

Tilburg University

Een Europees schadebegrip

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

Publication date:
2018

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, E. (2018). Een Europees schadebegrip. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 35(1), 31-36. Article 5.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Een Europees schadebegrip?

T.F.E. Tjong Tjin Tai¹

1. Inleiding

Een Europees schadebegrip:² dat is in deze tijd nog minder vanzelfsprekend dan een paar jaar geleden. Want wat bedoelen we met Europa, als het lidmaatschap van de Europese Unie bij verschillende lidstaten onder druk staat?³

Een mogelijke invulling van een ‘Europees schadebegrip’ is om te abstraheren van de Europese Unie en een rechtsvergelijkende benadering te kiezen die een ‘common core’ blootlegt bij de verschillende jurisdicties in Europa. Dat onderzoek is al verricht,⁴ en heeft ten aanzien van het onrechtmatige-daadsrecht geresulteerd in de PETL.⁵ Daarnaast is vanuit de Study Group on a European Civil Code, eveneens op basis van rechtsvergelijkend onderzoek, gewerkt aan alternatieve principes⁶ die uiteindelijk zijn opgenomen in een Draft Common Frame of Reference⁷ waarin ook een schadebegrip is geformuleerd.⁸ Een beperking van beide benaderingen is dat het gaat om principes die door academici zijn opgesteld en geen positief recht zijn.

Een andere optie zou zijn een voorstel tot harmonisatie, wat immers meestal de Europese invloed is. Het onderzoek naar een ‘common core’ was mede ingegeven door de hoop dat dit de Europese wetgever tot harmonisatie zou aanzetten. Echter, schade lijkt bij uitstek een onderwerp dat diep verankerd is in de nationale rechtsordes en waar de Europese Unie geen rol zou hoeven of mogen spelen.

Toch blijkt dat de Europese Unie wel degelijk het schadebegrip van de nationale stelsels beïnvloedt, zij het niet in de vorm van een alomvattende harmonisatie. In deze bijdrage zal ik aangeven, als derde optie, dat de Europese Unie, meer bepaald het Hof van Justitie, in feite wel een relatief coherente visie op schade heeft ontwikkeld. Om dit duidelijk te maken zal ik eerst een rechtsvergelijkende schets geven van de wijze waarop ‘schade’ figureert in nationale rechtsordes.⁹ Vervolgens bespreek ik kort de manier waarop gemeenschappelijke ‘beginselen’ over schade zijn vormgegeven.

¹ Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University, en onderzoeker bij het Tilburgs Instituut voor Privaatrecht (TIP).

² Zie ook S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. BW B34, 4^e dr., Deventer: Kluwer 2014, nr. 22, en de bijdragen in O. Remien (red.), *Schadenersatz im europäischen Private- und Wirtschaftsrecht*, Tübingen 2012. Het betoog in deze bijdrage heeft betrekking op zowel contractuele als buitencontractuele aansprakelijkheid.

³ Ik beperk mij tot Europa in de zin van de Europese Unie, en ga niet in op schade in verband met het EVRM.

⁴ U. Magnus en F.D. Busnelli (red.), *Unification of Tort Law: Damages*, The Hague: Kluwer Law International 2001.

⁵ Zie over de achtergrond Asser/Hartkamp 3-I 2015/305, ook H. Koziol, ‘Schadenersatz im Europäischen Privatrecht’, in: Remien 2012, p. 5-25.

⁶ Hierover Asser/Hartkamp 3-I 2015/301.

⁷ Over de historie en achtergrond Asser/Hartkamp 3-I 2015/307-310, Koziol 2012, M. Schmidt-Kessel, ‘Strukturfragen des Schadenersatzes im Draft Common Frame of Reference für ein Europäisches Privatrecht’, in: Remien 2012, p. 331-352.

⁸ Chr. von Bar en E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, München: Sellier 2009, vol. I: Definitions, p. 68.

⁹ Mede op basis van eerder werk: ‘Schade, causaliteit, en schadebegroting’, WPNR 7108 (2016), p. 383-387 en *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017. Overigens zijn er, naast de door mij verder genoemde literatuur, ook diverse Franse rechtsvergelijkende werken (zie G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4e dr., Parijs: LGDJ 2013, p. 18nt7 en 20nt15).

Daarna richt ik mij op de ontwikkelingen naar een autonoom begrip van schade in het recht van de Europese Unie.

2. *Het positieve schadebegrip in de nationale rechtsordes*

Bij het zoeken naar een schadebegrip in andere landen dan Nederland wordt de Nederlandse jurist direct geconfronteerd met het gegeven dat de Nederlandse terminologie afwijkt van die van andere landen. ‘Schade’ omvat in wezen verschillende aspecten, en het is nodig deze te onderscheiden.

