

De potentiële kracht van optioneel contractenrecht

*Prof. mr. A.L.M. Keirse**

1 Ter inleiding

Het voorstel voor de verordening inzake het optioneel gemeenschappelijk Europees kooprecht kent aanhangers en tegenstanders, zo veel moge (ook) uit dit themanummer blijken. In eerdere publicaties heb ik reeds kleur bekend;¹ ik kan worden gerekend tot de voorstanders van een optioneel instrument voor Europees contractenrecht. Dat betekent echter niet dat er mijns inziens geen haken en ogen aan kleven.² Ik meen dat er nog een weg te gaan is alvorens de verordening tot optioneel contractenrecht, zoals die thans in concept voorligt, kan worden omarmd.

De wijze waarop de optie in de markt wordt gezet, is van cruciaal belang en ook de inhoud van de optie dient met zorg, aandacht en verbeelding te worden vastgesteld. Mijn stelling is dat op beide terreinen nog veel te winnen valt. Hoewel de beide onderwerpen zich niet volledig laten scheiden, komt hieronder eerst de positionering en communicatie aan de orde (§ 2), waarna op de (conservatieve) inhoud zal worden ingezoomd (§ 3). Om mijn verhaal kracht bij te zetten, spits ik mij daarbij kort toe op één enkele bepaling uit het gemeenschappelijk Europees kooprecht, namelijk op art. 163 betreffende de

beperking van schade. In de concluderende paragraaf (§ 4) breng ik de lijnen weer bij elkaar.

2 De kracht van een relevante optie

2.1 *Mensen voor je winnen*

Het streven van de Europese Unie is dat het voorgestelde gemeenschappelijk Europees kooprecht (meer) mensen voor zich wint. Dat betekent dat de verordening moet voorzien in een behoefte en zich moet onderscheiden van concurrenten. Om een relevante optie goed in de markt te zetten, moet in de eerste plaats de doelstelling hiervan duidelijk zijn. Wat wil de Europese Unie precies bereiken? En ten tweede, wie is voor de Unie cruciaal? Wie moet zij voor zich winnen? Wie vormt met andere woorden de doelgroep? Een derde sleutelvraag is wat hen aanspreekt. Welke optie gaat hen echt boeien en binden? Met die kennis kan worden ingespeeld op de behoefte van de doelgroep met een relevante optie die de doelgroep raakt. *Last but not least* is van belang om te weten hoe de boodschap moet worden gebracht. Hoe breng je de relevante optie aan de man?

Zonder dit, geen goede marketing; om mensen geïnteresseerd te maken en te houden, is het expliciteren van een propositie en visie geboden. De propositie is de belofte, een bondig en aantrekkelijk verhaal over hoe hetgeen aangeboden wordt een behoefte vervult. De visie geeft de reden waarom die belofte wordt gemaakt.

2.2 *Doelstelling, doelgroep, propositie, visie vanuit economisch perspectief*

Volgens de toelichting bij het voorstel voor een verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht heeft het tot doel 'de totstandbrenging en de werking van de interne markt te verbeteren door de uitbreiding van grensoverschrijdende handel voor ondernemingen en grensoverschrijdende aankopen voor consumenten te bevorderen'.³ Dit impliceert dat de Europese Commissie handelaren en consumenten als doelgroepen voor ogen heeft. De Commissie wil de handelaren kunnen verzekeren dat zij in de toekomst op basis van dezelfde overzichtelijke regelgeving overal hun producten kunnen verkopen. De Europese consumenten wil zij laten profiteren van een betere toegang tot een groter aanbod uit de

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar privaatrecht bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam.

