

K.J.O. JANSEN

Stoomwals en wegbereider

Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt

ERASMUS LAW LECTURES 49



Erasmus

Boomjuridisch

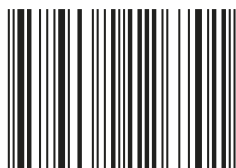

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Op 14 januari 2022 sprak Kasper Jansen ter gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Europees aansprakelijkheidsrecht aan Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam zijn inaugurele rede uit. In zijn rede gaat Jansen in op de veranderingen die het aansprakelijkheidsrecht onder invloed van Europa doormaakt. Hij bespreekt zowel de invloed van het EU-recht als die van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Jansen laat zien dat Europa leidt tot een opkomst van 'publieke tendensen' in het aansprakelijkheidsrecht. Hij betoogt dat wij ons hiervan bewust moeten zijn, omdat die tendensen kansen bieden, maar ook risico's. Europa kan in zijn blindheid voor het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht een wegbereider zijn, die ons aansprakelijkheidsrecht verrijkt met nieuwe inzichten, maar ook een stoomwals, die ons aansprakelijkheidsrecht iets aan flexibiliteit en verfijning ontnemt. Door Europese regels een plaats te geven binnen het spectrum publiek-privaat, kunnen wij volgens Jansen beter blootleggen hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt en wat wij daarvan zouden moeten vinden.

Kasper Jansen (1982) promoveerde in 2012 in Leiden op het proefschrift 'Informatieplichten'. Hij doet vooral onderzoek op het gebied van het contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

De reeks Erasmus Law Lectures is een initiatief van Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam en bevat beknopte wetenschappelijke publicaties die vallen binnen de thema's van de onderzoeksprogramma's van de faculteit.

ISBN 978-94-6212-670-1



9 789462 126701 >

Boomjuridisch

Stoomwals en wegbereider
Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt

STOOMWALS EN WEGBEREIDER

Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt

Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
Europees aansprakelijkheidsrecht aan *Erasmus School of Law* van de
Erasmus Universiteit Rotterdam op 14 januari 2022

door Kasper Jansen

Boom juridisch
Den Haag
2022

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2022 K.J.O. Jansen | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductieregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-670-1
ISBN 978-90-5189-724-1 (e-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding	7
2	Europa als stoomwals: gratis mobieltjes	9
3	Europa als wegbereider: Urgenda	12
4	Het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht	14
5	Publieke tendensen in het Europees aansprakelijkheidsrecht	16
6	Eerste tendens: regulering	17
7	Tweede tendens: vermaatschappelijking	21
8	Derde tendens: sanctionering	24
9	Conclusie	26
10	Woorden van dank	28
	Literatuur	30

*Geachte mevrouw de rector magnificus,
geachte mevrouw de decaan,
zeer gewaardeerde toehoorders,*

1 INLEIDING

Europa is een inspirerend voorbeeld voor wie gelooft in de kracht van het recht.¹ Op de puinhopen van een door oorlog verscheurd continent bouwden de overwinnaars met de verliezers aan een nieuwe, Europese rechtsorde, die vrede, welvaart en rechtsbescherming moest verzekeren. Het begon in Den Haag, met het ‘Congres van Europa’ dat in mei 1948 plaatsvond in de Haagse Ridderzaal. Van daaruit volgde het Europese project twee sporen.² Het ene spoor voerde richting Straatsburg. Daar zetelt de Raad van Europa, een intergouvernementele organisatie van 47 landen – in en rondom Europa – die zijn aangesloten bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).³ Het andere spoor kwam uit in Brussel: de zetel van de Europese Unie (EU), een supranationale organisatie van 27 Europese landen die een interne markt delen.⁴ Beide sporen hadden en hebben een gemeenschappelijk einddoel: een grotere eenheid binnen Europa.⁵ Waar de Raad van Europa die eenheid zoekt in gedeelde *waarden* (de rechten van de mens), is de Europese Unie primair gericht op de behartiging van gedeelde *belangen* (een gemeenschappelijke markt).⁶ Beide gebruiken het recht als ‘voertuig’ om de beoogde eenheid te bereiken: mensenrechten en marktregels liggen aan de basis van de Europese samenwerking.

-
- 1 Ik dank Jaap Hijma, Elbert de Jong, Siewert Lindenbergh, Arnoud Pijls en Harriët Schelhaas voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze rede.
 - 2 Zie bijv. Timmermans 2018, p. 1 e.v. (over de geschiedenis van de EU) en Harris/O’Boyle 2018, p. 3 e.v. (over de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM).
 - 3 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 4 november 1950, *Trb.* 1951/154.
 - 4 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), Rome, 25 maart 1957 (herziening van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap), *Trb.* 2003/150, art. 26 e.v.
 - 5 De considerans van het EVRM vermeldt ‘dat het doel van de Raad van Europa is het bereiken van een grotere eenheid tussen zijn Leden en dat een van de middelen om dit doel te bereiken is de handhaving en de verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’. De considerans van het VWEU vermeldt dat de lidstaten vastberaden zijn ‘de grondslagen te leggen voor een steeds hechter verbond tussen de Europese volkeren’.
 - 6 De EU omarmt inmiddels ook mensenrechten als grondslag van de (primair economisch gemotiveerde) Europese samenwerking. Vgl. art. 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), Maastricht, 7 februari 1992, *Trb.* 2003/151. Vgl. ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* C 326/391 d.d. 26 oktober 2012.

Wat is de invloed van Europa⁷ op het *aansprakelijkheidsrecht*, mijn vakgebied? Op het eerste gezicht lijkt die invloed gering. Het aansprakelijkheidsrecht gaat over aanspraken die burgers en bedrijven onderling – en tegenover de overheid – geldend kunnen maken.⁸ Contracten en wettelijke plichten moeten worden nageleefd (art. 3:296 BW). Onrechtmatig toegebrachte schade moet worden vergoed (art. 6:162 BW). Dat zijn de hoofdregels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en die hoofdregels laat Europa ongemoeid. Dat heeft iets te maken met een verschil in perspectief: Europa ‘denkt groter’ dan ons aansprakelijkheidsrecht. Het aansprakelijkheidsrecht is primair gericht op de bescherming van de ‘status quo’: het voorkómen en herstellen van aantastingen van individuele rechtsposities (aanspraken).⁹ Europa richt de blik verder én wijder: Europese integratie door middel van de behartiging van gedeelde waarden en belangen. Dat klinkt voor de gemiddelde jurist zo weids en ‘hoog over’, dat de gedachte zou kunnen opkomen dat het Europese recht en het aansprakelijkheidsrecht ‘gescheiden circuits’ zijn. En die gedachte is inderdaad lange tijd leidend geweest.¹⁰

Toch is ons aansprakelijkheidsrecht onder invloed van Europa aan het veranderen. Dat is een ontwikkeling die al decennia gaande is, maar die de laatste jaren dusdanige vormen heeft aangenomen dat het aansprakelijkheidsrecht – en meer in algemene zin het privaatrecht – niet meer goed is te bevatten zonder aandacht voor het Europese recht.¹¹ Om te laten zien hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt, bespreek ik hierna twee voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Daaruit zal blijken dat Europa als ‘*gamechanger*’¹² van ons aansprakelijkheidsrecht twee gedaantes kan aannemen: die van stoomwals (par. 2) en van wegbereider (par. 3).

7 Waar ik in deze rede spreek over ‘Europa’ en ‘Europees recht’, doel ik (tenzij anders blijkt) op zowel de Europese Unie (het EU-recht) als de Raad van Europa (het EVRM).

8 Zie nader over het begrip ‘aansprakelijkheidsrecht’ Lindenbergh 2021.

9 Vgl. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/18 e.v., waar als basisbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht ‘ieder draagt zijn eigen schade’ en ‘berokken een ander geen schade’ worden genoemd. Hiermee is (dus) niet gezegd dat het aansprakelijkheidsrecht ‘doelloos’ is. Vgl. Van Boom 2020, p. 19, die op p. 25 e.v. meer in algemene zin betoogt dat het vermogensrecht twee functies vervult: (meestal) ‘faciliteren’ en (soms) ‘geleiden’ van marktgedrag (p. 28).

10 Zie Wissink 2004, p. 489. Vgl. ook Van Boom & Giesen 2004, p. 515, die betogen dat de invloed van het EU-recht op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ‘niet heel groot’ is en ‘waarschijnlijk gering zal blijven’, overigens met de (terecht gebleken) kanttekening dat het schadevergoedingsrecht wel EU-invloeden zou kunnen ondergaan (p. 516).

11 Zie bijv. Asser/Vranken**** 2014/120 (die pleit voor een verplichte ‘Europacheck’) en Westrik 2016, p. 105 (die pleit voor een geïntegreerde bestudering van nationaal én Europees recht). Zie voor een integrale analyse van Europese invloeden in het Nederlandse privaatrecht Asser/Hartkamp 3-I 2019/1 e.v.

12 Zie voor deze terminologie Schelhaas & Stein 2019, p. 223.

2 EUROPA ALS STOOMWALS: GRATIS MOBIELTJES

'*There is no such thing as a free lunch*'. Dit gezegde – de Engelse variant van 'voor niets gaat de zon op' – zou zijn terug te voeren op de vooroorlogse praktijk van Amerikaanse restaurants om bij de bestelling van een drankje een gratis lunch aan te bieden, uiteraard in de hoop op nog meer drankverkoop. Het is een schoolvoorbeeld van wat economen 'verborgen kosten' noemen: dingen die gratis lijken, hebben altijd een prijs.¹³

De gratis lunch hebben wij in Nederland nooit gekend, maar tot voor kort bestond er in Nederland wel zoiets als het gratis mobieltje, althans dat beweerden de aanbieders van mobiele telefoniecontracten. Zij boden hun klanten bij het aangaan van een contract een 'gratis' toestel aan. In werkelijkheid was de aankoopprijs van het toestel – uiteraard – verdisconteerd in de maandelijkse abonnementsprijs. De Hoge Raad kwalificeerde deze constructie, behoudens tegenbewijs, als een *consumentenkrediet* in de zin van (thans) artikel 7:57 e.v. BW.¹⁴ Die regeling berust op een Europese richtlijn die strekt ter bescherming van consumenten tegen onverantwoorde kredietverlening.¹⁵ Ter implementatie hiervan is in artikel 7:61 lid 2 BW bepaald dat in de kredietovereenkomst op 'duidelijke en beknopte' (!) wijze een lange reeks van gegevens moet worden vermeld, waaronder 'de contante prijs' van het goed of de dienst waarvoor het krediet is verstrekt (in dit geval het toestel). Bij de gratis mobieltjes was aan deze informatieplicht niet voldaan, aangezien consumenten slechts de 'all-in prijs' te zien kregen van het abonnement *inclusief* toestel. Men zou erover kunnen twisten hoe erg dit is, maar de Hoge Raad was, conform de richtlijn, onverbiddelijk: slechts met afzonderlijke vermelding van de *toestelprijs* is de consument in staat een 'weloverwogen beslissing' te nemen ter zake van het krediet, aldus de Hoge Raad in 2016.¹⁶

Ook met betrekking tot de *sanctionering* van de normschending toonde de Hoge Raad zich streng. Volgens artikel 23 van de richtlijn moeten de door het nationale recht vastgestelde sancties 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' zijn. Dat eisentrio hanteert het EU-recht vaker in

13 Vgl. de klassieker 'There's no such thing as a free lunch' van Nobelprijswinnaar Milton Friedman (*1912-†2006).

14 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Statia*), r.o. 3.5.2.