In Nederland wordt de term ‘schade’ voor verschillende aspecten van schadebegroting gebruikt.¹⁰ De meeste rechtsstelsels gebruiken, hoewel niet altijd geheel consistent, aparte termen voor de oorspronkelijke inbreuk (Verletzen, *dommage*,¹¹ harm) en de daaruit resulterende nadelen (Schaden, *préjudice*, losses), die uiteindelijk aanleiding kunnen geven tot een door de rechter toe te wijzen schadevergoeding (Schadensersatz, *dommage-intérêts*, award of damages).¹² Waar in Nederland nog wel eens de inbreuk met de nadelen wordt verward, is in andere landen duidelijk dat schade alleen betrekking heeft op de nadelen. Toegegeven, in bepaalde casus is er geen afzonderlijke inbreuk aan te wijzen. Een voorbeeld is een onrechtmatige perspublicatie: de inbreuk door de publicatie is zelf al een nadeel (al kunnen er ook verdere concrete nadelen uit voortvloeien). In veel gevallen kan er echter wel een duidelijk onderscheid tussen inbreuk en nadeel worden gemaakt, waardoor in die gevallen additionele rechtsvragen kunnen ontstaan.¹³

De omvang van het nadeel wordt, voor zover mij bekend, in alle landen vastgesteld op basis van de zogenaamde *Differenzhypothese*.¹⁴ Er moet een vergelijking worden gemaakt van de situatie zonder de fout en de werkelijke situatie (met de fout): het verschil vormt het nadeel.¹⁵ Dit nadeel moet vervolgens worden begroot. Hierbij

¹⁰ Lindenbergh, in AV&S 2007/13 en 2008/31, wijst erop dat in de PETL wordt onderscheiden tussen schade en schadevergoeding. M.i. is dit in lijn met de situatie in de meeste landen: Nederland is hier de uitzondering. Zie voor rechtsvergelijkende literatuur S.D. Lindenbergh, ‘Damages (in tort)’, in: J.M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham 2012, p. 286-293. De preadviezen van de Vereniging voor de Rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2016 (G. Jocué respectievelijk M. Hebly en S. Lindenbergh) over schadebegroting en tijdsverloop bevatten mede een korte beschrijving van Belgisch respectievelijk Nederlands recht op dit punt.

¹¹ In de Franse literatuur gebruikt men ‘*dommage*’ ook wel als term voor de nadelen, het *préjudice* (bijv. *dommage moral*).

¹² Zie de landenrapporten in Magnus en Busnelli 2001, ook Chr. Von Bar, ‘The notion of damage’, in: *Towards a European Civil Code*, 4^e ed. 2011, p. 387-399. Voor Engels recht: McGregor on Damages, 19^e dr., London: Sweet & Maxwell 2014, voor Duits recht zie H. Lange en G. Schieman, *Schadensersatz*, 3^e dr., Tübingen 2003. Overigens loopt in Frankrijk een project tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht (zie <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.html>), dat grotendeels aansluit bij de hier ontwikkelde gedachten. Het voert te ver om hier in dit verband uitvoerig op in te gaan.

¹³ Zoals het verschil tussen causaal verband met de inbreuk en causaal verband met de schade (nadelen) c.q. omvang van de schade. D. Nolan, ‘Rights, Damage and Loss’, *Oxford Journal of Legal Studies* (2017) 37/2, p. 255-275, pleit voor Engels recht voor een strikt onderscheid tussen *damage* als inbreuk en *loss* als nadeel.

¹⁴ Men verwijst naar Mommsen, zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, p. 13 en Lindenbergh, Mon. BW B34, nr. 46.

¹⁵ Voor Frankrijk zie bijv. C.cass. (Civ.) 7 december 1978, Bull.civ. 1978 II, no. 269 p. 207 (DCFR art. VI-6:101, note 1.1), en C.cass. (Civ.) 2^e, 1 april 1963, no. 309, C.cass. (Civ.) 2e, 8 april 1970, no. 68-13.969 en C. cass. (Com.) 10 januari 2012, no. 10-26.837. Voor Duitsland zie Lange en Schieman, p. 43, vgl. p. 28.

ontstaan vragen over onder meer de waardering van de nadelen, de omvang van de schade,¹⁶ het bewijs van schadeposten.¹⁷ Hoewel de precieze antwoorden in verschillende landen verschillen,¹⁸ mede doordat het gaat om kwesties die in hoge mate feitelijk van aard zijn, worden deze kwesties merendeels op vergelijkbare wijze behandeld.