1. A.L.M. Keirse, Europeanisering van verbintenissenrecht, in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, Europeanisering van vermogensrecht, Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer: Deventer 2010; A.L.M. Keirse, European Impact on Contract Law; A Perspective on the Interlinked Contributions of Legal Scholars, Legislators and Courts to the Europeanization of Contract Law, ULR 2011-1, p. 34-51; A.L.M. Keirse, Sleutel tot succes: het 28ste stelsel van contractenrecht als sociale norm, in: M.W. Hesselink e.a. (red.), Groenboek Europees Contractenrecht: naar een optioneel instrument?, Den Haag: BJu 2011, p. 133-146; K. Boele-Woelki, A.L.M. Keirse & S.A. Krusinga, Naar een contractenrecht voor de Unie; Waar de Europese regelgever aan moet denken, NJB 2011-2, p. 58-65; M.J. van der Heijden & A.L.M. Keirse, Selecting the best instrument for European Contract Law, ERPL 2011-5, p. 565-578; A.L.M. Keirse, M.J. van der Heijden & F. Merab Samii, Naar een beter instrument van Europees contractenrecht, Contracteren 2011-2, p. 55-63; E.H. Hondius & A.L.M. Keirse, Optioneel instrument van Europees contractenrecht: een nieuw gezicht of facelift?, NJB 2011-31, p. 2076-2082; A.L.M. Keirse, Contractenrecht op maat, Contracteren 2011-special, p. 8-10; A.L.M. Keirse, S.A. Krusinga & M.Y. Schaub, Nieuws uit Europa: Twee nieuwe wetgevingsinstrumenten: de richtlijn consumentenrechten en het gemeenschappelijk Europees kooprecht, Contracteren 2012-1, p. 11-26.
2. Zie ook kritisch A.L.M. Keirse, Why the proposed optional common European sales law has not but should have abandoned the principle of all or nothing, ERPL 2011-6, p. 951-976.

3. COM(2011) 635 def., p. 4.

hele Unie tegen lagere prijzen, in de zekerheid dat zij overal een even goede bescherming genieten.

Nu de keuze voor de toepassing van het optionele kooprecht aan de markt wordt overgelaten en daarmee feitelijk aan de aanbieders (en niet zozeer aan de consument die vaak niet zo veel te kiezen heeft),⁴ zijn het met name de handelaren die het gemeenschappelijk Europees kooprecht voor zich moet winnen. Bij een keuze voor dit stelsel van kooprecht wordt de informatie die handelaren moeten verzamelen over de nationale rechtstelsels van andere lidstaten beperkt, zo houdt de Europese Commissie hen voor.⁵ Waar partijen de mogelijkheid hebben het gemeenschappelijk Europees kooprecht dat voor hen beiden even toegankelijk is, van toepassing te verklaren op hun grensoverschrijdende contractuele verhouding, kunnen onderhandelingen over het toepasselijk recht vlotter verlopen. En indien de onderneming over de grens zaken doet met consumenten, hoeft zij bij een keuze voor dit optioneel recht niet (langer) uit te zoeken welke regels betreffende consumentencontracten in de verschillende landen dwingendrechtelijk zijn. Deze bepalingen hoeven alsdan immers niet meer te worden nageleefd, omdat zij door een expliciete keuze voor de uniforme bepalingen inzake consumentenbescherming binnen het gemeenschappelijk Europees kooprecht opzij worden gezet. De Europese Commissie belooft daarbij dat handelaren zullen besparen op transactiekosten die verband houden met het overeenkomstenrecht en de verschillen daarin tussen de lidstaten. Ze kunnen, als gevolg van de minder complexe juridische omgeving, beter profiteren van de interne markt. Bijgevolg zou de mededinging binnen de Unie toenemen.

Het is, gelet op de beperkte competentie van de Europese regelgever,⁶ begrijpelijk dat de Europese Commissie de bevoor-

dering van de interne markt als doel naar voren schuift.⁷ Het benadrukken van het oogmerk een hoog niveau van consumentenbescherming te verzekeren,⁸ valt in ditzelfde licht goed te verklaren. Andere argumenten creëren immers geen bevoegdheid voor harmonisering of uniformering op Europees niveau.⁹ Dat betekent echter niet dat die andere argumenten er niet zijn. Het economische argument is noodzakelijkerwijs hét argument dat de Europese Unie hanteert, maar daarnaast zijn argumenten van juridische, rechtswetenschappelijke, culturele en rechtspolitieke aard aan te dragen voor het gemeenschappelijk Europees kooprecht.¹⁰ Ze passeren in de volgende paragraaf de revue.

