 en 3 maken de PETL een onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel. In sectie 2 worden enkele nadere bepalingen met betrekking tot de vergoeding van vermogensschade (aanduiding van wat vermogensschade inhoudt, vermogensschade bij letsel en overlijden en zaakschade) gepresenteerd:

#### 'Art. 10:201 Nature and Determination of Pecuniary Damage

Recoverable pecuniary damage is diminution of the victim's patrimony caused by the damaging event. Such damage is generally determined as concretely as possible but it may be determined abstractly when appropriate, for example by reference to a market value.'

#### 'Art. 10:202 Personal Injury and Death

- (1) In the case of personal injury, which includes injury to bodily health and to mental health amounting to a recognised illness, pecuniary damage includes loss of income, impairment of earning capacity (even if unaccompanied by any loss of income) and reasonable expenses, such as the cost of medical care.

- (2) In the case of death, persons such as family members whom the deceased maintained or would have maintained if death had not occurred are treated as having suffered recoverable damage to the extent of loss of that support.'

'Art. 10:203 Loss, Destruction and Damage to Things

- (1) Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the value of the thing or the diminution in its value and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.
- (2) Damages may also be awarded for loss of use of the thing, including consequential losses such as loss of business.'

6. De derde sectie bevat een bepaling waarin wordt aangegeven onder welke omstandigheden een recht bestaat op vergoeding van 'non-pecuniary damage' en hoe deze schade moet worden begroot:

'Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage

- (1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.
- (2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.
- (3) In cases of personal injury, non-pecuniary damage corresponds to suffering of the victim and the impairment of his bodily or mental health. In assessing damages (including damages for persons having a close relationship to the deceased or seriously injured victims) similar sums should be awarded for objectively similar losses.'

7. De vierde sectie ten slotte, bevat een bepaling over matiging van de vergoeding:

'Art. 10:401 Reduction of Damages

In an exceptional case, if in the light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (Article 1:101), the scope of protection of the interest (Article 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular.'

### III. Toelichting<sup>5</sup> en evaluatie

#### Aard en doel van schadevergoeding

8. Volgens de toelichting op art. 10:101 PETL is het nodig het begrip damages te definiëren, omdat continentale stelsels daarmee minder bekend zouden zijn dan 'common law systems'. Bovendien is het nodig 'to fix the aims which damages are intended to serve since there is no full unanimity in this respect among the different legal systems.' De toelichting doet dat als volgt:

'By requesting that money, so far as money can, should restore the victim to his or her non-violated position, the Article states implicitly that compensation is the primary aim of damages. On this primary aim all European systems agree. Also the aim of prevention of harm is accepted while a punitive purpose of the law of damages is implicitly refused by not mentioning it.'

De PETL kiezen dus impliciet, maar niettemin welbewust, tegen 'punitive damages'. Dat is vanuit een perspectief van consensus alleszins begrijpelijk (punitive damages komen slechts in enkele Europese stelsels voor en dan ook nog in zeer beperkte mate), maar het is niettemin jammer dat aan deze thematiek zo weinig aandacht wordt besteed. De enige opmerking die er nog over wordt gemaakt is dat zij 'are apparently out of proportion to the actual loss of the victim and have only the goal to punish the wrongdoer by means of civil damages.' Dat eerste ('out of proportion') is natuurlijk waar, maar bij het tweede ('only to punish') wordt niet vermeld dat een dergelijk straffen nu juist een preventief oogmerk heeft. En dát – preventie – is volgens art. 10:101 PETL nu juist wel een expliciet doel van schadevergoeding. Ook overigens is het jammer dat preventie en punitive damages niet verder worden uitgewerkt, omdat zij juist middelen kunnen zijn om het handhavend vermogen van het aansprakelijkheidsrecht te vergroten<sup>6</sup>, maar kennelijk zijn we daar in 'Europees verband' nog niet aan toe.<sup>7</sup> Over de preventiedoelstelling wordt nog wel opgemerkt dat, hoewel redelijke kosten van preventie volgens art. 2:104 PETL moeten worden vergoed, schadevergoeding niet kan worden gevorderd op de enkele grondslag van preventie. Niettemin vermeldt de toelichting: 'But for instance, in assessing damages the prevention argument can be taken into account in that it should not be cheaper to cause damage than to avoid it.' Wat men daarmee precies op het oog heeft, en hoe deze opmerking zich verhoudt tot het eerder opgeworpen 'out of proportion'-bezwaar tegen punitive damages, laat de toelichting helaas in het midden. Al met al lijkt hetgeen het slot van art. 10:101 PETL bepaalt mij niet meer dan een lippendienst aan preventie.

9. Het is wat mij betreft een verdienste dat in de PETL uitdrukkelijk voorop wordt gesteld dat schadevergoeding ertoe dient de benadeelde te plaatsen in de positie waar-

<sup>5</sup> De toelichting op het hoofdstuk over Remedies is van Ulrich Magnus (art. 10:101-203), Horton Rogers (art. 10:301) en Olivier Moréteau (art. 10:401). In de toelichting is veelvuldig gebruik gemaakt van de eerdere studies van de Studygroup, zoals Ulrich Magnus (ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, Den Haag 2001 en Horton Rogers (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, Wien/New York 2001.

<sup>6</sup> Vgl. W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Oratie Rotterdam, Den Haag 2006.