Deze verschillen houden regelmatig verband met bijzondere regels in diverse rechtsstelsels. Een belangrijk verschil is er tussen landen als Frankrijk en Nederland die algemene regels kennen die voor alle soorten grondslagen voor aansprakelijkheid gelden,¹⁹ en landen als Engeland en Duitsland die per soort grondslag verschillende soorten schade voor vergoeding in aanmerking laten komen (en met verschillende maatstaven).²⁰ Met name zuivere vermogensschade (pure economic loss) wordt in diverse landen slechts in beperkte mate vergoed.²¹ Ook zijn er verschillen in de te hanteren maatstaf voor (te) ver verwijderde schade.²² Tot slot komt immateriële schade niet altijd voor vergoeding in aanmerking.²³

Deze verschillen doen niet af aan de hoofdlijnen. De basis is overal hetzelfde: in zoverre wordt er gewerkt met eenzelfde begrip van schade.²⁴ Ook worden dezelfde relevante criteria gebruikt, alleen verschilt de precieze formulering van deze criteria en de plaats waar grenzen worden getrokken.

3. Benadering vanuit principes

Deze schetsmatige reconstructie vindt bevestiging in de twee verschillende Principles die ingaan op schade.²⁵ De DCFR definieert schade en schadevergoeding niet in een artikel maar in de inleidende definities:²⁶

*“Damage” means any type of detrimental effect,*²⁷

¹⁶ Wat enerzijds betrekking kan hebben op waardering, maar anderzijds ook op welke concrete nadelen zijn ontstaan (daadwerkelijk aanwezig zijn), of welke nadelen in causaal verband staan met de fout.

¹⁷ Zie uitvoerig T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen 2017.

¹⁸ Zoals de vraag of bij de waardering als ijkpunt wordt gekozen de marktwaarde (lokale markt of wereldmarkt) of de gedane investeringen.

¹⁹ Voor Frankrijk art. 1231-2 en 1231-3 Cc 2016, voorheen art. 1149 en 1150 Cc (voor contractuele schade), op welke regels voor buiten-contractuele schade wordt teruggegrepen. Voor Nederland uiteraard art. 6:95 e.v. BW.

²⁰ Dit geldt in het bijzonder voor verschillende soorten onrechtmatige daden, waar verschillende soorten schade worden vergoed en uiteenlopende causaliteitsregels gelden. Een voorbeeld is *negligence* versus *conversion*: bij de laatste tort wordt ruimer toegerekend. Zie McGregor on Damages, die uitvoerig op alle verschillende grondslagen en regels ingaat.

²¹ M. Bussani en V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, W. H. van Boom, H. Koziol & C. A. Witting (red.), *Pure Economic Loss*, Wenen: Springer 2004.

²² De toerekenbaarheid van art. 6:98 BW, het ‘immédiate et directe’ van art. 1151 Cc voor Frans recht, *foreseeability* en *remoteness* in Engels recht, *Adäquanztheorie* in Duits recht.

²³ Hierover S.D. Lindenbergh *Smartengeld*, diss. Leiden 1997, ook Beumers, NTBR 2016/25.

²⁴ Voor de lezer die moeite heeft met de gedachte dat mensen eenzelfde begrip hanteren maar er verschillende invulling aan geven: dit is ontleend aan het bekende filosofische onderscheid tussen een *concept* en *conception*, zoals bijvoorbeeld door Rawls met betrekking tot het *concept of justice*. Nader hierover E. Lalumera, ‘On the explanatory value of the concept-conception distinction’, *Rivista Italiana di Filosofia del linguaggio*, 2014, vol. 8(3), p. 73-81.

²⁵ Zie ook Koziol 2012.

²⁶ DCFR, dl. 1, p. 68 (Definitions).

²⁷ Dit duidt kennelijk op het nadeel; de inbreuk wordt niet afzonderlijk onderscheiden.

en:

“Damages” means a sum of money to which a person may be entitled, or which a person may be awarded by a court, as compensation for some specified type of damage.

Dit laat duidelijk twee hoofdaspecten van schade zien: het nadeel en de toe te kennen vergoeding. Tussen deze twee aspecten is een duidelijk verband: schadevergoeding veronderstelt dat er een nadeel is, het behelst compensatie daarvoor.

De PETL²⁸ zijn qua structuur minder helder, maar gaan toch uit van eenzelfde tweedeling. Art. 2:101 PETL bepaalt:

*“Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.”*²⁹

En art. 10:101 PETL definieert damages als:

“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.”

Dit laat dus in het midden hoe *damages* zich verhouden tot *damage*. Art. 10:201 en 301 PETL spreken weer over pecuniary en non-pecuniary *damage*. Uit de formuleringen blijkt dat hierbij wordt uitgegaan van een tweedeling die vergelijkbaar is met, maar niet hetzelfde als, die van de DCFR.³⁰ *Damage* is hier niet zozeer het nadeel als wel het geschade belang, terwijl de daaraan verbonden vergoeding wordt aangeduid als *damages*.