2.3 Europees brandmerk in de aanbidding

Invoering van het facultatief gemeenschappelijk Europees kooprecht dient de kwaliteit van de rechtsbedeling ten goede te komen.¹¹ Dat het voorstel academische waarde heeft, staat wel vast. Dit is reeds toe te schrijven aan de transparante wijze waarop het is gepubliceerd, de ruime aandacht die het krijgt in de internationale en nationale rechtsliteratuur en het feit dat

7. Zonder meer overtuigend is dit overigens niet. Een blik op de situatie in de Verenigde Staten bijvoorbeeld geeft een ander beeld; de VS vormt de grootste nationale markt, maar telt ongeveer vijftig afzonderlijke privaatrechtelijke rechtstelsels. Ook in Europa wordt betwist dat een eenvormig contractenrecht een wezenlijke vergroting van de grensoverschrijdende handel en een verhoging van de welvaart ten gevolge zou hebben. Zie o.a. W.H. van Boom, *De ontwerprichtlijn Consumentenrechten: gemaakte keuzes en gekozen onderbouwing*, in: M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: Een Nederlands Perspectief*, Den Haag: BJu 2009, p. 23 e.v., en C. Cauffman, M.G. Faure & T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, Den Haag: BJu 2009. Tegenover de transactiekosten van het bedrijfsleven voor het opzetten van een juridische structuur voor de afzet in andere landen, die met uniformering of geslaagde volledige harmonisering goeddeels kunnen worden vermeden, staan andere kosten die met de nieuwe regelgeving gepaard gaan. De juistheid van de veronderstelling van de Europese Commissie dat verschillen in het recht van de lidstaten de consument ervan weerhoudt om aankopen in andere lidstaten te doen, wordt in twijfel getrokken. Factoren als afstand en verschil in taal kunnen wellicht beter verklaren dat de consument liever dicht bij huis blijft om te consumeren. Bekeken vanuit een rechtseconomisch perspectief is er naar verluidt weinig dat pleit voor harmonisatie van het contractenrecht. Aldus Cauffman, Faure & Hartlief, a.w., p. 220 e.v. Rechtseconomen pleiten juist voor decentralisatie alsook differentiatie van rechtsregels, daarbij uiteenlopende rechtsculturen en voorkeuren van burgers respecterend. Dit neemt niet weg dat het wel aannemelijk is dat ondernemingen die hun producten in meerdere landen willen aanbieden, op kosten kunnen besparen door de toepassing van het gemeenschappelijk Europees kooprecht. Wellicht niet zo veel als van de zijde van de Europese Commissie is begroot, en dat alleen is mogelijk niet steeds voldoende stimulanis, maar ongetwijfeld zal het schelen. Volgens de Eurobarometer 320 on European contract law in business-to-business transactions of 2011 en de Eurobarometer 321 on European contract law in consumer transactions of 2011 geven meerdere handelaren desgevraagd aan dat zij verschillen in contractenrecht als een obstakel beschouwen voor grensoverschrijdende verkoop.
8. COM(2011) 635 def., p. 5 en 7.
9. Aldus ook J.M. Smits, *Europeanisering van vermogensrecht; een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, NTBR 2010-10, p. 429.
10. Zie o.a. A.F. Salomons, *Een optioneel vermogensrechtelijk instrument voor Europa: een noodzakelijke omweg?*, in: Hesselink e.a., a.w., p. 149 e.v.
11. Vergelijk: Salomons, a.w., p. 150; J.M. Smits, *Beter recht: recht als optie*, NTBR 2011, 11.

4. Zie ook V. Mak, *Hoe meer keus, hoe beter?*, in: Hesselink e.a., a.w., p. 103.

5. COM(2011) 635 def., p. 4-5.

6. Zie hierover nader Keirse, a.w. (preadvies), p. 16 e.v.

het voortbouwt op de resultaten van talrijke academische projecten van jarenlange samenwerking tussen juristen uit verschillende lidstaten van de Unie.

Maar er is meer. Het gemeenschappelijk Europees kooprecht wordt, als het als optioneel instrument wordt ingevoerd, naar zijn aard getoetst aan de praktijk. Het besluit over de toepassing van het instrument wordt immers aan de markt overgelaten. Alleen als de belanghebbende partijen het voordeel ervan inzien, zal het instrument gaan leven. De regels krijgen eerst dan werkelijk betekenis, als zij concreet worden toegepast. Zonder samenspel met de praktijk blijven regels abstracties en kan hun argumentatieve waarde niet worden vastgesteld.¹²