15 Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *PbEU* L 133/66 d.d. 22 mei 2008. Zie bijv. onderdeel 8 en 26 van de considerans.

16 HR 12 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.4.2.

kwesties van consumentenbescherming.¹⁷ De Hoge Raad leidde hieruit af dat de consument het ‘toestelgedeelte’ van het telefoniecontract kon vernietigen en dat hij, na teruggave van het toestel, recht had op terugbetaling van de toestelprijs, zonder gehouden te zijn tot betaling van een vergoeding voor het gebruik van het toestel.¹⁸ Zo werd de ‘fabel van het gratis mobieltje’¹⁹ door de Hoge Raad waargemaakt.

Vooraf dit laatste onderdeel van de beslissing was veel civilisten een doorn in het oog. Ons Burgerlijk Wetboek kent allerlei mechanismen om ervoor te zorgen dat in gevallen als deze – waarin de consument *voordeel* heeft genoten van een vernietigbare overeenkomst – een evenwichtige uitkomst kan worden bereikt. Zo kan het voordeel door toepassing van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking worden ‘afgeroomd’ (art. 6:212 BW).²⁰ Hoewel het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) in bepaalde situaties óók betekenis heeft toegekend aan het beginsel dat niemand ongerechtvaardigd mag worden verrijkt,²¹ wilde de Hoge Raad daar in dit geval niet van weten. Het zou volgens de Hoge Raad in strijd zijn met de door het Europese recht geboden ‘effectieve bescherming van de consument’ en met het Europese vereiste dat de sancties ‘doeltreffend en afschrikkend’ moeten zijn, als de consument zou moeten betalen voor het genot dat hij van het toestel heeft gehad.²²

Hijma sprak in zijn annotatie bij het arrest zijn verbazing en ongenoegen uit over deze uitkomst. Volgens hem werpt het arrest de consument een ‘meevaller’ in de schoot, die de consument eerder als verrassend dan als verdiend zal ervaren. Hijma zoekt de verklaring

17 Vgl. art. 24 lid 1 van de huidige Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU) en de onderdelen 4 en 5 van de herziene Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn (EU) 2019/2161). Zie nader over dit eisentrio bijv. Cafaggi & Iamicali 2017, p. 575 e.v. en Pavillon 2020, p. 17 e.v.

18 HR 12 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.7.1 e.v. en 3.16.

19 Huppel e.a. 2019.

20 Andere correctiemechanismen die in het arrest aan bod komen zijn art. 6:203 e.v. BW (onverschuldigde betaling), art. 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) en art. 6:278 BW (bijbetaling wegens wijziging in waardeverhouding).

21 Zie bijv. HvJ EG 3 september 2009, C-489/07, NJ 2009/559, m.nt. M.R. Mok (*Messner*), r.o. 26 (m.b.t. een gebruiksvergoeding bij herroeping van een koop op afstand). Vgl. in de context van consumentenkrediet de conclusie van A-G Hogan d.d. 15 juli 2021 in de gevoegde zaken C-33/20, C-155/20 en C-187/20, ECLI:EU:C:2021:629 (*UK/Volkswagen c.s.*), onder 129 e.v. Zie over de Unierechtelijke status van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking ook Asser/Hartkamp 3-I 2019/138.

22 HR 12 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.16. De Hoge Raad vertaalt, evenals in HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347, m.nt. M.R. Mok en Jac. Hijma (*BP/Benschop c.s.*), de Unierechtelijke term ‘afschrikkend’ (*‘dissuasive’*) in ‘afschrikwekkend’. Hoewel hiermee niets anders zal zijn bedoeld, klinkt het een fractie strenger.

in de verpletterende kracht van het Europese consumentenrecht. Hij spreekt van een ‘stoomwalseffect’: het gegeven dat een Europese consumentenbeschermingsregel is overtreden, weegt dermate zwaar dat het ‘reguliere tegengewichten en relativeringen verpulvert en op een welhaast ongeremde sanctionering afkoerst’.²³

De *mobieltjes*-rechtspraak biedt volgens mij inderdaad een voorbeeld van hoe het Europese recht – of onze interpretatie daarvan – ons nationale aansprakelijkheidsrecht kan ‘platwalsen’. In het Europees-rechtelijk gemotiveerde streven naar een effectieve sanctionering gaat een deel van de nuance verloren die ons nationale recht te bieden heeft. Met name de proportionaliteit van de sanctie – een eis die trouwens óók artikel 23 van de richtlijn stelt – lijkt ver te zoeken.²⁴

De *mobieltjes*-rechtspraak is inmiddels oud nieuws, maar nieuwe voorbeelden dienen zich aan. Onlangs oordeelde de Hoge Raad over ambtshalve toepassing van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten.²⁵ Die beslissing is opgepikt door de kantonrechters, die er een ‘sanctiemodel’ op hebben gebaseerd.²⁶ Op grond van dit sanctiemodel hebben consumenten na aankoop van een product in een webwinkel standaard recht op 25% kooprijksvermindering als bijvoorbeeld blijkt dat de webwinkel zijn naam of adresgegevens niet duidelijk heeft vermeld (art. 6:230m lid 1 onder b en c BW).²⁷ Ook hier rijst de vraag of we onder invloed van Europa niet doorschieten in de bescherming van de consument. Europa leidt hier volgens mij tot een *verarming* van ons nationale privaatrecht, dat veel flexibeler omgaat met informatieplichten.²⁸ Consumentenbescherming is mooi, maar uiteindelijk betaalt de consument de prijs: ‘*There is no such thing as a free lunch.*’

23 Jac. Hijma, *NJ* 2017/282, onder 20. Zie in gelijke zin Pavillon 2016, p. 239. Vgl. nog verstrekkender Huppés e.a. 2019, p. 29 e.v., die betogen dat slechts de kredietovereenkomst en niet de koop van het toestel vernietigbaar is.

24 Pavillon 2020, p. 31-32.

25 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, *PbEU* L 304/64 d.d. 22 november 2011.

26 LOVCK, Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten, 15 december 2021 (beschikbaar via www.rechtspraak.nl).

27 Zie HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, r.o. 3.1.15, waar de Hoge Raad overigens wel de eis stelt dat het een ‘voldoende ernstige’ schending betreft. Zie ook de conclusie van plv. P-G Wissink, sub 7.32 e.v.

28 Zie voor vergelijkbare kritiek Timmerman 2009, p. 68 e.v., die bekritiseert dat het EU-recht ‘dwingt om van een deel van de omstandigheden van het geval te abstraheren’. Zie voor een reactie daarop Drijver 2019, p. 253 e.v., die betoogt dat dit als ‘*collateral damage*’ voor lief genomen moet worden. Zie nader over de flexibiliteit van het nationale leerstuk van informatieplichten Jansen 2012, p. 529 e.v.

3 EUROPA ALS WEGBEREIDER: URGENDA

Dat Europa ons aansprakelijkheidsrecht niet alleen platwalst, maar ook *verrijkt*, blijkt uit het tweede voorbeeld dat ik met u wil bespreken: het bekende *Urgenda*-arrest. Ook hier ging het om de verborgen kosten van de consumptiemaatschappij, maar dan in een heel andere context: klimaatverandering — misschien wel de meest prangende illustratie van ons Nederlandse gezegde dat de zon voor niets opgaat.

In de *Urgenda*-zaak ging het om de vraag of de Nederlandse Staat gehouden is om maatregelen te treffen ter bescherming van Nederlandse ingezetenen tegen de gevaren van klimaatverandering. De stichting Urgenda vorderde dat de Staat zou worden bevolen om de uitstoot van broeikasgassen vanaf het Nederlandse grondgebied per eind 2020 te doen beperken met minimaal 25% ten opzichte van 1990. Dit minimumpercentage ontleende Urgenda aan een wetenschappelijk rapport uit 2007 van het gezaghebbende *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) van de Verenigde Naties.²⁹ Zowel de rechtbank, het hof als de Hoge Raad oordeelden dat de Staat aan deze minimumdoelstelling van 25% gehouden kon worden. De juridische onderbouwing van dit oordeel verschilde.

Waar de rechtbank in eerste aanleg nationaal aansprakelijkheidsrecht toepaste (art. 6:162 BW),³⁰ hanteerden het hof en de Hoge Raad een Europese grondslag. Zij baseerden de reductieverplichting op artikel 2 en 8 EVRM, waarin het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven zijn verankerd. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft op die grondslag een omvangrijke hoeveelheid rechtspraak ontwikkeld, die in het teken staat van de rechterlijke toetsing van overheidsbeleid ten aanzien van gezondheids- en milieurisico's.³¹ Centraal in deze rechtspraak staan de zogenoemde *positieve verplichtingen*. Dat zijn inspanningen die overheden zich moeten getroosten om de aantasting van mensenrechten zoals artikel 2 en 8 EVRM te voorkómen. De overheid handelt in strijd met deze verplichtingen als zij nalaat om passende maatregelen

29 Dat rapport ging uit van de zogenoemde 'tweegradendoelstelling', die nadien nog verder is aangescherpt. In het Parijs-akkoord uit 2015 is een streefdoelstelling van 1,5 graden temperatuurstijging in 2100 vastgelegd, die ook bij de recente klimaatconferentie in Glasgow is herhaald.

30 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.53 e.v.