Tezamen duiden deze twee regelingen drie hoofdaspecten van schade aan: het geschade belang, het nadeel, en de vergoeding. Dit komt overeen met de schets die ik gaf in par. 2.³¹

In beide gevallen geldt dat compensatie het uitgangspunt is voor de te betalen schadevergoeding. We hebben gezien dat de precieze omvang van de compensatie wisselt, afhankelijk van de specifieke regels in de toepasselijke jurisdictie. In zoverre is compensatie slechts een beginsel, dat niet volledig de uitkomst bepaalt.

4. Een Unierechtelijk schadebegrip?

4.1. Inleiding

We kunnen dus – niettegenstaande de kleine hierboven besproken verschillen – spreken over een gemeenschappelijk Europees schade-begrip. Waarom zou de EU dan nog iets over schade zeggen?³² Schade behoort tot de kernbegrippen van het burgerlijk recht, en de Europese Unie heeft tot op heden geweigerd om het burgerlijk recht als

²⁸ Over de achtergrond zie Hartlief, AV&S 2007/8.

²⁹ Strikt genomen staat hier niet wat schade *is*, alleen wat vereist is voor schade.

³⁰ Wel lijkt de DCFR uit te gaan van een vergelijkbaar concept, namelijk ‘legally relevant damage’, in art. VI.1:101(1): “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.” Zie nader Schmidt-Kessel 2012, p. 345.

³¹ Waarbij het geschade belang een meer juridische benadering is van wat ik aanduidde als ‘inbreuk’.

³² Chr. Von Bar, ‘The notion of damage’, in: *Towards a European Civil Code*, 4^e ed. 2011, p. 387-399.

geheel te harmoniseren. In plaats daarvan is gekozen voor sectorale regelgeving, die wel steeds grotere delen van het burgerlijk recht is gaan bestrijken en ook steeds dieper heeft ingegrepen in het systeem van het burgerlijk recht. Hoewel de DCFR een voorzet voor een volledige harmonisatie heeft gegeven is de Europese wetgever daarvoor teruggeschrokken, en het momentum voor zodanige operatie is inmiddels gepasseerd.³³

Ten aanzien van schade heeft het HvJEU uitdrukkelijk aangegeven: “Wat de toekenning van schadevergoeding betreft en de eventuele mogelijkheid om punitieve schadevergoeding toe te kennen, dient bij gebreke van communautaire bepalingen ter zake de nationale rechtsorde van elke lidstaat de criteria te bevatten ter bepaling van de omvang van de schadevergoeding, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.”³⁴ Op het zinsdeel na ‘mits’ kom ik nog terug.

Toch is er op Unierechtelijk niveau het een en ander gebeurd ten aanzien van schade.³⁵ Een voorbeeld is de uitspraak *Leitner/TUI*.³⁶ De zaak betrof de aanspraak op schadevergoeding bij een teleurstellende pakketreis. Art. 5 lid 2 Richtlijn pakketreizen 90/314/EEG³⁷ geeft consumenten recht op schadevergoeding bij niet of slecht uitvoeren van de overeenkomst. Het slot van art. 5 lid 2 bepaalt:

“Voor andere dan lichamelijke schade die voortvloeit uit het niet of slecht uitvoeren van de in het pakket opgenomen dienstverrichtingen, kunnen de Lid-Staten toestaan dat de schadeloosstelling uit hoofde van de overeenkomst wordt beperkt. Deze beperking mag niet onredelijk zijn.”

Dit kan moeilijk anders worden gelezen dan dat de consument ook recht heeft op schadevergoeding wegens gederfd genot, wat vaak gekwalificeerd wordt als vergoeding van immateriële schade.³⁸ In de zaak *Leitner/TUI* betrof het gemiste vakantievreugde als gevolg van een voedselvergiftiging opgelopen in een vakantieclub. Omdat het van toepassing zijnde Oostenrijks recht niet voorzag in vergoeding van immateriële schade van deze aard stelde het Landesgericht Linz de prejudiciële vraag of uit hoofde van de Richtlijn pakketreizen toch recht bestond op zodanige vergoeding.

Het Hof van Justitie overweegt onder andere dat de richtlijn beoogt om consumenten te beschermen en dat het verlies van vakantievreugde voor de consument zeer belangrijk is (par. 22), en concludeert:

“23. (...) Hoewel in artikel 5, lid 2, eerste alinea, slechts algemeen naar het begrip schade wordt verwezen, biedt artikel 5, lid 2, vierde alinea, de lidstaten de mogelijkheid toe te staan dat voor andere dan lichamelijke schade de schadeloosstelling uit hoofde van de overeenkomst

³³ Strikt genomen ontbreekt op dit moment de bevoegdheid hiertoe bij de EU, echter als de politieke wil hiertoe aanwezig was geweest zou met aanpassingen van de diverse verdragen uiteindelijk een geharmoniseerd burgerlijk recht kunnen zijn bereikt. Voor de goede orde: ik ben niet ongeclausuleerd voorstander van zodanige harmonisatie; ik schets alleen hoe de ontwikkeling is verlopen.