Dat het aan de markt wordt overgelaten of het optionele instrument al dan niet wordt toegepast, heeft als bijkomend voordeel dat de juistheid van de veronderstelling dat de grensoverschrijdende handel wordt belemmerd zolang partijen kunnen worden geconfronteerd met het recht van een andere lidstaat kan worden geverifieerd of gefalsificeerd. Immers, indien met de verordening de optie wordt ingevoerd, blijkt vanzelf in welke mate er gebruik van wordt gemaakt.¹³

Vereist is evenwel dat het optionele instrument en de daarin vervatte regels kwalitatief hoogwaardig zijn; goed genoeg is wellicht niet goed genoeg, het moet beter zijn dan de rest. Dit geldt te meer nu men bij de toepassing van het gemeenschappelijk Europees kooprecht anders dan bij de toepassing van een van de traditionele, nationale stelsels van privaatrecht waarvoor ook kan worden gekozen, (nog) niet kan terugvallen op een rijke traditie.

De mogelijkheid van beter recht draagt de invoering van een optioneel rechtstelsel mijns inziens zeker in zich. Europeanisering zet aan tot concurrentie van inhoudelijke argumenten; er kan uit een open bronnenbestand van regels en argumenten worden geput. De verordening kan het beste niveau van contractuele rechtsbescherming dat in de lidstaten te vinden valt als referentie nemen. Het kan aldus voordelen bieden in termen van beter recht en bijdragen tot een eenvoudiger, begrijpelijker en gebruiksvriendelijker regelgeving. Het is echter nog maar de vraag of deze verwachtingen zullen worden waargemaakt. Hieronder, in paragraaf 3, zal ik illustreren dat de schoen hier wringt. De thans voorgestelde regels bieden lang niet altijd de vooruitstrevende oplossingen die geboden zijn.

Vanuit cultureel oogpunt zijn er eveneens argumenten voor het optionele gemeenschappelijk Europees kooprecht. De verordening laat immers de rechtscultuur en (de coherentie van) de nationale rechtssystemen intact. De verordening schrijft geen wijzigingen van reeds bestaand nationaal contractenrecht voor, maar creëert binnen het nationale recht van elke lidstaat een tweede, optionele regeling inzake contractenrecht die in de gehele Europese Unie identiek is en naast de bestaande nationale regels komt te staan. De kosten die

gepaard gaan met een wijziging van het contractenrecht kunnen aldus deels worden vermeden. Partijen zijn niet genoodzaakt hun handelwijze aan te passen; ze kunnen op traditionele, nationale wijze zaken blijven doen. Alleen zij die er hun voordeel mee kunnen doen, zullen ervoor kiezen te investeren in de toepassing van het nieuwe rechtsinstrument. Een verdere fragmentering van en bemoeienis met de nationale rechtssystemen worden aldus voorkomen. Dit alles strookt met het evenredigheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel en maakt een groter politiek draagvlak denkbaar.

Over politieke steun gesproken: daarvoor is het geen gemakkelijke tijd. De actuele financiële crisis vormt aanleiding voor Euroscepticisme. Het gevoel op Europees niveau is dat met regelmaat, en vooral in moeilijke tijden, de verleiding voor lidstaten groot is om de ééngemaakte markt terug te schroeven en een toevlucht te nemen in vormen van economisch nationalisme.¹⁴ Zwaar weer maakt dat men zich terugtrekt en dekking zoekt. Gesignaleerd wordt dat mede als gevolg van de financiële crisis de politieke en sociale steun voor marktintegratie in Europa wegebt.¹⁵ Een trend van integratiemoedigheid, die de honger naar meer Europa wegneemt, wordt in deze tijd versterkt door een verschijnsel van marktmoedigheid, doordat het vertrouwen in de rol van de markt afneemt. Door veel Europeanen, waaronder zowel burgers als politici, wordt de ééngemaakte markt met achterdocht, vrees en soms openlijke vijandelijkheid aanschouwd. Dit maakt een goede marketing des te belangrijker.

2.4 Kleine stapjes, grote valkuilen

Op politiek vlak is er nog een spanningsveld. Het is begrijpelijk dat de verdere Europeanisering van het recht in kleine stapjes gaat, maar het gevaar is dat men aldus niet over de grote valkuilen weet heen te stappen. Zowel de voorgeschreven reikwijdte van de verordening als de gekozen constructie van de keuzemogelijkheid ademt (te) grote voorzichtigheid.