31 Zie bijv. De Jong 2020, p. 4 e.v., die in dit verband spreekt van 'rechterlijke risicoregulering' en die ook de uitdagingen bespreekt die dit verschijnsel met zich meebrengt voor de civiele rechter.

te nemen ter bescherming van burgers tegen een ‘reëel en onmiddellijk gevaar’.³² Op die basis hebben hof en Hoge Raad geoordeeld dat de Staat ‘het zijne’ moet doen ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering: een minimale reductie van 25% in 2020.³³

Of het *Urgenda*-arrest in alle opzichten ‘EVRM-proof’ is, is niet met zekerheid te zeggen, omdat Straatsburgse rechtspraak over klimaatverandering vooralsnog ontbreekt.³⁴ Waar het mij om gaat, is dat het arrest toont hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht kan *verrijken*. Het arrest biedt niet alleen een Europees antwoord op een actueel maatschappelijk probleem (klimaatverandering), maar het biedt meer in algemene zin ook nieuwe, Europese perspectieven op andere vraagstukken van aansprakelijkheid. Zo werpt het arrest nieuw licht op de aansprakelijkheid van ‘indirecte veroorzakers’ (zoals toezichhouders) en de aansprakelijkheid voor nalaten.³⁵ Een ander interessant aspect betreft de deelaansprakelijkheid voor gevaren die door collectief handelen zijn veroorzaakt.³⁶ Bijzonder actueel is ook de vraag of en in hoeverre positieve verplichtingen ter voorkoming van klimaatverandering rusten op bedrijven.³⁷ Daar kom ik nog op terug (par. 7).

Dit alles maakt dat ik het *Urgenda*-arrest beschouw als de tegenpool van de zojuist besproken *mobieltjes*-rechtspraak. In *Urgenda* fungeert Europa niet als stoomwals, die nationale leerstukken verpulvert of marginaliseert, maar als wegbereider, die nieuwe wegen blootlegt waarlangs het nationale recht actuele maatschappelijke problemen te lijf kan gaan. In beide verschijningsvormen – stoomwals én wegbereider³⁸ – getuigt Europa van een voorwaarts streven. Het aansprakelijkheidsrecht is voor Europa een ‘instrument’ om maatschappelijke doeleinden te bereiken.³⁹ Zo’n instrumentele benadering is van oorsprong wezensvreemd aan ons aansprakelijkheidsrecht. Het aansprakelijkheidsrecht is, zoals ik al opmerkte, primair

32 Zie bijv. Gerards 2019, p. 108 e.v. en 160 e.v.; Gijselaar 2021, p. 42 e.v. en 94 e.v.

33 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 40 e.v.; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 5.1 e.v.

34 Hierop wijzen Spier & Kock 2021, p. 189 en 193. Zie voor kritiek op de EVRM-argumentatie van de Hoge Raad Gijselaar 2021, p. 352 e.v.; Keus 2021, p. 156-157. Vgl. over de ‘dynamische interpretatie’ die het EHRM zelf aan het EVRM geeft Lawson 2021, p. 7 e.v.

35 Zie hierover Jansen 2020, p. 196 e.v.

36 Zie hierover Nuninga & Veldt 2020, p. 109 e.v.; Castermans & Nuninga 2020, p. 433.

37 Zie hierover Arts & Scheltema 2019, p. 88 e.v.

38 Het beeld van het privaatrecht als weg is overigens niet nieuw (Van Boom 2020, p. 26); het beeld van Europa als voortstuwingsmechanisme evenmin (Lawson 2021, p. 7 e.v.).

39 Vgl. over de historische ontwikkeling van Europa’s doeleinden Asser/Hartkamp 3-1 2019/22 e.v. (vanuit EU-perspectief) en Lawson 2021 (vanuit EVRM-perspectief).

gericht op de bescherming van de ‘status quo’ (par. 1). Om nader te kunnen duiden en evalueren hoe Europa deze grondhouding van ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt, wil ik met u teruggaan naar de basis van wat wij studenten bij aanvang van hun rechtenstudie bijbrengen: het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht.

4 HET ONDERSCHIED TUSSEN PRIVAAT- EN PUBLIEKRECHT

Het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht wordt wel de ‘*summa divisio*’ (de hoogste onderscheiding) van het recht genoemd.⁴⁰ Juristen zijn gewend om hun vakinhoud langs de lijnen van dit onderscheid in te delen; ze worden ermee opgeleid.⁴¹ Een bekende goudgekleurde wettenbundel maakt het onderscheid aanschouwelijk: twee ongeveer even dikke banden, waarvan de eerste het privaatrecht en de tweede het publiekrecht bevat. Het Burgerlijk Wetboek vinden we in band I (privaatrecht); het EVRM en het EU-recht in band II (publiekrecht). Heel onhandig voor studenten die het vak Europees aansprakelijkheidsrecht volgen: je sjouwt je rot.⁴²

Het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht is – anders dan die twee gouden banden doen vermoeden – niet waterdicht.⁴³ Het gaat niet om een echte tweedeling, maar om een *spectrum*, variërend van typisch privaatrechtelijke kwesties (zoals een burenruzie) tot typisch publiekrechtelijke kwesties (zoals een strafvervolging), met allerlei mengvormen ertussenin.⁴⁴ Vanwege die mengvormen wordt wel gezegd dat het niet zinvol en ook niet goed mogelijk zou zijn om een scherp onderscheid te maken tussen privaat- en publiekrecht.⁴⁵ Het onderscheid zou vooral didactische betekenis hebben.⁴⁶ Dat lijkt mij dan juist een reden om het onderscheid te koesteren. Bij het recht gaan

40 Deze aanduiding is afkomstig van Ulpianus (*170-†223). Zie over het onderscheid bijv. Asser/Scholten 1974, p. 26 e.v.; Cherednychenko 2007, p. 21 e.v.; Asser/Vonken 10-1 2018/589 e.v.; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 13 e.v.; Snijders 2021, p. 6 e.v.

41 Zie bijv. Taekema e.a. 2020, p. 46 e.v.

42 Ook de blauwe wettenbundel van de concurrent plaatst het Europese recht en het BW in verschillende delen (het EU-recht en het EVRM zijn hier opgenomen in ‘Deel A Staats- en bestuursrecht’).

43 Het onderscheid werd ook in het Romeinse recht, waaraan het is ontleend, niet strikt doorgevoerd. Vgl. bijv. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/3 e.v., over het Romeinse aansprakelijkheidsrecht dat punitieve elementen kende.

44 Zie bijv. Asser/Scholten 1974, p. 27; Cherednychenko 2007, p. 50; Basedow 2021, p. 19; Snijders 2021, p. 16-18.

45 Zie bijv. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 57. Vgl. ook Snijders 2021, p. 9 e.v., die de praktische betekenis van het onderscheid ‘niet groot’ acht, maar het onderscheid ‘toch zinvol’ acht, omdat sommige rechtsgebieden typisch publiekrechtelijk of typisch privaatrechtelijk genoemd kunnen worden (p. 18).

46 Aldus Basedow 2021, p. 15-16 (onder verwijzing naar Ulpianus).

doceerbaarheid en praktische hanteerbaarheid immers hand in hand. Bovendien biedt de europeanisering waarover ik vandaag spreek een extra aanleiding om het onderscheid ‘af te stoffen’. Europa leidt namelijk tot een opkomst van ‘publieke tendensen’ in ons aansprakelijkheidsrecht (par. 5 e.v.). Om die tendensen op waarde te kunnen schatten, geef ik u een flitscollege ‘privaat- en publiekrecht’.

Het *publiekrecht* gaat over machtsverhoudingen waarbij de overheid betrokken is. Kenmerkend voor het publiekrecht is zijn verticale karakter. Het publiekrecht beziet de maatschappij van bovenaf, als voorwerp van overheidsbemoeienis. Het regelt de verhouding tussen overheid en burger, en ook de publieke rechtsbetrekkingen tussen hogere en lagere overheden onderling. De burger is in het publiekrecht lijdend voorwerp van dwangmiddelen die de overheid bij de uitoefening van haar publieke taken ten dienste staan. Het initiatief tot de inzet van die dwangmiddelen – de rechtshandhaving – berust bij de overheid. Vanwege deze machtspositie wordt in het publiekrecht veel belang gehecht aan het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel. Het publiekrecht kent daarom veel gedetailleerde en dwingende regelgeving. Het publiekrecht is een soort harnas: het beschermt de burger, maar het beperkt hem ook in zijn bewegingsvrijheid.

Het *privaatrecht* kent in zijn oervorm een heel andere signatuur. Het privaatrecht regelt de horizontale verhouding tussen burgers en bedrijven onderling, en ook de private rechtsbetrekkingen tussen overheden en particulieren. In het privaatrecht draait het om de uitoefening van burgerlijke vrijheden. De burger is hier geen lijdend voorwerp, maar een actieve speler, die zelf zijn eigen belangen behartigt en daarin vrij is, mits hij voldoende rekening houdt met anderen. In verband hiermee is het privaatrecht veel flexibeler dan het publiekrecht: het kent meer open normen en minder dwingend recht. Het privaatrecht beschermt de burger wel, maar het confronteert hem ook met zijn eigen verantwoordelijkheid: weloverwogen keuzes zijn in beginsel voor eigen risico. Het privaatrecht is een soort maatkostuum: een passend doch soepel kledingstuk voor zelfredzame mensen.

Uit deze – bewust karikaturale – omschrijvingen zijn volgens mij vier criteria te destilleren voor het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht.⁴⁷ Deze criteria betreffen (i) de *rechtsverhouding* tussen de normadressaten (horizontaal of verticaal), (ii) de *normstelling*

⁴⁷ Zie voor vergelijkbare criteria in verschillende bewoordingen Asser/Scholten 1974, p. 27; Cherednychenko 2007, p. 24 e.v.; Taekema e.a. 2020, p. 48-49; Snijders 2021, p. 9 e.v.

(open, flexibele regels of gedetailleerde, dwingende regels), (iii) de aard van de behartigde *belangen* (individuele of algemene belangen) en (iv) de *rechtshandhaving* (particulier initiatief of publiek toezicht). Met behulp van deze criteria zal ik nu de invloed van Europa op ons aansprakelijkheidsrecht nader proberen te duiden.