³⁴ HvJ 13 juli 2006, C-295/04, NJ 2007/34 (Manfredi), par. 92.

³⁵ Zie ook de diverse bijdragen in Remien 2012, die dieper ingaan op de verschillende rechtsgebieden waar de hierna te bespreken uitspraken toe behoren. Ik behandel daarentegen vooral de gemeenschappelijke kenmerken die deze rechtsgebieden overstijgen. Vgl. ook het slotwoord van Remien (p. 359-377).

³⁶ HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (*Leitner/TUI*).

³⁷ Zie inmiddels art. 12 Richtlijn 2015/2302, die per 1 januari 2018 de oude richtlijn 90/314 vervangt.

³⁸ Zie over deze kwalificatie M.Th. Beumers, ‘Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling’, NTBR 2016/25.

wordt beperkt, op voorwaarde dat deze beperking niet onredelijk is. Daardoor erkent de richtlijn impliciet het bestaan van een recht op vergoeding van andere dan lichamelijke schade, waaronder immateriële schade.

24 Mitsdien moet op de vraag worden geantwoord dat artikel 5 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het in beginsel aan de consument een recht verleent op vergoeding van de immateriële schade die voortvloeit uit het niet of slecht uitvoeren van de dienstverrichtingen die samen een pakketreis vormen.”

Deze zaak wordt wel aldus samengevat als dat het HvJ hier een autonoom, Unierechtelijk begrip van schade heeft aanvaard.³⁹ Naar de letter valt dit hier niet te lezen. Het HvJ geeft eenvoudigweg een – gelet op de tekst van de richtlijn, tamelijk voor de hand liggende – uitleg. Die uitleg is alleen verrassend als men – zoals destijds gebruikelijker was, zie ook de opmerkingen van o.a. de Oostenrijkse regering in deze zaak – ervan uitgaat dat kernbegrippen van burgerlijk recht niet geharmoniseerd werden door EU recht.

Op zichzelf is het juist dat het EU-recht, indachtig de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, terughoudend is met ingrijpen in het burgerlijk recht. Dat is begrijpelijk en ook onvermijdelijk. Het burgerlijk recht vormt een min of meer samenhangend, coherent systeem, terwijl de verschillende rechtsstelsels in de EU aanmerkelijke verschillen kennen. Als de EU kerngebieden van het burgerlijk recht zou harmoniseren, zou dit enorme gevolgen kunnen hebben die lastig te overzien zijn, in het bijzonder door het grote aantal lidstaten waar dit alles voor zou gelden. Veel verstandiger is het om zoveel mogelijk het nationale burgerlijk recht intact te laten en te gebruiken als een gereedliggend instrument om op voort te bouwen. Zo'n benadering heeft tot gevolg dat het gehele instrumentarium van nationale civielrechtelijke remedies door het EU-recht wordt verondersteld en zoveel mogelijk gerespecteerd.

Maar in bepaalde gevallen is het onvermijdelijk om wel in te grijpen. Ik zal aangeven dat het Europees recht inmiddels bij drie aspecten van schadevergoeding uitbreidingen heeft vereist. Hoewel deze uitbreidingen deels samenhangen met specifieke regels in specifieke deelgebieden, blijkt uit het totale overzicht dat er uiteindelijk significante verschuivingen lijken plaats te vinden ten opzichte van de traditionele wijze van bepalen van schadevergoeding.

4.2. De beschermde belangen

De Richtlijn pakketreizen beoogt verschillen tussen de lidstaten weg te werken. De niet-vergoeding van schade bestaande uit gedeerde vakantievreugde is zo'n verschil, dat met name klemmt omdat dit de belangrijkste vorm van schade is voor consumenten (zie HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (Leitner/TUI), par. 21). Zou men dit niet gelijktrekken, of nog erger, zou men hier geen vergoeding voor verlenen, dan zou er in wezen geen daadwerkelijke consumentenbescherming worden geboden bij pakketreizen.

Een vergelijkbaar doortrekken van de te vergoeden soorten schade ziet men in het arrest HvJ 10 mei 2001, zaak C-203/99 (Veedfald/Århus Amtskommune).⁴⁰ Het Hof van Justitie overwoog hier dat, nu de Richtlijn productaansprakelijkheid alleen

³⁹ In het bijzonder M.B.M. Loos, 'Naar een gemeenschapsautonome interpretatie van het begrip 'schade': schadevergoeding voor immateriële schade bij pakketreizen', *NTER* 2002, nr. 6, p. 157-161.