<sup>7</sup> Vgl. bijv. over het mededingingsrecht J. Boot, 'Privaatrecht en boete, Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging', AA 2008, p. 200-208. Daar is weliswaar met deze gedachte gespeeld, maar heeft de Commissie er toch voor gekozen geen punitive damages in te voeren. De toelichting (p. 151, voetnoot 2) verwijst nog naar art. 24 van het voorstel inzake 'Rome II', waarin punitive damages 'contrary to Community public policy' worden geacht.

in hij zonder de 'wrong complained of' zou hebben verkeerd. Het lijkt wellicht een open deur, maar terecht merkt de toelichting op dat 'it fixes the yardstick according to which the amount of damages is generally assessed'. Dat is in het Nederlandse recht natuurlijk niet anders, maar ons recht laat impliciet dat het perspectief voor de vergoeding telkens uit de specifieke grondslag moet worden afgeleid. Een treffend recent voorbeeld van de relevantie van de grondslag van de aansprakelijkheid voor het perspectief bij schadevergoeding vormt de door de Hoge Raad onlangs geëxpliciteerde aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen op grond van goed werkgeverschap. Die aansprakelijkheid berust niet op het ten onrechte niet voorkomen van het ongeval, maar op het ten onrechte niet voorzien in een behoorlijke verzekeringsdekking. En dat heeft gevolgen voor de omvang van de aansprakelijkheid:

'Indien de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichting zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering als hiervoor bedoeld, is hij jegens de werknemer aansprakelijk voorzover deze door die tekortkoming schade heeft geleden.'<sup>8</sup>

Dat is (vermoedelijk) iets anders dan vergoeding van alle schade die het gevolg is van het ongeval.<sup>9</sup> Er zijn veel meer voorbeelden te bedenken van gevallen waarin de grondslag van de aansprakelijkheid bijzonderheden meebrengt voor het perspectief dat bij de vergoeding tot uitgangspunt moet worden genomen.<sup>10</sup> Zo geldt immers ook bij aansprakelijkheid van de overheid uit rechtmatige daad een eigen omvangsregiem.<sup>11</sup>

10. In het kader van het voorgaande moet ook het in de toelichting onderschreven beginsel van 'full compensation' worden gezien.<sup>12</sup> Het gaat hier om 'restitutio ad integrum' in de zin van volledig herstel. Maar de maatstaf voor dat herstel wordt, zoals hiervoor is uiteengezet, bepaald door de grondslag voor de aansprakelijkheid. De toelichting signaleert nog mogelijke beperkingen aan volledig herstel en noemt in dat verband de waarde van een beschadigde zaak als begrenzing, maar is daarover niet erg helder.<sup>13</sup> Bezieet men vervolgens art. 10:203 over zaakschade, dan blijkt dat daarin een vergoeding van meer dan het waardeverlies mogelijk wordt geacht.<sup>14</sup> Of het in art. 10:101 vooropgestelde beginsel van restitutio ad integrum nog van betekenis is bij andere beslissingen inzake schadevergoeding wordt uit de toelichting niet duidelijk. Ik kom daarop straks nog terug.

11. In het kader van de doeleinden van schadevergoeding merkt de toelichting ten slotte nog op dat de Principles zwijgen over winstafdracht ('gainstripping'), omdat dit wordt gerekend tot de 'province of the law of unjust enrichment or restitution'.<sup>15</sup> Niet-

<sup>8</sup> HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

<sup>9</sup> Zie over de vraag wat dat zou *kunnen* zijn bijv. de noot van Hengeveld en Van Eck, *AV&S* 2008, nr. 28, p. 202 e.v.

<sup>10</sup> Zie voor enkele richtlijnen van de Hoge Raad bij verschillende aansprakelijkheden S.D. Lindenbergh, 'Schadevaststelling en de rol van de deskundige daarbij', *NTBR* 2007, p. 429.

<sup>11</sup> Zie daarover bijv. J.E. Hoitink, *De ontbrekende schakel, eigendomsbescherming als fundament voor schadevergoeding*, Oratie Rotterdam, Den Haag 2006.

<sup>12</sup> Toelichting, p. 151, randnummer 7.

<sup>13</sup> Toelichting, p. 151, randnummer 7.

<sup>14</sup> Vgl. bijv. voor ons recht m.b.t. een onroerende zaak in deze zin HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43 (Den Haag/Van Schravendijk).

<sup>15</sup> Toelichting, p. 152, randnummer 9.

temin wordt erkend dat deze figuur in sommige stelsels ook in het onrechtmatige daadsrecht, bijvoorbeeld bij schending van intellectuele eigendomsrechten, een rol speelt. Vervolgens merkt de toelichting op:

'In these cases and within the general limits which the aims of compensation and prevention set also the gain the tortfeasor made can be taken into account when assessing the amount of damages.'<sup>16</sup>

Deze laatste zin is nogal verhullend, want hij roept nu juist – en wederom – de vraag op of preventie in het kader van het schadevergoedingsrecht een zelfstandige (dat wil zeggen buiten de figuur van compensatie) rol mag vervullen. Houdt men strikt de hand aan de compensatiegedachte, zoals de toelichting elders doet, dan is de schade telkens de ('buiten')maat voor de sanctie en is moeilijk in te zien hoe de genoten winst van betekenis kan zijn voor de begroting van de schade.

#### Lump sum of periodiek, voordeeltorekening

12. Zoals de meeste Europese rechtsstelsels, kennen de PETL in art. 10:102 de mogelijkheid om de schadevergoeding periodiek vast te stellen dan wel in een som ineens.<sup>17</sup> Interessant is dat degene die de schade vaststelt daarbij in het bijzonder heeft te letten op de belangen van de benadeelde. En hoewel degene die begroot hier vrijheid heeft, spreekt de toelichting voor gevallen van blijvende gevolgen van letsel een voorkeur uit voor periodieke betalingen.<sup>18</sup> Hoewel in de praktijk – ook bij letsel – doorgaans de voorkeur wordt gegeven aan kwijting door een som ineens, nopen de daaraan verbonden nadelen wat mij betreft tot herbezinning. Juist de benadeelde, die dan immers maar moet zien hoe hij zijn toekomst financieel inricht en zeker stelt, betaalt van deze praktijk vaak de prijs.<sup>19</sup> In die zin acht ik het juist dat de PETL op dit punt de belangen van de benadeelde voorop plaatsen.

13. Ten aanzien van de voordeeltorekening lijkt art. 10:103 een streng regiem voor te staan, door toerekening van voordelen als hoofdregel te presenteren en uitzonderingen niet toe te laten 'unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit'. Uit de toelichting blijkt evenwel dat in feite het tegendeel is bedoeld. Doorgaans is het de bedoeling van het voordeel om de benadeelde te bevoordelen, maar niet om de aansprakelijke te ontlasten. Daarom zullen uitkeringen uit verzekeringen of sociale voorzieningen waarvoor de benadeelde premie heeft betaald doorgaans niet worden toegerekend en hetzelfde zal gelden voor doorbetaald loon<sup>20</sup> en voor uitkeringen uit vrijgevigheid. De toelichting merkt dan ook op dat, hoewel volgens de tekst toerekening de hoofdregel is, 'the contrary is rather the rule'.<sup>21</sup>

14. In het kader van de toerekening van voordelen komt in de toelichting ook de problematiek van 'nieuw-voor-oud' aan bod: wordt een beschadigde zaak vervangen

<sup>16</sup> Toelichting, p. 152, randnummer 9.