5 PUBLIEKE TENDENSEN IN HET EUROPEES AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Hoe beziet Europa de verhouding tussen privaat- en publiekrecht? Het korte antwoord is: niet.⁴⁸ In de EU-regelgeving speelt het onderscheid geen zichtbare rol.⁴⁹ Dat ligt voor de hand, omdat de Europese Unie geen staat is. Zij gebruikt het nationale recht van de lidstaten als voertuig voor de doorwerking van haar regels.⁵⁰ Ook bij de toepassing van het EVRM speelt het onderscheid in beginsel geen rol, omdat het verdrag enkel verplichtingen in het leven roept voor verdragsstaten ten opzichte van hun ingezetenen (art. 1 EVRM). Het EVRM heeft, met andere woorden, uit zichzelf geen horizontale werking. Niettemin eist het EHRM soms dat de nationale rechter EVRM-rechten laat doorwerken in horizontale verhoudingen.⁵¹

Europa beziet ons recht dus als een samenhangend geheel en daardoor doorkruisen Europese regels het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht.⁵² Onder invloed van Europa is dat onderscheid dan ook, zo wordt alom erkend, verder verwaterd dan het al was.⁵³ Dat is op zichzelf niet iets waarover wij ons zorgen zouden moeten maken, maar het is wél iets dat onze aandacht verdient.⁵⁴ Het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht zegt namelijk, zoals wij zagen (par. 4),

48 Het HvJ EU maakt bij de uitleg van EU-recht wel onderscheid tussen horizontale en verticale werking (één aspect van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht). Vgl. Asser/Hartkamp 3-1 2019/17 e.v. Op vergelijkbare wijze maakt art. 6 EVRM onderscheid tussen 'civil rights and obligations' enerzijds en een 'criminal charge' anderzijds. Vgl. Gerards 2019, p. 73 e.v.

49 Basedow 2021, p. 15; Sniijders 2021, p. 19-20. Vgl. ook Busch 2015, p. 216, die uit HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, NJ 2016/352 (NN/Van Leeuwen) afleidt dat het Europese recht 'blind' is voor het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht.

50 Keus 2019, nr. 4 en 49 e.v. Dit geldt overigens in mindere mate voor direct werkend Unierecht, zoals VWEU-bepalingen en EU-verordeningen, die in beginsel enkel het nationale procesrecht nodig hebben om te kunnen doorwerken.

51 Zie bijv. Somers 2018, p. 7 e.v.; Asser/Hartkamp 3-1 2019/220 e.v.; Gerards 2019, p. 136 e.v.

52 Zie bijv. (vanuit EU-perspectief) Cherednychenko 2020, p. 27. Vgl. ook Smits 2004, p. 490, die Europees privaatrecht daarom tot de 'functionele rechtsgebieden' rekent.

53 Zie bijv. Cherednychenko 2013, p. 71 e.v.; Du Perron 2013, p. 15-16; Sniijders 2021, p. 39.

54 Aldus ook Cherednychenko 2020, p. 27 e.v., die vanuit EU-perspectief pleit voor een herwaardering van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht.

veel over de inhoud en reikwijdte van regels (criteria i-iii) en over de manier waarop zij moeten worden toegepast (criterium iv). *Publiek-rechtelijke* regels hebben, door hun verticale en stringente karakter, vaak méér dan privaatrechtelijke regels de potentie om het recht tot een stoomwals of wegbereider te maken. Ik denk daarom dat we, door Europese regels een plaats te geven binnen het spectrum publiek-privaat, beter kunnen blootleggen hoe Europa ons privaatrecht beïnvloedt en wat wij daarvan zouden moeten vinden.

Hierna zal ik laten zien dat Europa leidt tot een opkomst van ‘publieke tendensen’ in ons aansprakelijkheidsrecht.⁵⁵ Deze publieke tendensen zijn volgens mij op drie niveaus waarneembaar (vgl. criteria ii-iv): bij de normstelling, bij de behartigde belangen en bij de rechtshandhaving. Ik noem deze tendensen regulering (par. 6), vermaatschappelijking (par. 7) en sanctionering (par. 8). Ik zal deze tendensen nu achtereenvolgens bespreken aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak.

6 EERSTE TENDENS: REGULERING

Bijna vijftienvintig jaar geleden maakte het cabaretduo Van Kooten en De Bie een sketch over het verschijnsel ‘Euronormering’.⁵⁶ We zien een ambtelijk figuur met een prominente EU-badge op zijn regenjas een chocolaterie binnenstappen. Het is paastijd en de winkel staat vol met chocoladen hazen. Na een korte introductie (‘Wij zijn van de Euronormering’) komt de man ter zake: er staan te veel hazen in de winkel. Het Europese recht staat maximaal duizend hazen per winkel toe; de boventallige hazen moeten worden vernietigd. Ook de afstand tussen de hazen is genormeerd (minimaal vijftien centimeter), evenals het gewicht dat zij mogen torsen in eventuele mandjes (maximaal zes procent van het eigen lichaamsgewicht, tenzij het mandje op de grond rust), alsook de manier waarop de hazen mogen worden afgebeeld (hazen in auto’s, op motoren en met geweren zijn verboden). Als de winkelier geschrokken uitroept: ‘Daar heb ik nooit bij stilgestaan’, antwoordt de inspecteur geruststellend: ‘Dat geeft ook niet, dat doen wij wel. Daar is die Europese Unie nou juist voor.’

55 De europeanisering heeft ook geleid tot privatisering van het publiekrecht (vgl. Basedow 2021, p. 19), maar dat is niet het onderwerp van mijn rede.

56 Zie www.youtube.com/watch?v=At-ML-ZAgpA (uitgezonden 9 maart 1997).

De sketch is geïnspireerd door echte Europese regelgeving⁵⁷ en is volgens mij onverminderd actueel. De Europese Unie⁵⁸ is berucht om haar ‘regelwoede’.⁵⁹ Interessant is dat Van Middelaar deze regelwoede in direct verband brengt met het oorspronkelijke hoofddoel van de Europese samenwerking: het voorkómen van oorlog. Hij noemt regulering een vorm van ‘depolitisering via het recht’. Alleen de ‘anonieme kracht van het recht’ stelde de lidstaten in staat om bevolkingen te verenigen die door bijna alles waren verdeeld. De saaiheid die hiervan het gevolg was, nam Europa op de koop toe: ‘Saaiheid is ook een kwaliteit’, aldus Van Middelaar.⁶⁰

Ik weet niet of deze ‘lof der saaiheid’ een opsteker is voor juristen. Feit is wel dat regels het recht hanteerbaar en voorspelbaar kunnen maken. Dat zijn twee belangrijke kwaliteiten. Zo zijn in artikel 6:230g e.v. BW sinds 2014 Europese regels neergelegd voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten, de zogenoemde ‘B2C-transacties’. Erg spannend zijn die regels niet altijd,⁶¹ maar wel nuttig. Zo bepalen artikel 6:230t en 6:230v BW dat informatieverstrekking aan consumenten ‘in duidelijke en begrijpelijke taal’ moet plaatsvinden.⁶² In ons nationale recht kenden we die regel alleen impliciet, uit de rechtspraak.⁶³ Wat mij betreft leent die Europese regel zich voor analoge toepassing in ons nationale contractenrecht.

Ronduit spannend is, of was althans, de regel dat de consument een overeenkomst op afstand – bijvoorbeeld via internet – binnen veertien

57 De sketch spreekt van de ‘Europese Commissie Nieuwe Normen Consumptieve Chocolade’. Vgl. Richtlijn 2000/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 juni 2000 inzake cacao- en chocoladeproducten voor menselijke consumptie, met regels voor o.m. de samenstelling, de bereidingspecificaties, de verpakking en de etikettering van cacao- en chocoladeproducten. De richtlijn bepaalt bijv. wanneer een product als ‘melkchocolade’ mag worden aangeduid. Namen als ‘cacaofantasie’ en ‘imitatiechocolade’ vinden hierin hun achtergrond.

58 Het EVRM draagt in mindere mate bij aan deze tendens, aangezien EVRM-rechten juist zeer open en algemeen geformuleerd zijn. Vgl. Gijselaar 2021, p. 343 e.v., die concludeert dat ons wettelijk kader op enkele uitzonderingen na voldoet aan het EVRM. Dit laat onverlet dat het EVRM uiteraard wel invloed kan uitoefenen op onze regulering. Vgl. Gerards 2019, p. 198 e.v. (over het legaliteitsvereiste voor beperkingen van EVRM-rechten).

59 Zie bijv. Du Perron 2013, p. 15 (die betoogt dat de EU tot een ‘regulatory state’ leidt) en Cherednychenko 2020, p. 32 e.v. (die in navolging van Beale spreekt over Europese ‘techno-law’).

60 Van Middelaar 2019, p. 24, 237 e.v. (p. 239).

61 Wél spannend wordt het als er een rigide sanctiemodel aan wordt gekoppeld; zie par. 2 (slot).

62 Zie in gelijke zin art. 6:238 lid 2 BW (algemene voorwaarden) en 7:50b lid 1 BW (time-sharing).

63 Zie Jansen 2012, p. 163 e.v., met verwijzing naar o.m. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, NJ 2010/258, m.nt. Jac. Hijma (*Gomes/Rental*), r.o. 3.7.3.

dagen zonder opgave van redenen kan ontbinden (art. 6:230o BW). Deze regel, ook wel bekend als de ‘bedenktijd’, heeft bij de invoering ervan in 2001⁶⁴ veel hoofdbreken opgeleverd voor juristen.⁶⁵ Inmiddels is de bedenktijd niet meer weg te denken uit ons contractenrecht. Europa heeft hier duidelijk als wegbereider gefungeerd: de mogelijkheid om een online-contract gedurende een bepaalde termijn zonder opgave van redenen te herroepen, vinden we inmiddels heel normaal. Maar ook een wegbereider kan zijn doel voorbijschieten. Inmiddels doemt de vraag op of het ‘recht op retour’ wel verenigbaar is met de duurzaamheidsdoelen van de EU.⁶⁶ Regels zijn niet alleen maar saai, zoveel is duidelijk.