⁴⁰ Zie Loos 2002, p. 160.

voor immateriële schade aangaf dat het nationale recht prevaleerde (art. 9), “een lidstaat geen beperkingen kan stellen aan de te vergoeden categorieën van stoffelijke schade ten gevolge van dood of lichamelijk letsel dan wel beschadiging of vernietiging van een zaak.” (par. 29).

Kortom: als een richtlijn uitdrukkelijk aangeeft dat schade moet worden vergoed, kan het nationale recht geen verdere beperkingen stellen aan de soorten schade dan in de richtlijn zijn gesteld. Dit betekent dat de beschermde belangen door het Europese recht worden bepaald: in essentie is dit een vrij vérgaande inbreuk op de nationale stelsels. Hoewel de uitleg van de richtlijntekst goed te volgen is, kan men zich afvragen of men zich ten tijde van het legislatieve proces ook bewust was van deze consequentie. Hier ziet men dat het misleidend is om te denken dat het EU-recht geen invloed heeft op een nationaal begrip als schade.

4.3. De te vergoeden nadelen

Een tweede lijn zien we ten aanzien van de te vergoeden nadelen. In HvJ 13 juli 2006, C-295/04, NJ 2007/34 (Manfredi) werd geoordeeld dat bij inbreuk op mededingingsrecht “personen die schade hebben geleden niet alleen vergoeding moeten kunnen vorderen van de reële schade (damnum emergens), maar ook van gederfde winst (lucrum cessans), alsmede van rente.” (par. 95). Een beperking tot alleen reële schade zou immers herstel van de schade bij geschillen van economische aard feitelijk onmogelijk maken (par. 96).⁴¹ Deze benadering berust op het zogenaamde effectiviteitsbeginsel.⁴² Een door het EU-recht toegekend individueel recht moet, om effectief te zijn, niet in de kern worden aangetast door nationale beperkingen. Dit betreft in het bijzonder beperkingen ten aanzien van remedies voor dit recht. Echter, in dit geval gaat het om een systematische beperking niet van schade op zichzelf, maar van vergoeding voor een bepaald soort nadeel in bepaalde gevallen. In wezen wordt hierdoor het nationale schadebegrip aangepast: er komen voor een bepaalde inbreuk (althans voor sommige jurisdicties) ineens meer nadelen onder te vallen dan voorheen het geval was.⁴³

4.4. De omvang van de schadevergoeding

Een derde lijn is te zien in diverse andere uitspraken. In HvJ 10 april 1984, zaak 14/83 (Von Colson) was aan de orde een geval van discriminatie op basis van geslacht ten aanzien van een vrouwelijke sollicitant. De Duitse rechter had alleen vergoeding van haar reiskosten toegekend (de ‘vertrouwensschade’). Het HvJ achtte dit onvoldoende en overwoog, dat “zo een lid-staat verkiest de schending van dat verbod [op discriminatie] door middel van een schadevergoeding te sanctioneren, deze vergoeding - wil haar doeltreffendheid en afschrikkend effect verzekerd zijn - in elk geval in een passende verhouding tot de geleden schade moet staan en dus meer moet zijn dan een zuiver symbolische vergoeding, zoals bijvoorbeeld terugbetaling van enkel de in verband met de sollicitatie gemaakte kosten.” (par. 28). Het betreft hier niet het

⁴¹ Dit was al eerder overwogen; het HvJ verwijst naar HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du pêcheur en Factortame), par. 87.

⁴² T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht’, WPNR 6901 (2011), p. 790-797, Asser/Hartkamp 3-I 2015/115.

⁴³ Uiteraard hangt dit af van de jurisdictie. In Brasserie du pêcheur (par. 86-87) verwierp het Hof van Justitie uitdrukkelijk de Duitse uitsluiting van gederfde winst voor schadevergoeding.

beschermde belang of het type nadeel,⁴⁴ maar de omvang van de schadevergoeding.⁴⁵ Dit berust op het effectiviteitsbeginsel.⁴⁶

Maar wat voor vergoeding is dan effectief, als de reële schade volgens de traditionele nationale regels slechts beperkt is? In HvJ 13 juli 2006, C-295/04, NJ 2007/34 (Manfredi) is uitdrukkelijk afgewezen dat punitieve schadevergoeding moet worden toegewezen: dat is alleen (gelet op het gelijkheidsbeginsel) verplicht als de nationale rechtsorde dat reeds toelaat voor vergelijkbare nationale vorderingen (par. 99).