<sup>17</sup> Vgl. voor het Nederlandse recht art. 6:105 BW.

<sup>18</sup> Toelichting, p. 154, randnummer 5.

<sup>19</sup> Zie bijv. S.D. Lindenbergh, 'Vaststelling van letselschade. Veel aandacht voor een fictieve toekomst, weinig voor daadwerkelijke financiële zekerheid', *MvV* 2008, p. 118 e.v.

<sup>20</sup> Of dit betekent dat de werknemer wordt geacht toch loonschade te lijden, of dat is bedoeld dat dit niet aan regres door de werkgever in de weg staat, blijkt niet expliciet uit de toelichting. Uit een eerdere opmerking (randnummer 7) lijkt het laatste te moeten worden opgemaakt.

<sup>21</sup> Toelichting, p. 157, randnummer 8.

door een nieuwe of gerepareerd met nieuwe onderdelen, moet dan een ‘voordeel’ wegens waardevermeerdering op de vergoeding in mindering worden gebracht? Op dit punt lopen de verschillende rechtsstelsels volgens de toelichting nogal uiteen.<sup>22</sup> Het is de vraag of hier het in art. 10:101 neergelegde uitgangspunt van herstel nog van betekenis kan zijn. Neemt men, zoals art. 10:101 doet, tot uitgangspunt dat de schadevergoeding ertoe dient ‘to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed’, dan rijst de vraag voor wiens rekening de praktische onmogelijkheid om feitelijk herstel te bereiken (herstel brengt noodgedwongen verbetering mee) dient te komen. Stel: door een ernstig verkeersongeval met een vrachtwagen raakt een tramkruising beschadigd. Deze moet onmiddellijk worden vervangen (kosten 50.000 euro). De kruising was 30 jaar oud en had normaal gesproken nog 20 jaar mee gekund. De nieuwe kruising kan weer 50 jaar mee. Kan de aansprakelijke partij zich nu met succes verweren door te stellen dat hij slechts 20.000 euro hoeft te betalen, omdat de benadeelde anders een voordeel van ‘30 jaar extra levensduur’ geniet? In feite dringt de aansprakelijke de benadeelde aldus een ongevraagd voordeel op, en het lijkt me niet redelijk dat de benadeelde daarvan de prijs betaalt. Hij kan immers niet anders dan vervangen en heeft niet om het ‘voordeel’ gevraagd. Ook hier had wat mij betreft – net als in art. 10:102 – een ‘in beginsel-voordeelregel’ voor de benadeelde mogen worden opgenomen.<sup>23</sup>

#### Anders dan in geld

15. Hoewel art. 10:101 als hoofdregel vergoeding in geld voorop stelt, erkent art. 10:104 tevens de zogenaamde ‘restoration in kind’. De toelichting heeft in verband met het laatste vooral rectificatie op het oog.<sup>24</sup> De bepaling van art. 10:104 roept, zeker bezien in samenhang met het uitgangspunt van de ‘restitutio ad integrum’ van art. 10:101, niettemin tevens de veel fundamentele vraag op: op welke *feitelijke* (anders dan financiële) maatregelen kan een benadeelde van een onrechtmatige daad eigenlijk aanspraak maken? In het Nederlandse recht speelt die kwestie niet alleen in het kader van art. 6:103 BW (schadevergoeding anders dan in geld), maar eerst en vooral in het kader van het ‘verbod en bevel’<sup>25</sup>, een kwestie die zowel materieelrechtelijke als procesrechtelijke componenten kent. Het is wellicht vanwege dat laatste dat ik er in de Principles tevergeefs naar heb gezocht. Niettemin verdient het ‘ideale’ onrechtmatige daadsrecht juist op dat punt ook een uitwerking. Want weliswaar associëren wij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad stevast met schadevergoeding in geld, zozeer zelfs dat de meeste rechtsstelsels ‘restoration in kind’ als uitzondering zien, maar vanuit de principiële gedachte van preventie en daadwerkelijk herstel hebben feitelijke preventieve en herstelmaatregelen de voorkeur.

<sup>22</sup> Toelichting, p. 158, randnummer 11 en voetnoot 36 aldaar.

<sup>23</sup> De Hoge Raad lijkt op het stuk van de voordeeltorekening overigens ook (en wat mij betreft terecht) nogal coulant voor benadeelden. Zo worden hoge eisen gesteld aan het causaal verband tussen gebeurtenis en voordeel (HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275; De Preter/Van Uiter), worden immateriële voordelen niet toegerekend op vermogensnadelen (HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145; wrongful birth), komen ‘fictieve voordelen’ niet voor toerekening in aanmerking (HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 122; Van Straaten/Brandts) en oordeelt de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest zelfs dat de rechter ‘vervolgens vrij [is] bepaalde voordelen niet in rekening te brengen indien hem dat niet redelijk voorkomt’.

<sup>24</sup> Toelichting, p. 159, randnummer 3.

<sup>25</sup> Vgl. art. 3:296 BW.



16. Wat verder opvalt aan de sanctie van art. 10:104 is dat zij is gebonden aan specifieke voorwaarden. De eerste – dat herstel feitelijk nog mogelijk moet zijn – ligt voor de hand, maar de tweede – dat het niet ‘too burdensome to the other party’ is – spreekt mij niet aan. Een gedachte die aan het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag ligt is toch dat men niet onrechtmatig schade mag toebrengen. Daaruit vloeit logischerwijs voort dat het eerst op de weg van de aansprakelijke ligt om de schade waar mogelijk te beperken en deze in beginsel ook te herstellen.<sup>26</sup> Dat (zelfs) deze plicht ergens haar grens vindt in redelijkheid en billijkheid spreekt wel voor zich, maar waarom er op dit punt expliciet clementie met de *aansprakelijke* partij moet worden betracht, begrijp ik niet. Dat herstel door de aansprakelijke voor de *benadeelde* dikwijls ‘too burdensome’ zal zijn en dat financiering van herstel door schadevergoeding in geld daarom in de praktijk veelal de voorkeur heeft, is iets anders. Als hier al geen ‘voordeelregel’ voor de benadeelde passend was geweest, dan is er toch in elk geval geen plaats voor een bijzondere aandacht voor de belangen van de aansprakelijke.