Regels hebben wel een ander belangrijk nadeel, namelijk dat zij het recht kunnen *fixeren*.⁶⁷ De wetgever kan niet alle toekomstige situaties voorzien. Daardoor kunnen scherp geformuleerde regels in onvoorziene situaties te streng of juist te soepel uitpakken. Het privaatrecht lost dit op door met open normen te werken. Dat zijn algemeen geformuleerde regels die de rechter van geval tot geval nader invult. Zulke open normen kunnen als vangnet fungeren in onvoorziene situaties.⁶⁸ Uitgangspunt is dat de geschreven regels van het publiekrecht en de open normen van het privaatrecht naast elkaar staan en elkaar dus kunnen aanvullen,⁶⁹ ongeacht hun Europese of nationale herkomst.⁷⁰ De vraag is of dit uitgangspunt nog onverkort houdbaar is onder invloed van het EU-recht.⁷¹ Het Europese consumentenrecht werkt tegenwoordig vaak met richtlijnen die ‘volledige harmonisatie’ beogen, wat betekent dat soepeler of strengere regels niet zijn

64 De bedenktijdregeling van art. 6:230o BW was oorspronkelijk opgenomen in art. 7:46d (oud) BW.

65 Zie m.b.t. het beginsel ‘*pacta sunt servanda*’ Hijma 2004, p. 26 e.v.; Valk 2004, p. 129 e.v. Zie m.b.t. de inbedding in het wettelijke stelsel van remedies Hijma 2004, p. 29 e.v.

66 Zie Pavillon 2021, p. 28 e.v. Vgl. over duurzaamheidsdoelen in het contractenrecht ook Castermans 2009, p. 9 e.v.

67 Vgl. Cherednychenko 2013, p. 81-82, die vreest dat het privaatrechtelijke stelsel van gedragsregels voor financiële ondernemingen wordt ‘dichtgetimmerd’ als het publiekrechtelijke stelsel prevaleert.

68 Uiteraard zijn (alleen) open normen ook niet zaligmakend. Vgl. Barendrecht 1992, p. 12-13, die pleit voor de ontwikkeling van scherpe vuistregels, die als voorlopig uitgangspunt kunnen dienen bij de invulling van het ongeschreven recht.

69 Zie bijv. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, NJ 2019/184, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Amstelstaete/Verweerders*), r.o. 3.4.2: de civielrechtelijke zorgplicht van kredietaanbieders kan ‘verder reiken’ dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd.

70 Vgl. Castermans & Krans 2019, nr. 7; De Graaff 2020, p. 6.

71 Zie bijv. Asser/Vranken**** 2014/120, die zich afvraagt of de beslissingen in de bekende *Dexia*-arresten (o.m. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken) ‘onder invloed van de toenemende europeanisering van het financiële recht nog wel herhaald kunnen worden’.

toegestaan. De vraag is dan of die harmonisatie ook *uitputtend* is in die zin dat ook algemene privaatrechtelijke regels (zoals een open norm) daardoor beïnvloed worden.⁷² Op dit moment staat bijvoorbeeld ter discussie of de MiFID II-richtlijn⁷³ voor financiële ondernemingen ruimte laat voor een contextgebonden invulling van de privaatrechtelijke zorgplicht.⁷⁴ Ook moet de Hoge Raad binnenkort oordelen over de vraag of Europese regels voor levensverzekeraars eraan in de weg staan dat de civiele rechter zogenaamde ‘woekerpolissen’ (beleggingsverzekeringen) toetst aan het ongeschreven recht.⁷⁵ Het antwoord moet ik u schuldig blijven. Ik volsta met de algemene opmerking dat, als Europa onze open normen insnoert (wat mij zeker niet uitgesloten lijkt), ons nationale recht daardoor wordt verarmd, omdat de vereiste flexibiliteit wordt beperkt. Europa fungeert dan als stoomwals.

Het voorgaande zou geen probleem zijn als het Europese recht zelf een volwaardig privaatrechtelijk rechtsstelsel zou vormen, met alle vangnetten en veiligheidsventielen van dien. Dat is echter niet het geval. Het EU-recht vormt, nog altijd, een tamelijk verbrokkeld geheel van sectorspecifieke regels.⁷⁶ Het kent geen gelaagde structuur en geen algemeen deel zoals het Nederlandse BW, waarop kan worden teruggevallen als toepassing van specifieke regels onbillijk uitpakt. Het HvJ EU werkt wel met algemeen geformuleerde beginselen, maar ook die zijn sterk doelgericht en in die zin eenzijdig.⁷⁷ Ik verwijs naar de *mobieltjes*-rechtspraak, waarin het Europese effectiviteitsbeginsel een centrale rol speelde (par. 2). Waar onze nationale open normen het recht polijsten, hebben zulke Europese beginselen volgens mij juist een verruwend effect: zij zijn de brandstof van de stoomwals.

72 Zie bijv. Asser/Hartkamp 3-I 2019/177 e.v.

73 Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, *PbEU L 173/349* d.d. 12 juni 2014.

74 Zie bijv. Busch 2015, p. 209 e.v. (ontkennend) en Wallinga & Pijls 2018, p. 12 e.v. (bevestigend).

75 Zie de conclusie van A-G Hartlief d.d. 14 oktober 2021 in de zaak *Woekerpolis.nl/NN* (zaaknummer 21/00765), ECLI:NL:PHR:2021:973. Het gaat in deze zaak om de Derde Levensrichtlijn (Richtlijn 92/96/EEG), zoals uitgelegd in HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, NJ 2016/352 (*NN/Van Leeuwen*).

76 Zie bijv. Asser/Hartkamp 3-I 2019/161. Vgl. ook Smits 2004, p. 494 e.v., die gewag maakt van het ‘Gemeenschappelijk Referentiekader’ (GRK) dat in deze leemte moest voorzien. Inmiddels weten we dat dit project – uitgemond in het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) – is gestrand (Asser/Hartkamp 3-I 2019/308 e.v.).

77 Zie voor een inventarisatie van civielrechtelijk relevante beginselen uit de HvJ EU-rechtspraak Asser/Hartkamp 3-I 2019/105 e.v.

Een recente illustratie biedt de *Dexia*-uitspraak van het HvJ EU uit 2021. Daarin is geoordeeld dat, als een financiële onderneming een beding hanteert dat oneerlijk is in de zin van het Europese consumentenrecht, dat beding niet mag worden vervangen door een nationale regel van aanvullend recht die wél eerlijk is. Zo'n vervanging zou volgens het hof in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.⁷⁸ In de literatuur is, volgens mij terecht, kritiek geuit op deze 'bikkelharde sanctie'.⁷⁹ Ik geloof niet dat we de Europese stoomwals op dit punt zouden kunnen of moeten willen tegenhouden, aangezien het de hoogste Europese rechter zélf is die aan het stuur zit.⁸⁰ Wel lijkt het mij verstandig om binnen ons nationale recht te zoeken naar oplossingen waarmee op EU-conforme wijze een billijke uitkomst kan worden bereikt.⁸¹

7 TWEEDE TENDENS: VERMAATSCHAPPELIJKING

Een Joodse spreuk luidt: 'wie een mens redt, redt de hele wereld'. Zo beschouwd heeft het aansprakelijkheidsrecht ten diepste maatschappelijke betekenis: de bescherming van het individu.⁸² De vraag is echter of dat de *enige* doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is. Tot voor kort werd inderdaad verdedigd dat het aansprakelijkheidsrecht niet is bedoeld om publieke belangen te dienen. Het bewerkstelligen van maatschappelijke verandering zou tot het exclusieve domein van het publiekrecht behoren.⁸³ Hoewel deze visie mij historisch juist lijkt (par. 1), kan zij volgens mij onder invloed van het Europese recht niet meer worden volgehouden.⁸⁴ Zowel de *mobieltjes*-rechtspraak als het *Urgenda*-arrest laat zien dat het Europese recht nadrukkelijk publieke doeleinden nastreeft en dat het daartoe ook het aansprakelijkheidsrecht 'inzet'. Wat mij betreft fungeert Europa hier als wegbereider: het

78 HvJ EU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, *NJ* 2021/325, m.nt. M.B.M. Loos (*Dexia*).

79 Zie Schelhaas & Spanjaard 2021, p. 143-144, die spreken over 'een boterzacht criterium met messcherp gevolg'. Vgl. ook Pavillon & Spanjaard 2021, p. 1564, die aandacht missen voor het evenredigheidsbeginsel.

80 Vgl. *anders* Jongeneel 2021, p. 1572, die toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid bepleit (waarover kritisch M.B.M. Loos, *NJ* 2021/325, onder 15).

81 Zie bijv. M.B.M. Loos, *NJ* 2021/325, onder 14, die in voorkomende gevallen ruimte ziet voor een vordering uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking.

82 Vgl. Snijders 2021, p. 9, die betoogt dat het dienen van individuele belangen óók een publiek belang is.

83 Zie Kortmann 2009, p. 15 e.v., die principieel bezwaar koestert tegen een '*instrumentalist view of tort law*', met als argument dat rechtshandhaving '*the exclusive domain of public law*' is.

84 Zie in gelijke zin (maar niet specifiek uit Europees perspectief) Van Boom 2020, p. 46 e.v. en p. 150 e.v. Vgl. ook de bijdragen in Enneking e.a. 2021.

aansprakelijkheidsrecht wordt door deze maatschappelijke dimensie (letterlijk) verruimd.

Voor de Europese grondrechten hebben in dit verband een belangrijke rol gespeeld. Vaak wordt hun invloed op het privaatrecht aangeduid als ‘constitutionalisering’.⁸⁵ Dat is een term die vooral associaties oproept met het publiekrecht. Met Nieuwenhuis meen ik echter dat zulke associaties misleidend zijn.⁸⁶ Grondrechten zijn immers rechten die zo fundamenteel van aard zijn dat ze in alle rechtsverhoudingen gerespecteerd moeten worden, niet alleen door de overheid, maar ook door particulieren onderling. Daarom geef ik de voorkeur aan de term ‘vermaatschappelijking’, die in 1938 door Valkhoff is gemunt.⁸⁷ Vermaatschappelijking houdt in dat publieke belangen een groeiende rol spelen in ons private aansprakelijkheidsrecht. Dit leidt tot een verschuiving van een micro- naar een macroperspectief op vraagstukken van aansprakelijkheid: het ‘rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen’ wordt onder invloed van Europa verbreed⁸⁸ tot ‘rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen én maatschappelijke belangen’.⁸⁹

Vanuit EU-perspectief heeft vermaatschappelijking vooral betrekking op de doorwerking van publiekrechtelijke regels die primair bedoeld zijn om Europese doelen na te streven, zoals bevordering van de interne markt. Hier rijst een *relativiteitsvraag*: in hoeverre hebben EU-regels een privaatrechtelijke beschermingsstrekking? Volgens vaste

85 Zie bijv. Cherednychenko 2007 (passim); Huisman & Van Ommeren 2019, p. 54; Sniijders 2021, p. 16.

86 Nieuwenhuis 2006, p. 57-58. Ik beschouw deze tendens dus wel als een *publieke*, maar niet als een *publiekrechtelijke* tendens.