Toch lijkt de EU kleine stapjes in de richting te zetten van vergoedingen die hoger zijn dan de daadwerkelijk geleden nadelen.⁴⁷ In de IE-handhavingsrichtlijn 2004/48 wordt in art. 13 bepaald dat de rechter de inbreukmaker moet gelasten “de rechthebbende een passende vergoeding te betalen tot herstel van de schade die deze wegens de inbreuk heeft geleden.” Art. 13 sub b laat uitdrukkelijk een forfaitaire schadevergoeding toe. In HvJ 25 januari 2017, C-367/15 (OTP/SFP) wordt aangegeven dat de berekening van schadevergoeding één van de middelen is om de bescherming van IE-rechten te verzekeren (par. 22). In par. 28 geeft het HvJ aan dat de IE-handhavingsrichtlijn de nationale instanties toelaat een ‘niet-compensatoire’ schadevergoeding op te leggen, terwijl bovendien niet nodig is dat causaal verband wordt aangetoond (par. 29-31).⁴⁸ Wel geeft het HvJ aan dat de forfaitaire vergoeding regelmatig ook lager kan zijn dan de lastig aan te tonen daadwerkelijk geleden schade.

4.5. Beoordeling van de ontwikkelingen

Wat we zien, is dat het EU-recht op alle drie hoofdaspecten van schade wijzigingen aanbrengt: de beschermde belangen, de te vergoeden nadelen, en de omvang van de schadevergoeding worden alle geraakt. De invloed wijst steeds in dezelfde richting: nationale beperkingen worden weggenomen, omdat deze in strijd zijn met gelijkheidsbeginsel en effectiviteitsbeginsel. Als Europese regels een individueel recht toekennen, dient dit effectieve bescherming te krijgen, en dit vereist zo volledig

⁴⁴ De overweging heeft immers betrekking op de omvang van de vergoeding, niet de soort nadelen waarop die vergoeding gebaseerd is.

⁴⁵ Asser/Hartkamp 3-I 2015/115 wijst op de gewijzigde richtlijn. Art. 6 lid 2 Richtlijn 76/207, zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73 luidt thans: “De lidstaten nemen in hun interne rechtsorde de nodige maatregelen op om te zorgen voor reële en effectieve compensatie en reparatie, naar gelang zij bepalen, van de schade geleden door een persoon als gevolg van discriminatie in strijd met artikel 3, op een wijze die afschrikkend is en evenredig aan de geleden schade (...)”. Art. 8 quinquies luidt: “(...) De sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. (...)”.

⁴⁶ Vgl. ook HvJ 10 mei 2001, zaak C-203/99 (Veedfald/Århus Amtskommune): daar werd er (ten aanzien van schade uit productaansprakelijkheid) op gewezen dat (par. 27) “er voor beide categorieën van schade een billijke en volledige vergoeding van de door een gebrekkig product veroorzaakte schade moet worden gewaarborgd.”

⁴⁷ Wat uiteraard niet betekent dat punitieve damages over de hele linie worden erkend. Zie reeds de Manfredi-uitspraak. Ook de Aanbeveling over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten 2013/396/EU, par. 31 wijst punitive damages voor collectieve vorderingen af.

⁴⁸ Over de mogelijkheid van punitieve vergoedingen in het licht van dit arrest zie R.C. Meurkens, ‘Punitive damages ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten’ IER 2017/34.

mogelijke schadevergoeding.⁴⁹ Deze benadering wijkt intrinsiek af van de nationale systemen, waarbij geen rechtlijnig verband is tussen de erkenning van enig recht en de daaraan verbonden schadevergoeding. Zoals we zagen staat in sommige landen de berekening en eventuele beperking van schadevergoeding in beginsel los van de grondslag van aansprakelijkheid (en dus de beschermde belangen), terwijl andere landen wel verbanden aanbrengen tussen de grondslag en de te vergoeden nadelen en de omvang daarvan (mede beperkt door causaliteit), maar die verbanden leiden vaak tot beperkingen.

Uit dit alles blijkt dat het EU-recht duidelijk meer gericht is op handhaving⁵⁰ en mede daardoor ook sterker geïnteresseerd in punitieve elementen. Dit wijkt af van de weerstand in nationale stelsels tegen punitieve vergoedingen.⁵¹

Men kan vraagtekens zetten bij de Europese benadering, omdat deze tot gevolg heeft dat rechten die in EU-regelgeving zijn erkend, worden beschermd door aanmerkelijk hogere schadevergoedingen dan die welke bij gewone nationale rechten worden toegekend. Daarmee gaat de EU mogelijk uit boven alle nationale beschermingsniveaus. Positief gezien kan men dit beschouwen als een supranationaal breekijzer, waarmee achterhaalde beperkingen worden weggenomen. Voor beide posities is iets te zeggen.