Soorten schade (art. 10:201-203 en 10:301)

17. Hoewel de PETL in hun opzet ervoor hebben gekozen om de beschermde belangen (protected interests) in het tweede hoofdstuk (‘Damage’) voorop te plaatsen, treffen we die thematiek in het laatste hoofdstuk opnieuw aan. In het tweede hoofdstuk werd bepaald welke belangen volgens welke prioriteit bescherming genieten en was hun vooropstelling noodzaak met het oog op de vaststelling van ‘wrongfulness’.<sup>27</sup> In het laatste hoofdstuk komen verschillende bepalingen over te vergoeden schade voor, die in zekere zin voortbouwen op de eerder veelal meer abstract geformuleerde ‘protected interests’. Men kan zich afvragen of die bepalingen hier dan eigenlijk wel thuishoren (zij betreffen immers ‘damage’ en geen ‘damages’), maar de scheiding is natuurlijk niet eenvoudig aan te brengen. Ongelukkiger acht ik het om de bepaling over bewijs van schade (art. 2:105) los te koppelen van de begrotingsvragen die in het tiende hoofdstuk hier en daar aan de orde komen, eens temeer omdat art. 2:105 aan het slot juist een specifieke begrotingsregel (de rechter mag schatten) bevat. Ook overigens brengt de scheiding tussen ‘damage’ en ‘damages’ mee dat bij de schadevaststelling telkens eerst moet worden teruggegrepen op de eerder geformuleerde ‘protected interests’.<sup>28</sup>

18. Afgezien van de structuur van de regeling valt op dat met betrekking tot de soorten schade vrijwel alle aandacht is uitgegaan naar personenschade (art. 10:202) en zaakschade (10:203). Weliswaar bevat art. 10:201 een meer algemene bepaling over vermogensschade (Nature and Determination of Pecuniary Damage), maar die is wel erg weinig informatief: vermogensschade is vermogensvermindering (waar is eigenlijk het element van gedeerde winst gebleven?<sup>29</sup> en hoe zit het bijvoorbeeld met belasting met een ‘schuld’, zoals in gevallen van wrongful birth?) en schade moet bij

<sup>26</sup> De Hoge Raad plaatste die uitgangspunten terecht voorop in HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 (gedwongen HIV-test na verkrachting) en HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (verplichting van aansprakelijke om benadeelde in staat te stellen zich van noodzakelijke verpleging te voorzien).

<sup>27</sup> Zie daarover mijn eerdere bijdrage *AV&S* 2007, nr. 13.

<sup>28</sup> Aldus bijv. Toelichting, p. 162, randnummer 11. Uit randnummer 12 blijkt overigens dat de verhouding tussen bijv. 2:102 en 10:201 e.v. niet steeds helder is.

<sup>29</sup> Uit een voorbeeld in de Toelichting (p. 164, randnummer 18) maak ik overigens op dat gedeerde winst ook onder ‘diminution’ moet worden begrepen.

voorkeur concreet, en mag soms abstract worden vastgesteld.<sup>30</sup> Hoewel dat vanuit historisch perspectief wel begrijpelijk is (de meeste rechtsstelsels beperken zich tot enkele regels over zaakschade en personenschade) miskent deze aanpak dat – zeker vandaag de dag – veruit de meeste en grootste schades in de sfeer van de ‘zuivere’ vermogensschade liggen. Men denke aan schade door oneerlijke mededinging, gederfde winst door reputatieschade, koersschade door misleidende informatie, et cetera. Het is niet eenvoudig daarover regels op te stellen, maar juist op die gebieden biedt het recht wel erg weinig aanknopingspunten. Dat geldt overigens ook voor de daarmee samenhangende ‘moderne’ problemen van collectief schadeverhaal. Het beeld van de individuele mens die schade aan een zaak of aan zijn persoon oploopt is weliswaar nog steeds actueel, maar er zijn intussen ook heel andere kwesties die in het schadevergoedingsrecht – ook in Europees verband – om aandacht vragen. De PETL zijn op dit punt dus wat ‘karig’, maar ik geef onmiddellijk toe dat het ook niet eenvoudig zal zijn om in deze complexe kwesties tot heldere richtlijnen te komen die op brede consensus kunnen rekenen.

19. Overigens sluiten de gekozen bepalingen inhoudelijk goed aan bij hetgeen naar Nederlands recht geldt. Niettemin zijn er wel enkele bijzonderheden te signaleren. Evenals in Nederland geldt, wordt in art. 10:201 gekozen voor het uitgangspunt van concrete schadevaststelling en wordt abstractie als uitzondering geformuleerd. Volgens de toelichting betekent dit evenwel dat schade door zaaksbeschadiging moet worden begroot op de concrete kosten van herstel als deze lager uitvallen dan ‘the normal market cost’.<sup>31</sup> Hier geldt ‘bij ons’ meen ik toch als uitgangspunt dat bij zaaksbeschadiging de schade wordt gesteld op het waardeverlies, dat wordt begroot aan de hand van de ‘normale kosten van herstel’, ongeacht of reparatie plaatsvindt.<sup>32</sup> In het laatste geval zou volgens de toelichting (die dan spreekt van ‘fictitious damage’) moeten worden uitgegaan van het waardeverlies, maar hoe dat – anders dan op basis van de normale herstelkosten – moet worden begroot, laat de toelichting in het midden.<sup>33</sup> Opmerkelijk is dat de toelichting, als voorbeeld van een geval waarin abstractie voor de hand ligt, noemt het verlies aan arbeidsvermogen dat in een ‘lump sum’ wordt vastgesteld. Hiermee zou de praktijk van de vaststelling van schade bij letsel in belangrijke mate kunnen worden vereenvoudigd, maar dat staat wel op gespannen voet met ‘ons’ uitgangspunt dat juist bij letsel begroting van de concrete schade voorop staat. De toelichting erkent overigens ook dat ‘even here’ de concrete vooruitzichten van de benadeelde in ogenschouw moeten worden genomen.