87 Valkhoff 1938, p. 243. Vgl. ook Valkhoff 1967, p. 3, waar de term nader wordt geduid als ‘een socialer worden van het privaatrecht, waarbij de collectiviteit meer op de voorgrond komt en de gemeenschapsbelangen meer gaan gelden naast die van de enkeling’. Valkhoff beschouwt ‘publicisering van het recht, d.w.z. de accentverschuiving van privaatrecht naar publiekrecht’ als een aspect van vermaatschappelijking (idem, p. 5).

88 Tussen private en publieke belangen bestaat niet noodzakelijkerwijs een tegenstelling. Vgl. Asser/Scholten 1974, p. 27, die betoogt dat een ‘afweging van algemeen en individueel belang’ ten grondslag ligt aan ‘iedere rechtsregeling’. Intussen is óók duidelijk dat private en publieke belangen niet *altijd* samenvallen. Zie Cherednychenko 2007, p. 28.

89 Zie Du Perron 2013, p. 15, die mede vanuit Europees perspectief spreekt over ‘verplichtingen jegens de wederpartij (...) en jegens de samenleving’. Vgl. ook De Jong & Van der Linden 2017, p. 4 e.v., die (niet specifiek uit Europees perspectief) ingaan op de mogelijkheden en uitdagingen van ‘rechtspreken met oog voor macro-effecten’ in het aansprakelijkheidsrecht.

rechtspraak van het HvJ EU komt het erop aan of de geschonden regel van EU-recht ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren.⁹⁰

Bij EVRM-rechten speelt deze relativiteitsdiscussie geen rol, omdat EVRM-rechten bij uitstek bedoeld zijn ter bescherming van het individu. Wel speelt hier een spiegelbeeldige vraag: de vraag naar de *horizontale werking* van EVRM-rechten.⁹¹ Het gaat hier niet om het *beschermingsbereik* van de geschonden norm (ten opzichte van het slachtoffer), maar om het *toepassingsbereik* ervan (ten opzichte van de dader): zijn behalve overheden ook particulieren verplicht om elkaars EVRM-rechten te respecteren?⁹² Zoals gezegd beantwoord ik die vraag in beginsel bevestigend, gelet op het fundamentele karakter van EVRM-rechten.⁹³ Maar daarmee is niet gezegd dat particulieren dezelfde EVRM-*verplichtingen* hebben als overheden. Met name de *positieve verplichtingen* van overheden, die strekken tot actieve behartiging van EVRM-rechten, laten zich niet zomaar transplanteren naar privaatrechtelijke verhoudingen.⁹⁴

Deze problematiek was aan de orde in het spectaculaire vonnis van de Haagse rechtbank in de zaak van Milieudefensie tegen Shell. Daarin is Shell – mede op basis van artikel 2 en 8 EVRM⁹⁵ – veroordeeld om haar CO₂-uitstoot eind 2030 terug te brengen tot netto 45% ten opzichte van 2019. Bijzonder was dat dit bevel niet alleen de eigen emissies van de Shell-groep omvatte, maar ook de emissies van *afnemers* van Shell (u en ik). Deze zogenoemde ‘Scope 3 emissies’ maken bij Shell ongeveer 85% van haar totale uitstoot uit. Met betrekking tot die emissies had Shell volgens de rechtbank een ‘zwaarwegende inspanningsverplichting’.⁹⁶

90 Zie bijv. HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, *NJ* 1994/2 (*Frankovich*), r.o. 40; HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, *NJ* 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 66. Zie nader over dit EU-relativiteitsvereiste bijv. Sieburgh 2014, nr. 6b en 12a.

91 Zie bijv. Somers 2018, p. 7 e.v.; Asser/Hartkamp 3-I 2019/220 e.v.; Gerards 2019, p. 136 e.v.

92 Vgl. het eerste criterium dat ik in par. 4 onderscheidde.

93 Een complicatie die ik hier onbesproken laat, betreft de mogelijke *botsing* van grondrechten van individuen. Zie bijv. Asser/Hartkamp 3-I 2019/227.

94 Zie Somers 2018, p. 17 e.v. Vgl. ook Scheltema & Brans 2021, onder 8.3.

95 Het reductiebevel berustte op art. 6:162 BW, maar de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm werd mede op art. 2 en 8 EVRM gebaseerd (r.o. 4.4.9 e.v.).

96 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie c.s./Shell*), r.o. 4.4.39.

Je zou kunnen zeggen dat het Joodse gezegde hier werd omgedraaid: om mensen te redden, moet Shell de wereld redden.⁹⁷ Sommigen menen dat de rechtbank hiermee te ver is gegaan: handelt nu iedereen die CO₂ uitstoot onrechtmatig jegens alle ingezetenen van Nederland?⁹⁸ Dat lees ik niet in het vonnis,⁹⁹ maar evengoed is een op een bedrijf rustende inspanningsverplichting om de CO₂-uitstoot van zijn klanten te reduceren natuurlijk ingrijpend. Ik denk dat, zoals steeds in vraagstukken van horizontale werking,¹⁰⁰ beslissend is of het bedrijf een zodanige *machtspositie* bekleedt dat het zijn klanten kan ‘regeren’ gelijk een overheid.¹⁰¹ In dit verband kan misschien inspiratie worden geput uit de rechtspraak van het HvJ EU over het Unierechtelijke relativiteitsvereiste. Volgens die rechtspraak valt de voorkoming van vermogensschade onder het beschermingsbereik van milieuregels voor zover deze schade het ‘rechtstreekse economische gevolg’ is van de milieueffecten van het gereguleerde project.¹⁰² Als we die redenering spiegelbeeldig toepassen op de Shell-casus, komt het erop aan of de Scope 3 emissies kunnen worden beschouwd als het ‘rechtstreekse economische gevolg’ van de eigen activiteiten van de Shell-groep. Hoe het antwoord moet luiden, laat ik aan u over, maar zoveel is duidelijk: vermaatschappelijking hééft een grens en die grens wordt bepaald door het recht. In een opwarmende wereld moeten juristen het hoofd koel houden.

8 DERDE TENDENS: SANCTIONERING

De derde tendens die ik hier wil bespreken, betreft de *sanctionering* van Europese regels. Het Europese recht leidt tot een verhoogde aandacht voor de handhaving en de effectiviteit van rechtsregels.¹⁰³ Ook op dit punt heeft het Europese recht duidelijk een wegbereidende functie vervuld. Rechtshandhaving is lange tijd gezien als iets publiekrechtelijks.¹⁰⁴ In het strafrecht wordt ‘sanctierecht’ als een afzon-

97 Vgl. De Jong 2019, die n.a.v. de *Urgenda*-zaak de vraag opwerpt waarom de dreigende schending van mensenrechten van een identificeerbare groep personen wél een inbreuk op art. 2 en 8 EVRM zou kunnen opleveren, en de ‘cumulatie van de dreigende schendingen van de mensenrechten van individuen’ niet. Hij bespreekt aansluitend ook mogelijke tegenwerpingen.

98 Aldus Katan 2021, onder 6.

99 Vgl. r.o. 4.4.11 e.v. van het vonnis, over de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPR).

100 Vgl. Asser/Hartkamp 3-1 2019/226; Gerards 2019, p. 136-137; Sniijders 2021, p. 16.

101 Vgl. het eerste criterium dat ik in par. 4 onderscheidde.

102 HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166, NJ 2013/364 (*Jutta Leth/Oostenrijk*), r.o. 36.

103 Zie bijv. Tjong Tjin Tai 2018, p. 35; Lindenbergh 2020, p. 214.

104 Vgl. Van Nispen 2018, nr. 2.

derlijk leerstuk beschouwd.¹⁰⁵ In het civiele aansprakelijkheidsrecht kennen wij van oudsher niet zo'n leerstuk: civiele remedies worden beschouwd als een verlengstuk van de materiële norm.¹⁰⁶ Met die koppeling tussen norm en sanctie is op zichzelf niets mis. Integendeel: het beschermingsbereik van de norm is inderdaad medebepalend voor de vormgeving van de sanctie.¹⁰⁷ Maar waar het om gaat is dat de relatie tussen norm en sanctie een *tweerichtingsverkeer* vormt: de norm bepaalt niet alleen de sanctie, maar de sanctie bepaalt ook de verwezenlijking van de norm.

Het is vooral dit laatste inzicht – het belang van een effectieve sanctie – dat onder invloed van Europa is gerijpt. Niet alleen het Unierecht heeft hierbij een rol gespeeld, zoals de *mobieltjes*-rechtspraak illustreert (par. 2), maar ook het EVRM. Artikel 13 EVRM eist namelijk dat lidstaten voorzien in een daadwerkelijk rechtsmiddel (*effective remedy*) in geval van een EVRM-schending.¹⁰⁸ Dat vereiste heeft onder meer een rol gespeeld bij de toewijzing van het reductiebevel in de *Urgenda*-zaak (par. 3).

Een interessante sanctioneringsvraag die op dit moment bij het HvJ EU voorligt, betreft de uitleg van het schadebegrip in artikel 82 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).¹⁰⁹ In de praktijk is het vorderen van schadevergoeding op grond van de AVG geen sinecure, omdat data-inbreuken vaak niet tot aantoonbare schade leiden, maar hooguit tot 'krassen op de ziel', zoals Wolfsen het noemt.¹¹⁰ De Autoriteit Persoonsgegevens, die publiek toezicht houdt op de naleving van de AVG, benadrukt het belang van private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht.¹¹¹ De Hoge Raad legt binnen het nationale aansprakelijkheidsrecht de lat hoog: de enkele aantasting van een fundamenteel recht (zoals in dit geval het recht op

105 Zie Bleichrodt & Vegter 2021, p. 25-26, waar sancties als 'reacties op normschendingen' worden omschreven.

106 Dat wil niet zeggen dat remedies in de literatuur geen afzonderlijke aandacht kregen of krijgen. Zie bijv. Stolp 2007; Van Nispen 2018; Nuninga 2018.

107 Zie bijv. Lindenbergh 2007, p. 7 e.v.; Nuninga 2018; Van der Kooij 2019, p. 221 e.v.

108 Zie over de invloed van art. 13 EVRM op het aansprakelijkheidsrecht bijv. Lindenbergh 2011, p. 101 e.v.; Somers 2018, p. 45 e.v. Beide auteurs bespreken ook art. 41 EVRM, over het recht op een billijke genoegdoening (*just satisfaction*), dat ik hier onbesproken laat.

109 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *PbEU* L 119/1 d.d. 4 mei 2016.