5. Toekomstverwachting

De door het HvJ gekozen benadering ontmoet in essentie betrekkelijk weinig kritiek onder juristen.⁵² Het valt mede daarom te verwachten dat er een verdere uitbreiding volgt. Voor de toekomst lijkt dit te verwachten ten aanzien van ten minste drie onderwerpen.⁵³

Als eerste is er de schade bij privacy-schendingen. Tot op heden is het lastig om schadevergoeding te verkrijgen: er lijkt maar weinig daadwerkelijke schade te zijn, en deze is ook lastig aan te tonen.⁵⁴ Deze situatie lijkt, in het licht van het voorafgaande, moeilijk verenigbaar met de nadruk die de EU op privacybescherming legt, blijkens de nieuwe Algemene verordening gegevensbescherming 2016/679. Art. 82 lid 1 van deze verordening bepaalt: “1. Eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op deze verordening, heeft het recht om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade.” Evenals in de zaak Von Colson is de schade volgens traditionele maatstaven vaak beperkt: het ligt voor de hand dat dan gelet op de doeltreffendheid en afschrikkende werking moet worden gezocht naar manieren om tot een hogere schadevergoeding te komen.

⁴⁹ Men ziet dit bijvoorbeeld ook bij de Europese handelsrente die aanmerkelijk hoger is dan de Nederlandse wettelijke rente.

⁵⁰ Uitvoerig, en in verband met schade, E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, diss. Leiden 2008, hfdst. 4 en 7, ook I.P.M. Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2016.

⁵¹ Over dit onderwerp: R.C. Meurkens, *Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, diss. Maastricht 2014.

⁵² Mogelijk ook doordat het hierboven geschetste patroon niet is opgevallen.

⁵³ Er zijn nog tal van andere ontwikkelingen te noemen; het is niet mijn bedoeling een uitputtend overzicht te geven. Zie bijvoorbeeld over schadevergoeding bij mededingingsrecht de Richtlijn 2014/104, waarover o.a. nader Ligteringen, diss. 2016.

⁵⁴ Uitvoerig T. Walree, ‘De vergoedbare schade bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens’, te verschijnen in het WPNR 2017.

Als tweede is er de bescherming tegen cybercrime.⁵⁵ Cybersecurity is een speerpunt in het beleid van de Europese Commissie.⁵⁶ Aangezien de mogelijkheden tot verkrijging van schadevergoeding tot op heden relatief beperkt zijn, lijkt het in de lijn der verwachtingen te liggen dat uiteindelijk – al dan niet indirect, als gevolg van een in een richtlijn toegekend recht – eventuele bestaande beperkingen komen te vervallen of deels worden opgeheven.⁵⁷

Als derde is er de bescherming van data. Tot op heden wordt schade aan data beschouwd als zuiver economische schade, die in veel landen niet wordt vergoed. Gelet op het toenemende economische belang van data, en de erkenning daarvan in de Richtlijn Bedrijfsgeheimen 2016/943, ligt het voor de hand dat ook deze beperking niet zal standhouden.

6. Conclusie

De Europese benadering van schade is consistent maar wijkt sterk af van de vele nuances en beperkingen die van oudsher in nationale stelsels zijn aanvaard. Men kan dit beschouwen als een misvatting van de Europese juristen, die onvoldoende kennis hebben van de afwegingen die in het gehele stelsel van het burgerlijk recht moeten worden gemaakt en die ertoe leiden dat er allerlei beperkingen nodig zijn op het beginsel van volledige compensatie. In het burgerlijk recht zijn we er aan gewend dat bij schending van individueel recht geen daadwerkelijk volledige compensatie wordt toegekend. Maar omgekeerd valt te verdedigen dat de Europese benadering aanleiding zou moeten zijn om nog eens kritisch te kijken naar alle historisch gegroeide uitzonderingen en beperkingen op de volledige compensatie. Welke kant het opgaat zal de toekomst uitwijzen, hopelijk op basis van nader wetenschappelijk onderzoek.

⁵⁵ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, D.J.B. op Heij, K.K. e Silva, I. Skorvanek & B.J. Koops, Duties of care and diligence against cybercrime, Tilburg 2015, op <https://ssrn.com/abstract=2958148>, en P. Verbruggen, P. Wolters, M. Hildebrandt, C.H. Sieburgh en C.H.J. Jansen, 'Towards Harmonised Duties of Care and Diligence in Cybersecurity', op <https://ssrn.com/abstract=2814101>, ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid bij datalekken', WPNR 7110 (2016), p. 459-464, en 'Zorgplichten van banken tegen DDoS-aanvallen', NJB 2013/32, p. 2196-2200.

⁵⁶ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/cybersecurity>, ook P.W.J. Verbruggen en P.T.J. Wolters, 'Consument en cybersecurity - Een agenda voor Europese harmonisatie van zorgplichten', TvC 2017, p. 20 e.v.

⁵⁷ Vgl. het voorstel van Verbruggen en Wolters (TVC 2017) tot invoering van productaansprakelijkheid voor software. Zie ook al R.J.J. Westerdijk, *Produktenaansprakelijkheid voor software*, diss 1995.