20. Ten aanzien van de vergoeding van vermogensschade bij letsel en overlijden bevat art. 10:202 vanuit Nederlands perspectief een bijzonderheid met betrekking tot ‘injury to mental health’. Hier is de ‘scope of protection’ beperkt tot ‘a recognised illness’, waarmee volgens de toelichting wordt bedoeld dat vergoeding hier plaatsvindt ‘only if this kind of impairment is diagnosed as a recognised illness according to the standards of medical science’.<sup>34</sup> ‘Mere emotional distress’ valt daar niet onder.<sup>35</sup> De reden voor deze beperking wordt niet gegeven, en ook niet waarom dit bijvoorbeeld

<sup>30</sup> Het zal Bloembergen goed doen dat het duo concreet/abstract in elk geval op de vaststelling van het begrip schade wordt betrokken. Vgl. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht, Deventer 1965, nr. 26.

<sup>31</sup> En als de herstelkosten hoger uitvallen dan het waardeverlies, dan moeten deze op grond van art. 10:203 worden vergoed, ‘if it is reasonable to do so’.

<sup>32</sup> Zie reeds HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444.

<sup>33</sup> Toelichting, p. 163, randnummer 15.

<sup>34</sup> Toelichting, p. 165, randnummer 2.

<sup>35</sup> Toelichting, p. 166, randnummer 2.

niet zou gelden bij 'physical injury'. Juist daar lijkt de thematiek van de 'vage klachten' nogal prominent en problematisch. De opmerking in de toelichting dat 'identification of an injury to bodily health normally poses no problem', lijkt mij dus wat (te) optimistisch.<sup>36</sup> Naar Nederlands recht lijkt mij het recht op vergoeding van *vermogensschade* bij 'geestelijk letsel' overigens niet beperkt te zijn tot gevallen van een 'recognised illness', bijvoorbeeld als het gaat om doorbetaald loon over een (normale) rouwperiode of om kosten van een psychologische behandeling om erger te voorkomen. Het lijkt me eigenlijk ook niet juist om het accent bij het type aandoening te leggen; het gaat immers om de vraag of er sprake is van 'loss of income' of 'earning capacity'. Daarvoor is de aard en medische erkenning van de aandoening niet steeds beslissend en is dat dus ook geen goed criterium. Niettemin lijkt het feit dat sprake is van een 'in de psychiatrie erkend ziektebeeld' ook in het Nederlandse recht met betrekking tot de vergoeding van psychische schade van belang, nu het door de Hoge Raad is genoemd als één van de vereisten voor aansprakelijkheid in gevallen van zogenaamde 'shockschade'.<sup>37</sup> Een ander element in het kader van de schade bij letsel dat opvalt is dat de Principles principieel kiezen voor vergoeding van verlies aan arbeidsvermogen 'even if unaccompanied by any loss of income'. Dat is opmerkelijk omdat op dit punt de Europese stelsels nogal uiteenlopen, omdat het hier gaat om een vorm van abstractie bij de schadevaststelling (niet nodig is dat er concrete kosten ter vervanging worden gemaakt), en voorts omdat de toelichting naast 'housewives' (v/m?) en 'unpaid workers' ook 'pensioners' noemt. Naar Nederlands recht komt verlies aan arbeidsvermogen dat onbetaald werd of zou worden aangewend ook voor vergoeding in aanmerking (veelal onder de noemer 'verlies aan zelfwerkzaamheid'), maar daarmee wordt deze schadepost wel gerelateerd aan min of meer concrete activiteiten zoals huishoudelijk werk, huis- en tuinonderhoud en dergelijke. Hoewel de toelichting hierover zwijgt, zal toch wel iets vergelijkbaars zijn bedoeld, en niet dat het verlies aan arbeidsvermogen in het algemeen tot na de gebruikelijke pensioenleeftijd onverminderd 'doorloopt'. Ten slotte is met betrekking tot de schade bij overlijden nog opmerkelijk dat met geen woord wordt gerept over de kosten van lijkbezorging.<sup>38</sup> Dat is jammer, omdat het een schadepost is met een hoge vergoedingsprioriteit, terwijl de vergoedbaarheid ervan zonder wettelijke voorziening problematisch is vanwege de causaliteitsstrik: eens gaat men toch en moeten hoe dan ook kosten worden gemaakt. Dat is overigens ook de reden dat die kosten niet in alle stelsels gelijkelijk worden vergoed. Een andere – ook traditioneel lastig in te passen – schadepost is overigens evenmin expliciet geregeld. Ik doel hier op de bezoekkosten. Uit een terloops voorbeeld in de toelichting maak ik op dat deze niettemin voor vergoeding in aanmerking komen 'since a reasonable number of such visits serves a therapeutic purpose'.<sup>39</sup> Hoewel dat wellicht waar is, vind ik het een nogal gezochte reden: deze kosten moeten – uiteraard binnen redelijke grenzen – worden vergoed omdat het volgens onze culturele maatstaven volstrekt normaal is dat zij worden gemaakt. Of de bezoeker daarmee een 'therapeutic purpose' voor ogen had of dat dergelijke effecten medisch zouden kunnen worden aangetoond, lijkt me niet relevant en al helemaal niet beslissend.

<sup>36</sup> Toelichting, p. 166, randnummer 8.

<sup>37</sup> Vgl. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

<sup>38</sup> Dat werd ook reeds opgemerkt door Giesen in: Cees van Dam, Esther Engelhard en Ivo Giesen, 'Third party losses in a comparative perspective', *Utrecht Law Review* Vol. 3, Issue 2 (December 2007), p. 94 ([www.utrechtlawreview.org](http://www.utrechtlawreview.org)).