110 Wolfsen 2021, p. 3407.

111 Zie bijv. Hartlief 2021, p. 3241; Wolfsen 2021, p. 3406.

gegevensbescherming) volstaat niet voor de toekenning van smartengeld op grond van artikel 6:106 BW.¹¹² Aan het HvJ EU is onlangs de vraag voorgelegd of reeds de *enkele schending* van de AVG recht geeft op smartengeld, ook als die schending geen concrete schadelijke gevolgen heeft.¹¹³ Hoe het antwoord zal luiden, is koffiedik kijken,¹¹⁴ maar duidelijk is wel dat een bevestigende beantwoording tot nadenken zal moeten stemmen over de houdbaarheid van de restrictieve koers die de Hoge Raad op dit moment vaart.¹¹⁵ Europa fungeert hier als een potentiële wegbereider bij uitstek.¹¹⁶

Het belang van een effectieve sanctionering kan moeilijk worden overschat.¹¹⁷ Toch moeten we op dit punt volgens mij niet doorslaan. Het aansprakelijkheidsrecht is naar mijn mening niet primair gericht op handhaving van normen, maar op de bescherming van behartigenswaardige *belangen* (aanspraken): het middenpaneel van het drieluik dat ik zojuist heb besproken (par. 7). Als er een norm is geschonden zonder dat iemand daardoor in een civielrechtelijk belang is getroffen, dan blijft die norm civielrechtelijk ongesanctioneerd. Daar is wat mij betreft niets mis mee: in zoverre blijft er een principiële verschil bestaan met het publiekrecht.¹¹⁸ Een doorgeschoten ‘handhavingsreflex’ is volgens mij typerend voor de gevallen waarin Europa als stoomwals fungeert, zoals in de *mobieltjes*-rechtspraak (par. 2) en het *Dexia*-arrest (par. 6).

9 CONCLUSIE

Over de etymologische herkomst van het woord ‘Europa’ bestaan verschillende theorieën. Eén daarvan luidt dat Europa afstamt van de Griekse woorden ‘*eurys*’ en ‘*ops*’, die tezamen ‘brede blik’ betekenen.¹¹⁹ Ik vind dat een mooie theorie, omdat volgens mij kenmerkend

112 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI), 4.2.2, waarover bijv. Lindenbergh 2019, p. 122 e.v.

113 Zaak C-300/21 (*Österreichische Post*).

114 In de nationale literatuur klinken uiteenlopende geluiden op dit punt. Zie bijv. Walree 2021, p. 144-145 (voor een ruime benadering) en Samsom 2021, p. 16 (voor een strikte benadering).

115 Vgl. eerder al kritisch over die koers Verheij 2020, p. 824 e.v. Zelf onderschrijf ik die koers (Jansen 2017, p. 39 e.v.).

116 Zie nader over eventuele ‘reflexwerking’ van art. 82 AVG in het nationale aansprakelijkheidsrecht Jansen 2022, p. 1 e.v.

117 Zie bijv. Van Boom 2006, p. 18 e.v.

118 Zie hierover vanuit schadevergoedingsperspectief Jansen 2017, p. 39 e.v.

119 Zie bijv. <https://en.wikipedia.org/wiki/Europa>. Zie over de mythologische achtergrond van de naam Europa Nieuwenhuis 2008, p. ii (‘Het verhaal van ons werelddeel begint met een onrechtmatige daad.’).

voor de europeanisering is dat Europa onze blik op vraagstukken van aansprakelijkheid verruimt. Ik waardeer de tendensen die ik in deze rede heb geschetst dan ook overwegend positief. Europa daagt ons uit om de fundamenteën van ons aansprakelijkheidsrecht opnieuw te doordenken in het licht van actuele maatschappelijke problemen. Zo fungeert Europa als wegbereider: het verrijkt ons aansprakelijkheidsrecht met nieuwe, soms onconventionele inzichten, waarmee wij ons voordeel kunnen doen (par. 3).

Ik heb wel laten zien dat Europa in zijn voorwaartse streven ook een stoomwals kan zijn, doordat het (soms) nationale regels uit de weg ruimt die maatwerk en verfijning mogelijk maken. Op dat punt maan ik tot voorzichtigheid, temeer omdat de stoomwals niet altijd door Europa zelf wordt bestuurd, maar soms ook door de nationale rechter (par. 2). Het negatieve beeld van Europa als stoomwals is echter wat mij betreft niet overheersend. Voor mij staat voorop dat we open moeten staan voor wat Europa te bieden heeft. En overigens meen ik dat een goede wegbereider niet altijd zonder stoomwals kan (of een duurzamer alternatief).

Een rode draad in mijn betoog was het onderscheid tussen privaats- en publiekrecht (par. 4). Ik heb laten zien dat Europa leidt tot ‘publieke tendensen’ in ons aansprakelijkheidsrecht (par. 5 e.v.). Met het bespreken van deze tendensen heb ik niet beoogd mij te verzetten tegen ‘het publieke in het privaatrecht’. Integendeel: zoals gezegd waardeer ik die tendensen juist overwegend positief. Waar het mij om gaat, is dat wij juristen ons *bewust* moeten zijn van de wijze waarop Europa het onderscheid tussen privaats- en publiekrecht doorkruist.¹²⁰ Die doorkruising biedt namelijk kansen, maar ook risico’s. Europa kan in zijn blindheid voor het onderscheid tussen privaats- en publiekrecht een wegbereider, maar ook een stoomwals zijn. Bij twijfel moeten wij ons afvragen of een Europese oplossing ons aansprakelijkheidsrecht verrijkt met nieuwe inzichten, dus of zij iets *toevoegt* aan onze civielrechtelijke denkkaders. Zo ja, dan is Europa wat mij betreft een wegbereider. Als wegbereider mogen wij Europa ruim baan geven, ook buiten de grenzen die Europa zelf dicteert.¹²¹ De Europese stoomwals daarentegen mogen we kritisch bejegenen. Als een bepaalde uitleg van het Europese recht ons aansprakelijkheidsrecht *verarmt*, dus iets aan

¹²⁰ Zie in gelijke zin (vanuit EU-perspectief) Cherednychenko 2020, p. 27 e.v. In dit opzicht ben ik het dus niet eens met de heersende leer, die het belang van het onderscheid publiek-privaat juist sterk relativeert (par. 4).

¹²¹ Zie nader over reflexwerking van Europees privaatrecht Jansen 2022, p. 1 e.v. (met voorbeelden).

flexibiliteit en verfijning *ontneemt* aan onze civielrechtelijke denkkaders, dan moeten wij ons afvragen of die uitleg wel juist is en, zo ja, of en hoe wij de ‘schade’ die deze uitleg toebrengt aan ons nationale privaatrecht, kunnen beperken.

10 WOORDEN VAN DANK

Hoewel hierover het laatste woord zeker nog niet is gezegd, ben ik hiermee wel aan het einde van mijn rede gekomen. Graag neem ik de gelegenheid om enkele mensen te bedanken, uiteraard zonder de pretentie van volledigheid.

Geachte mevrouw de rector magnificus, geacht college van bestuur, waarde decaan en vicedecanen van Erasmus School of Law, waarde professor Stoter,

Ik dank u voor het in mij gestelde vertrouwen. Vandaag gaf ik het startschot voor een academisch avontuur langs wegen die gelukkig al deels door anderen gebaand zijn, maar waar ik misschien ook af en toe een stoomwals zal kunnen berijden. Ik verheug mij erop!

Waarde Hijma, beste Jaap,

Jij was en bent voor mij een promotor in de ware zin des woords: iemand die mij vooruitgebracht heeft en die mij nog altijd met raad en daad terzijde staat. Geen stoomwals, maar een wegbereider. Dat jouw wetenschappelijke werk een blijvende inspiratiebron voor mij is, moge blijken uit de titel van deze rede. Dank je wel.

Waarde Lindenbergh en Schelhaas, beste Siewert en Harriët,

Zonder jullie had ik hier niet gestaan. Jullie hebben mij als een soort wetenschappelijke pleegouders opgenomen in jullie nest, de Rotterdamse sectie Burgerlijk recht. Een warm nest, waar niet alleen hard gewerkt wordt, maar ook veel gelachen en waar mensen oog hebben voor elkaar. Ik vind het een voorrecht om daarbij te horen en ik dank jullie daarvoor.

Beste collega's van Erasmus School of Law, de sectie Burgerlijk recht in het bijzonder,

Wat is het fijn om met jullie samen te werken. Ik heb jullie leren kennen als mensen die van aanpakken weten en die openstaan voor nieuwe ideeën. Dankzij jullie voelde ik mij al snel thuis in Rotterdam, ook al was dat nog vooral Rotterdam via mijn Leidse scherm. Hopelijk zullen we elkaar snel ook vaker op de campus gaan zien.

Beste studenten van Erasmus School of Law, de masterstudenten Aansprakelijkheid & Verzekering in het bijzonder,

Voor jullie is dit geen gemakkelijke tijd, maar houd vol want het recht is een prachtig vak waar je in je werkzame leven veel voldoening uit kunt halen. Ik zie ernaar uit om met jullie het Europees aansprakelijkheidsrecht te gaan verkennen!

Beste collega's van de Hoge Raad der Nederlanden, het wetenschappelijk bureau in het bijzonder,

Mijn benoeming in Rotterdam heeft één groot nadeel: dat ik minder voor en met jullie kan werken. Het bijzondere van het wetenschappelijk bureau is dat er alleen maar fijne mensen werken, die ook nog eens uitblinken in hun vak. Het is een luthof voor juridisch talent. Ik ben dankbaar dat ik daarvan de vruchten mag plukken.

Lieve familie en vrienden,

Dank dat jullie dit bijzondere moment met mij delen via de livestream. Ik zal jullie voorlopig niet meer lastigvallen met juridische monologen over stoomwalsen.

Lieve papa en Jorieke,

Als jurist probeer ik altijd zo objectief mogelijk te zijn, maar er is één vooroordeel dat ik niet uit mijn hoofd krijg: een rotsvast vertrouwen in rechters. Dat heb ik aan jullie te danken, naast nog zo veel meer. Bedankt voor alles.

Lieve Marijn,

Erasmus heeft gezegd: 'Wat mooi is, kost moeite'.¹²² Ik ben heel blij dat wij de mooie dingen en de moeite die ze soms kosten, met elkaar kunnen delen. Dank je wel voor jouw wijze raad en luisterend oor.