Vooralsnog kiest de Europese regelgever voor een pragmatische tussenoplossing om het gemeenschappelijk Europees kooprecht alleen als optie voor te schrijven voor grensoverschrijdende transacties, juist omdat de gestelde problemen van extra transactiekosten en juridische ingewikkeldheid zich daarbij voordoen. Het staat lidstaten weliswaar vrij om het gemeenschappelijk Europees kooprecht ook beschikbaar te stellen voor toepassing door partijen in een volledig binnenlands kader, maar van bovenaf wordt de territoriale werkingssfeer beperkt tot grensoverschrijdende transacties. Gelet op het verzet tegen Europeanisering in het huidige politieke en sociale klimaat is deze beperking verdedigbaar; de politieke haalbaarheid van het project wordt aldus vergroot. Anderzijds verhindert deze beperking dat de kracht van de filosofie van de Europese Unie van het streven naar een vrije markt zonder grenzen wordt ingezet.¹⁶ De Unie wil zich immers laten kennen als één interne markt zonder discriminatie tussen grens-

12. J.B.M. Vranken, Europees privaatrecht. 'Bridging the gap' tussen wetenschap en praktijk, TvPr 2000-1, p. 1-10.

13. Zie ook J.M. Smits, Europees recht als alternatief: de charme van het 28ste rechtstelsel, TPR 2009-4, p. 1734.

14. Zie de brief van J.M. Barroso, Voorzitter van de Europese Commissie, d.d. 20 oktober 2009, Pres (2009) D/2250.

15. M. Monti, Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt, 2010, p. 15.

16. Zie meer uitgebreid Keirse, in: Hesslink a.w., p. 140 e.v.

overschrijdende transacties en soortgelijk binnenlands verkeer. Het past niet goed bij het streven naar een vrije markt zonder grenzen om nationale overeenkomsten anders te behandelen dan de internationale variant. Het zou het Europese imago meer ten goede komen als contractspartijen die zich op de interne markt begeven, op basis van één en dezelfde facultatieve regeling transacties kunnen aangaan in de hele Europese Unie. Bovendien blijft het gemeenschappelijk Europees kooprecht bij een dergelijk beperkt toepassingsbereik voor velen een irrelevante optie. De handel vindt immers goeddeels op de binnenlandse markt plaats. Dus wanneer de lidstaten de politieke keuze om het toepassingsbereik te beperken tot de grensoverschrijdende handel volgen, wordt voor het overgrote merendeel van alle contracten niets toegevoegd.

Voor de gekozen constructie van de keuzemogelijkheid geldt iets vergelijkbaars; vanuit politiek oogpunt is het goed te verklaren dat voor een *opt in* model wordt gekozen, maar vanuit marketingperspectief verdient een *opt out* model duidelijk de voorkeur. Zowel onderzoek als praktijkervaring toont aan dat een *opt out* model aanzienlijk meer participanten oplevert dan een *opt in* model.¹⁷

2.5 De kracht van de sociale norm

Beleidsmakers richten zich in de regel op economische en juridische factoren; de inzet van zogenaamde sociale normen (wat de meeste mensen doen en goedkeuren of afkeuren) blijkt echter effectiever en goedkoper.¹⁸ Informatie over sociale normen heeft een zeer sterke invloed op gedrag en keuzes. Mensen willen doen wat anderen doen die zijn zoals zij. De waarschijnlijkheid dat een tiener gaat roken bijvoorbeeld stijgt met 14% als de tiener ergens over bekommerd raakt, met 26% als één van diens ouders rookt, met 1000% als hij twee vrienden heeft die roken en met 2400% als hij drie of meer rokende vrienden heeft.¹⁹ Goede redenen om ons te laten beïnvloeden hebben we niet nodig; we doen wat anderen doen waarmee we ons identificeren. Zo leert ook onderzoek naar de effectiviteit van bordjes in hotels manend tot hergebruik van handdoeken.²⁰ Wat blijkt is dat het beste resultaat – zijnde een zo groot mogelijk hergebruik van handdoeken – niet wordt bereikt met

de boodschap dat hergebruik goed is voor het milieu. De boodschap dat hergebruik geldbesparend is, is evenmin het meest effectief. Wat het beste werkt, is melden dat 75% van de gasten die eerder in deze hotelkamer verbleven, de handdoeken daadwerkelijk hebben hergebruikt. Dan is de kans het grootst dat degene die dat leest, dat ook doet. De boodschap moet dus zijn dat het de norm is; mensen doen wat anderen doen, die zijn zoals zij.