<sup>39</sup> Dit doet – wellicht niet toevallig – denken aan de redenering van A-G Spier in zijn conclusie voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof), onder 4.26, waarin hij een grondslag zoekt voor vergoeding van de door de ouders bestede tijd aan bezoek van hun kind.

21. Ten aanzien van de schade door verlies, vernietiging of beschadiging van zaken (art. 10:203) benadrukt de toelichting vanwege het feit dat het gaat om een maatschappelijk ‘mass phenomenon’ het belang van het formuleren van ‘fair and clear rules’.<sup>40</sup> Dat valt alleszins te onderschrijven, maar het is gemakkelijker gezegd dan gedaan. Art. 10:203 plaatst waardeverlies of –vermindering als maatstaf voorop, ongeacht of de benadeelde tot vervanging of herstel overgaat. Gaat hij over tot vervanging of herstel, dan heeft hij recht op vergoeding van de hogere kosten ‘thereby incurred’, ‘if it is reasonable to do so’. Als algemene maatstaf voor de waarde geldt volgens de toelichting de marktprijs die derden normaal gesproken voor de zaak zouden betalen.<sup>41</sup> Als maatstaf voor waardevermindering bij beschadiging noemt de toelichting ‘either (...) the cost for this or a comparable (damaged) thing on the market or by the market cost of repair’. Of de benadeelde daadwerkelijk overgaat tot vervanging of reparatie is volgens de toelichting niet beslissend.<sup>42</sup> Ik vind dat slecht te verenigen met de toelichting inzake ‘concrete schadevaststelling’, waar juist wordt aangegeven dat dan sprake is van ‘fictitious’ schade die niet op basis van de herstelkosten mag worden begroot.<sup>43</sup> Uit de toelichting blijkt voorts dat de tweede zin van het eerste lid van art. 10:203 (‘However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.’) niet alleen betrekking heeft op ‘herstel of niet’, maar ook op de keuze tussen herstel van de zaak of vervanging van de zaak.<sup>44</sup> Doorgaans zal de benadeelde dan, gelet op de schadebeperkingsplicht van art. 8:101, voor het goedkoopste alternatief moeten kiezen, maar bijzondere redenen kunnen een uitzondering rechtvaardigen. De toelichting noemt als voorbeeld dat ondanks reparatie een zeker risico van toekomstige schade zou blijven bestaan.<sup>45</sup> Bijzonder is dat art. 10:203, ondanks de nogal grote verschillen die op dat punt in Europese stelsels bestaan, uitdrukkelijk kiest voor de mogelijkheid van vergoeding van het verlies van de gebruiksmogelijkheid van een zaak (en voor vergoeding van schade als gevolg daarvan). Dat lijkt een principiële keuze, maar de toelichting zwakt die aanzienlijk af door te benadrukken dat met het woord ‘may’ ‘a certain discretion’ wordt geboden. En daarmee is de angel op voorhand uit deze controversiële kwestie verwijderd. De gekozen regels met betrekking tot de begroting van zaakschade kan ik – mede vanwege hun algemene karakter – wel onderschrijven, maar het is (daarmee) wel de vraag of de opstellers geslaagd zijn in hun ambitie om op dit punt inderdaad ‘clear rules’ te formuleren.

#### Immateriële schade

22. De bepaling inzake Non-Pecuniary Loss (art. 10:301) is een duidelijk voorbeeld van de samenhang tussen de regeling van de ‘protected interests’ en die van de damages. Het artikel koppelt terug naar art. 2:102 dat een rangorde in beschermde belangen aangeeft. In het tweede lid van die bepaling (2:102) worden ‘Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty’ genoemd als belangen die ‘the most extensive protection’ genieten. Die bescherming komt onder meer tot uitdrukking doordat art. 10:301 juist bij schending van deze belangen een recht op smartengeld op zijn plaats acht (althans: ‘the violation (...) may justify a ompensation’). Dat stemt in

<sup>40</sup> Toelichting, p. 169, randnummer 4.

<sup>41</sup> Toelichting, p. 169, randnummer 5.

<sup>42</sup> Toelichting, p. 169, randnummer 5.

<sup>43</sup> Toelichting, p. 163, randnummer 15. Zie eerder hiervoor nr. 19.

<sup>44</sup> Toelichting, p. 169, randnummer 6.

<sup>45</sup> Toelichting, p. 169, randnummer 6.

grote lijnen overeen met de gevallen waarin in Nederland een recht op smartengeld bestaat (art. 6:106 lid 2 BW: lichamelijk letsel, geestelijk letsel, schending van persoonlijkheidsrechten<sup>46</sup>), zij het dat in art. 10:301 ook de mogelijkheid van een recht op smartengeld voor nabestaanden en voor naasten van ernstig gewonden wordt geboden.<sup>47</sup> De toelichting merkt daarover op dat men hierover van opvatting kan verschillen, maar dat de meeste Europese stelsels een recht op smartengeld bij overlijden kennen en enkele ook een smartengeld voor naasten van een ernstig gewonde. In de discussies onder de opstellers was het eerste (smartengeld voor nabestaanden) 'never seriously challenged', maar was er meer controverse ten aanzien van smartengeld voor naasten van een ernstig gewonde vanwege de grotere praktische problemen (welk letsel is ernstig genoeg?). Niettemin was een meerderheid van mening dat ook deze schade moet worden vergoed.<sup>48</sup> Ten aanzien van de vaststelling van de omvang van het smartengeld formuleren art. 3:301 lid 2 en 3 ook voor Nederland bekende vertrekpunten: alle omstandigheden zijn relevant, de nadruk ligt op de ernst de duur en de gevolgen van de aantasting (lid 2) en voor lichamelijk letsel wordt gevalsvergelijking aanbevolen (lid 3).<sup>49</sup> Opmerkelijk is wel dat aan het slot van het tweede lid een afzonderlijke zin is opgenomen over de relevantie van de ernst van de fout: 'The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.' Volgens de toelichting wordt hier beoogd afstand te nemen van 'punitive damages', maar wordt de ernst van de gemaakte fout niettemin van betekenis geacht voor wat een 'just satisfaction' is. Door de ernst van de fout alleen relevant te achten wanneer 'it contributes to the grievance of the victim' (de toelichting stelt voor dit te beperken tot gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid) blijft de bepaling volgens de toelichting trouw aan de compensatiegedachte.<sup>50</sup> Ik denk dat inderdaad kan worden gezegd dat de aard van de schade (immateriële schade) meebrengt dat de omvang ervan mede wordt bepaald door de ernst van de wijze van aantasting. Door voor de omvang van het smartengeld bij letsel de nadruk te leggen op zowel het (subjectieve) lijden van het slachtoffer als het (objectieve) verlies aan gezondheid, wordt impliciet aangegeven dat ook een bewusteloze (die misschien niet lijdt, maar zeker aan gezondheid heeft ingeboet) een recht op smartengeld toekomt.<sup>51</sup> Hoewel deze kwestie is omstreden, is dit volgens de toelichting 'the predominant view in modern European systems'.<sup>52</sup>