Lieve Daniël en Jeanne,

Toen ik ongeveer zo oud was als jullie, schreef mijn mama – jullie oma Mariëtte – in haar schriftje over mij: 'Later wil je niet hetzelfde worden als papa: want die heeft altijd van die sombere kleren aan (de rechterstoga). Jij wil een beroep met vrolijke kleren!' Nou, aan mijn kleren van vandaag kunnen jullie wel zien dat ik hier in Rotterdam mijn droombaan heb gevonden!

Ik heb gezegd.

¹²² Desiderius Erasmus (*1466/1467/1469-†1536), *Adagia*, 2.1.12 ('*Difficilia quae pulchra*').

LITERATUUR

Arts & Scheltema 2019

K. Arts & M.W. Scheltema, 'Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten', in: *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie* (preadviezen NJV 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59-134.

Asser/Hartkamp 3-I 2019

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Scholten 1974

P. Scholten (aangevuld door G.J. Scholten), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Sieburgh 6-IV 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Vonken 10-I 2018

A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Vranken** 2014**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Basedow 2021

J. Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge enz.: Intersentia 2021.

Bleichrodt & Vegter 2021

F.W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement In Contract And Tort* (oratie EUR), Den Haag: BJu 2006.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze markt-samenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom & Giesen 2004

W.H. van Boom & I. Giesen, 'Van Nederlands naar 'Europees' onrechtmatige daadsrecht', *NTBR* 2004/90, afl. 10, p. 515-523.

Busch 2015

D. Busch, *MiFID II/MiFIR. Nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten* (Preadvies Vereniging voor Financieel Recht 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Cafaggi & Iamiceli 2017

F. Cafaggi & P. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions', *ERPL* 2017, afl. 3, p. 575-618.

Castermans 2009

A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht of De eigenschappen van perensap* (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2009.

Castermans & Krans 2019

A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop* (Mon. BW A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Castermans & Nuninga 2020

A.G. Castermans & W.Th. Nuninga, 'Urgenda als civielrechtelijk geschil', *MvV* 2020, afl. 12, p. 430-438.

Cherednychenko 2007

O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007.

Cherednychenko 2013

O.O. Cherednychenko, 'De betekenis van het financiële 'toezichtprivaatrecht' voor het verbintenissenrecht', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht. Hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt* (NILG Congresbundel 2010), Den Haag: BJu 2013, p. 63-87.

Cherednychenko 2020

O.O. Cherednychenko, 'Rediscovering the public/private divide in EU private law', *European Law Journal* (26) 2020, p. 27-47.

Drijber 2019

B.J. Drijber, 'Willen we dit?', *Ondernemingsrecht* 2019/47, p. 251-254.

Enneking e.a. 2021

L.F.H. Enneking, M.R. Hebly & K.K.E.C.T. Swinnen, *Publiek privaatrecht. Over publieke doelen en belangen in privaatrechtelijke verhoudingen* (Jonge Meesters 2021), Den Haag: Boom juridisch 2021.

Gerards 2019

J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: University Press 2019.

Gijselaar 2021

E. Gijselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021.

De Graaff 2020

R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2020.

Harris/O'Boyle 2018

D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Hartlief 2021

T. Hartlief, '(Smarten)geld zetten op de AVG?', *NJB* 2021/2885, afl. 39, p. 3241.

Hijma 2004

Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen VBR 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 1-86.

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Huppés e.a. 2019

N. Huppés, C.M.D.S. Pavillon & T.L. Wildenbeest, 'De fabel van het gratis mobieltje', *NTBR* 2019/5, p. 20-32.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Jansen 2017

K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomen denken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 39-45.

Jansen 2020

K.J.O. Jansen, 'Het EVRM en de aansprakelijkheid van de indirecte veroorzaker', *NTBR* 2020/27, afl. 7, p. 196-201.

Jansen 2022

K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van Europees privaatrecht', *NTBR* 2022/1, afl. 1, p. 1 e.v.

De Jong 2019

E.R. de Jong, 'Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten', *MvV* 2019, afl. 4, p. 133-141.

De Jong 2020

E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering: over de veranderende publieke rol van de civiele rechter bij gezondheids- en milieurisico's', *RMTh* 2020, afl. 1, p. 4-17.

De Jong & Van der Linden 2017

E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017/2, afl. 1, p. 4-16.

Jongeneel 2021

R.H.C. Jongeneel, 'Europese civiele dogmatiek', *NJB* 2021/1393, afl. 19, p. 1570-1572.

Katan 2021

B.M. Katan, 'Ieder het hare. Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell', *Ondernemingsrecht* 2021/106.

Keus 2019

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW A30), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Keus 2021

L.A.D. Keus, 'Urgenda-arrest en wetgevingsbevel', *RegelMaat* (37) 2021, afl. 3, p. 145-160.

Van der Kooij 2019

D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. EUR), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kortmann 2009

J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2009.

Lawson 2021

R.A. Lawson, 'Het EVRM als motor voor verandering', *NTM-NJCM Bull.* 2021-2, p. 7-23.

Lindenbergh 2007

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk. Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie EUR), Den Haag: BJu 2007.

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadviezen VBR 2011), Deventer: Kluwer 2011.

Lindenbergh 2019

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip "persoonsaantasting" buiten lichamelijk en geestelijk letsel', *NTBR* 2019/20, afl. 6, p. 122-130.

Lindenbergh 2020

S.D. Lindenbergh, 'Een kleine kroniek van het schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2020/30, afl. 7, p. 213-216.

Lindenbergh 2021

S.D. Lindenbergh, 'Wat is aansprakelijkheidsrecht?', *NTBR* 2021/14, afl. 5/6, p. 111-112.

Van Middelaar 2019

L. van Middelaar, *Improvisatie & oppositie: de nieuwe politiek van Europa*, Groningen: Historische Uitgeverij 2019.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waarom is het recht op aarde?*, Den Haag: BJu 2006.

Nieuwenhuis 2008

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden. Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Nispen 2018

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. BW A11), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Nuninga 2018

W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2018/21, afl. 5, p. 152-162.

Nuninga & Veldt 2020

W.T. Nuninga & G.M. Veldt, 'Normstelling voor deelverantwoordelijkheid in het ongeschreven recht', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiter-tijd* (bundel Jac. Hijma), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 109-121.

Pavillon 2016

C.M.D.S. Pavillon, 'Materieelrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjes-uitspraak van de Hoge Raad', *TvC* 2016, afl. 5, p. 236-242.

Pavillon 2020

C.M.D.S. Pavillon, *Geen loterij zonder nieten. Sancties in het consumentenrecht anno 2020* (oratie Groningen), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Pavillon 2021

C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadviezen VBR 2021), Zutphen: Paris 2021, p. 11-112.

Pavillon & Spanjaard 2021

C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, 'Civielrechtelijke sancties op oneerlijke boetebedingen. De 'alles of niets'-benadering bevestigd', *NJB* 2021/1392, afl. 19, p. 1562-1569.

Du Perron 2013

C.E. du Perron, 'Normen tussen publiekrecht en privaatrecht', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht. Hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt* (NILG Congresbundel 2010), Den Haag: BJu 2013, p. 13-16.

Samsom 2021

M.C. Samsom, 'Handhaving van het recht op bescherming van persoonsgegevens via het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2021/2, afl. 1, p. 4-16.

Schelhaas & Spanjaard 2021

H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Boterzacht criterium met messcherp gevolg. Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding', *MvV* 2021, afl. 4, p. 137-147.

Schelhaas & Stein 2019

H.N. Schelhaas & D.F.H. Stein, 'Gamechangers in het Europees privaatrecht' (inleiding bij het gelijknamige themanummer), *MvV* 2019, afl. 7/8, p. 223-224.

Scheltema & Brans 2021

E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, 'Aansprakelijkheid Shell voor klimaatverandering. Een 'carbon major' geconfronteerd met een reductiebevel', *M en R* 2021/80.

Sieburgh 2014

C.H. Sieburgh, 'EU law and non-contractual liability of the Union, Member States and individuals', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 465-540.

Smits 2004

J.M. Smits, 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', *NTBR* 2004/87, afl. 10, p. 490-500.

Snel 2016

M. Snel, *Meester(s) over bronnen. Een empirische studie naar kwaliteitseisen, gevaren en onderzoekstechnieken die betrekking hebben op het brongebruik in academisch juridisch-dogmatisch onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Snijders 2021

G. Snijders, 'Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard', in: G. Snijders & A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (preadviezen VASR 2020), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 3-47.

Somers 2018

S. Somers, *The European Convention on Human Rights as an Instrument of Tort Law*, Cambridge enz.: Intersentia 2018.

Spier & Kock 2021

J. Spier & B. Kock, 'De harde werkelijkheid van het Urgenda-arrest. De prijs van treuzelen', *RegelMaat* (37) 2021, afl. 3, p. 177-194.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Taekema e.a. 2020

H.S. Taekema, A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context. Een inleiding tot de rechtswetenschap*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Timmerman 2009

L. Timmerman, 'Willen we dit?', *Ondernemingsrecht* 2009/18, p. 68-69.

Timmermans 2018

C.W.A. Timmermans, 'The Genesis and Historical Development of the European communities and the European Union', in: P.J. Kuijper e.a., *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2018, p. 1-41.

Tjong Tjin Tai 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Een Europees schadebegrip?', *NTBR* 2018/5, afl. 1, p. 31-36.

Valk 2004

W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen VBR 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 87-142.

Valkhoff 1938

J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1938.

Valkhoff 1967

J. Valkhoff, *Vermaatschappelijkt vermogensrecht in het nieuwe B.W.* (afscheidsrede UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

Verheij 2020

A.J. Verheij, 'EBI-arrest: een nieuwe koers', *NJB* 2020/763, afl. 12, p. 824-831.

Wallinga & Pijls 2018

M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RMTh* 2018, afl. 1, p. 12-25.

Walree 2021

T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (Onderneming en recht nr. 126) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Westrik 2016

R. Westrik, *Verborgten privaatrecht. Hoe het geldende recht te kennen?*, Zutphen: Paris 2016.

Wissink 2004

M.H. Wissink, 'Europees en Nederlands privaatrecht' (inleiding bij het themanummer 'De invloed van Europa op het Nederlandse privaatrecht'), *NTBR* 2004/86, afl. 10, p. 489.

Wolfsen 2021

A. Wolfsen, 'Een brief ...!? En '(Smarten)geld zetten op de AVG?'' (reactie Hartlief 2021), *NJB* 2021/3022, p. 3406-3407.