## Matiging

23. De slotbepaling van de Principles, art. 10:401, bevat een rechterlijke matigingsbevoegdheid ('damages may be reduced'). Voor ons recht is dat weinig verrassend (vgl. art. 6:109 BW), maar vanuit rechtsvergelijkend perspectief is het bepaald con-

<sup>46</sup> Zie voor een overzicht Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 106, aant. 20 e.v.

<sup>47</sup> Volgens de toelichting (p. 173-174, randnummer 6) is een recht op smartengeld buiten letsel en klassieke persoonsaantastingen (reputatie, privacy) niet uitgesloten, maar wordt dat aan de rechter overgelaten.

<sup>48</sup> Toelichting, p. 173, randnummer 5.

<sup>49</sup> De toelichting waagt zich uitdrukkelijk (p. 177, randnummer 11) niet aan een keuze voor een wijze van vergelijking (het Engelse, Duitse en Nederlandse model van precedenten of het Zuid-Europese model van 'baremas').

<sup>50</sup> Toelichting, p. 175, randnummer 9.

<sup>51</sup> Hoewel HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken ook in deze richting gaat (zie over het hinken van de motivering op verschillende gedachten vooral Tjittes, *NTBR* 2003, p. 49 e.v.), lijkt 'bij ons', althans in gevallen van opvolgend overlijden, art. 6:106 lid 2 BW een beletsel voor vergoeding te vormen.

<sup>52</sup> Toelichting p. 177, randnummer 11.

roversieel. Het is een van de weinige plaatsen waarin de toelichting openbaart dat er concrete ‘dissenting opinions’ onder de opstellers waren.<sup>53</sup> Bedenkingen tegen een matigingsrecht zijn natuurlijk de verhouding tot het insolventierecht, maar ook het tijdsaspect: wat als de laedens na de uitspraak de loterij wint? Maar het overtuigende argument pro is natuurlijk dat de rechter het toch doet (ook in stelsels waarin hij die bevoegdheid niet heeft) en het dan beter is daarvoor de kaders aan te geven. In het Nederlandse stelsel zijn wij daar intussen wel aan gewend vanwege de explicitering van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, waarvan art. 6:109 BW een species is.

#### IV. Het geheel

24. Bij de bespreking van de bepalingen en hun toelichting heb ik al verschillende – zowel positief als negatief – waarderende opmerkingen gemaakt. Wat aan het geheel van de regeling inzake damages opvalt is dat zij vanuit Nederlands perspectief niet bijzonder opmerkelijk is. In feite keren verschillende voor ons bekende klassieke schadevergoedingsrechtelijke thema’s in de PETL terug, veelal op een wijze die vanuit Nederlands perspectief heel herkenbaar is. Dat kan het gevolg zijn van het feit dat wij een relatief moderne schadevergoedingsregeling hebben waarin in feite ‘the best of all worlds’ reeds verzameld was. Voor andere stelsels zal gelden dat de Principles op dit gebied meer, en soms ook controversieel, nieuws brengen. Met deze constatering ligt het voor de hand om vanuit Nederlands perspectief te oordelen dat de PETL op dit gebied wel geslaagd zijn. Daar staat tegelijkertijd tegenover dat zij behept zijn met tenminste dezelfde tekortkomingen als het Nederlandse schadevergoedingsrecht: in feite bevatten de bepalingen vooral algemeenheden en liggen de problemen in de uitwerking (bijv. hoe moet schade daadwerkelijk worden gewaardeerd?), zodat veel op het bord van de rechter belandt, en er voor de praktijk dus veel onzekerheid resteert. Daarnaast is natuurlijk een belangrijke beperking van de PETL dat zij geen procesrecht bevatten. Zeker op een gebied waarop de rol van de rechter zo prominent is, is de betekenis van het procesrecht niet te onderschatten. Dat geldt bijvoorbeeld voor de plaats van schadevergoeding ten opzichte van andere ‘remedies’ (een kwestie die in de PETL onderbelicht blijft), maar ook voor meer ‘moderne’ schadevergoedingskwesties, zoals collectieve afwikkeling van ‘massaschades’. Het laatste betreft een gebied waarop in Europa hoe dan ook nog betrekkelijk weinig ervaring bestaat en waarin Nederland misschien (opnieuw?) een voorbeeldrol kan gaan vervullen.<sup>54</sup>

#### V. Slotopmerkingen

25. Deze bijdrage is de laatste in een reeks die in dit tijdschrift verscheen over de Principles of European Tort Law.<sup>55</sup> Het doel van deze reeks was de lezers te infor-

<sup>53</sup> En zelfs van welke personen die afkomstig waren (Toelichting p. 180, randnummer 6) Busnelli, Commandé (beiden Italië) en Rogers (Engeland).

<sup>54</sup> Zie over deze problematiek recentelijk de bijdragen in de themanummers van AV&S 2007 (nr. 31 e.v.) en van het NJB 2007 (nr. 2124 e.v.).

<sup>55</sup> Zie achtereenvolgens: I. Giesen & S.D. Lindenbergh, ‘Europese beginselen als bron van inspiratie’, AV&S 2007, nr. 7; T. Hartlief, ‘PETL: Basic Norm and Liability Based on Fault’, AV&S 2007, nr. 8; S.D. Lindenbergh, ‘PETL: General Conditions of Liability, Damage’, AV&S 2007, nr. 13; J.S. Kortmann, ‘PETL: General Conditions of Liability, Causation (‘In Fact’)', AV&S 2007, nr. 23; G.H. Lankhorst, ‘Principles of European Tort Law: art. 3:201 – scope of liability’, AV&S 2007, nr. 32; I. Giesen, ‘PETL: de

meren over de inhoud en achtergrond van de PETL, maar ook om te bezien of zij kunnen dienen als een bron van inspiratie voor de verdere ontwikkeling van het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.<sup>56</sup> Of wij in het eerste (informeren) zijn geslaagd, kunnen wij slechts hopen. Ten aanzien van het tweede (inspiratie) kan worden gezegd dat de Principles voor iedere auteur aanleiding zijn geweest om niet alleen een kritische blik op de voorgestelde bepalingen en hun toelichting te richten, maar ook het eigen recht langs de lat daarvan te leggen.

26. Hartlief heeft bewondering geuit voor het project en gewezen op de voor- en nadelen van het zoeken naar een grootste gemene deler op dit gebied en de gevolgen die een dergelijk zoeken voor het resultaat heeft. Hij is vooral kritisch over de harmonisatiedrang en de grote rol die in de Principles aan de rechter wordt toevertrouwd.<sup>57</sup> Ik ben zelf per saldo wel gecharmeerd van de explicitering van de beschermde belangen, die in het Nederlandse recht in de wet doorgaans (te) impliciet blijven.<sup>58</sup> Kortmann signaleert dat de Principles met name op het punt van de causaliteit vernieuwingsvoorstellen bevatten die het wat karige Nederlandse causaliteitsrecht zouden kunnen inspireren.<sup>59</sup> Met betrekking tot de 'scope of liability' concludeert Lankhorst dat art. 3:201 een beter gereedschap biedt ter bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid dan art. 6:98 BW, maar ook dat de formulering van en aandacht voor beginselen van aansprakelijkheidsrecht een belangrijk tegenwicht bieden aan de 'versnipperende' invloed van 'Brussel' op privaatrechtelijke deelreinen.<sup>60</sup> Hoewel Giesen kritisch is over de vormgeving van de bewijsbepalingen in de PETL, inspireert het gebrek aan consistentie op dit punt hem juist tot het benadrukken van het belang van een consequente regeling – ook voor het Nederlandse recht – van de bewijslast in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>61</sup> Van Boom is kritisch over de 'General-klausel' inzake risicoaansprakelijkheid voor bijzondere gevaren, maar de bepaling inspireert hem niettemin tot een kritisch onderzoek naar de verschillende Europese regelingen op dit punt en naar hun grondslagen. De bepalingen in de PETL met betrekking tot de 'Defences' inspireren Sieburgh vooral tot kritiek (op de PETL-regeling).<sup>62</sup> Lubach ziet de regeling van de aansprakelijkheid voor anderen in de de PETL als een '(zeer) forse stap terug in de tijd' ten opzichte van de regeling van afdeling 6.3.2 BW en signaleert met betrekking tot de aansprakelijkheid voor kinderen juist in het Nederlandse recht een aan de PETL tegengestelde tendens.<sup>63</sup> Met betrekking tot de 'multiple tortfeasors' constateert Klaassen dat de regeling van de PETL grotendeels overeenstemt met die van het Nederlandse recht; zij put niettemin inspiratie uit de resultaten uit de landenrapporten, met name ten aanzien van de vraag wanneer meer personen kunnen worden aangemerkt als veroorzaker van dezelfde schade.<sup>64</sup> In mijn afrondende bijdrage, ten slotte, ben ik gematigd positief over

'Europese' omkering van de bewijslast', *AV&S* 2007, nr. 41; W.H. van Boom, 'Principles of European Tort Law: art. 5:101-102 – Strict Liability', *AV&S* 2008, nr. 2; C.H. Sieburgh, 'PETL: Defences, Defences in General en Contributory Conduct or Activity', *AV&S* 2008, nr. 8; R.D. Lubach, 'PETL: Liability for others', *AV&S* 2008, nr. 17; C.J.M. Klaassen, 'PETL: Multiple Tortfeasors (art. 9:101-102)', *AV&S* 2008, nr. 25.

<sup>56</sup> Giesen & Lindenbergh, *AV&S* 2007, p. 47.

<sup>57</sup> Hartlief, *AV&S* 2007, p. 53-54.

<sup>58</sup> Lindenbergh, *AV&S* 2007, p. 87.

<sup>59</sup> Kortmann, *AV&S* 2007, p. 155 e.v.

<sup>60</sup> Lankhorst, *AV&S* 2007, p. 214.

<sup>61</sup> Giesen, *AV&S* 2007, p. 276.

<sup>62</sup> Sieburgh, *AV&S* 2008, p. 62 e.v.

<sup>63</sup> Lubach, *AV&S* 2008, p. 116.

<sup>64</sup> Klaassen, *AV&S* 2008, p. 186.

het schadevergoedingsrecht in de PETL, maar constateer ik wel dat belangrijke ‘moderne’ problemen niet aan bod komen.

27. Wat opvalt aan de verschillende bijdragen is dat zij veelal vooral kritisch zijn over de PETL. De kwestie of zij inspirerend zijn voor het Nederlandse recht is daardoor minder (zij het per bijdrage in verschillende mate) uit de verf gekomen. Het één kan een gevolg zijn van het ander, maar het kan ook het gevolg zijn van de aard van de Principles: een ‘common core’ van beginselen van buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Dat betekent dat de Principles naar hun aard ‘historisch georiënteerd’ en ‘consensusgericht’ zullen zijn, en die kenmerken vormen doorgaans geen grote stimulans tot inspiratie voor de toekomstige ontwikkeling van concrete rechtsgebieden. Dat doet niets af aan de waarde van de Principles als zodanig en evenmin – het is al door verschillende auteurs opgemerkt – aan het monnikenwerk dat is verzet door de opstellers ervan. Het doet wat mij betreft evenmin af aan de waarde van de nu afgesloten reeks: de PETL vormden een goede aanleiding om aandacht te besteden aan de beginselen van het (huidige en toekomstige) buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in Nederland en Europa.