2.6 Onbekend maakt onbemind

Wil het optionele gemeenschappelijk Europees kooprecht een kans van slagen hebben, dan moet heel veel worden geïnvesteerd in de pr van het instrument en dit in alle talen alsook in alle uithoeken van de Europese Unie. Een onderschatting van het belang van een goede marketing, voorlichting en informatievoorziening over het instrument zou funest zijn. De optie moet handelaren op de Europese markt voor zich zien te winnen. Rechtsbeoefenaren zullen zich geroepen moeten voelen zich het systeem eigen te maken en studenten in Europa en daarbuiten zullen zich daartoe moeten laten opleiden.

3 De keerzijde van conservatisme

3.1 Consensus en avant-garde

Als handelaren straks voor de keuze staan het optionele Europese kooprecht al dan niet toe te passen op hun contracten, zullen ze kijken naar wat hun collega's doen en ze zullen luisteren naar wat de experts zeggen. Dit brengt mee dat er consensus dient te zijn over de aanname dat een keuze voor het Europese kooprecht een goede keuze is en het moet worden opgepikt in de praktijk. Hier wringt de schoen: marketing en kwaliteit van inhoud hangen samen. Zolang de consensus er niet is, moet het beter. Daarover het volgende.

Welbewust is gekozen om materieelrechtelijk nauw aan te sluiten bij het bestaande *acquis*, de bepalingen van het Weens Koopverdrag en het wetenschappelijk ontwerp voor een Gemeenschappelijk Referentiekader, dat op zijn beurt de *Principles of European Contract Law* heeft geïntegreerd. Op zich is hier het nodige voor te zeggen. Immers, wat de boer niet kent, dat eet hij niet, en handelaren zoeken oplossingen vaak dichtbij huis, ze vallen bij voorkeur terug op hun bekende structuren.²¹ Waar dus, zoals hier, aangesloten wordt bij oud en vertrouwd recht (waaronder ook *soft law*) dat de lidstaten met elkaar gemeen hebben, ligt acceptatie eerder in de verwachting. Het afwijken van de traditie wordt als een te groot politiek risico beschouwd.

Dit conservatisme, dat consensus over de inhoud lijkt te waarborgen omdat het beeld is dat *ius commune* wordt gecodificeerd, heeft echter een belangrijke keerzijde, waardoor die consensus juist in gevaar komt. Een keuze voor het traditionele belet namelijk meer dan eens dat aangesloten wordt bij recente ontwikkelingen. En dat is problematisch. Het recht is immers voortdurend in beweging en alleen daar waar de aan-

17. Zie onder meer E.J. Johnson, J. Hershey, J. Meszaros & H. Kunreuther, Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions, *The Journal of Risk and Uncertainty* 1993, vol. 7 (1), p. 35-51; B.C. Madrian & D.F. Shea, The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior, *Quarterly Journal of Economics*, 2001, vol. 116, 1149-1187; J. Beshears, J. J. Choi, D. Laibson & B. C. Madrian, The Importance of Default Options for Retirement Savings Outcomes: Evidence from the United States, in: S.J. Kay and T. Sinhas (eds), *Lessons from Pension Reform in the Americas*, New York: Oxford University Press 2008, p. 59-87.

18. R.B. Cialdini, Descriptive social norms as underappreciated sources of social control, *Psychometrika* 2007, Vol. 72, No. 2, p. 263-268; P.W. Schultz, J.N. Nolan, R.B. Cialdini, H.J. Goldstein & V. Griskevicius, The Constructive, Destructive and Reconstructive Power of Social Norms, *Psychological Science* 2007, Vol. 18, No. 5, p. 429-434.

19. The Brown University Medical School Study of Adolescent Cigarette Smoking Initiation and Persistence, zoals aangehaald door R.B. Cialdini.

20. N.J. Goldstein, R.B. Cialdini & V. Griskevicius, A Room with a Viewpoint: Using Social Norms to Motivate Environmental Conservation in Hotels, *Journal of Consumer Research* 2008, Vol. 35.

21. Zie o.a. G. Low, Will firms consider a European optional instrument in contract law?, *European Journal of Law and Economics* (1 November 2011), p. 1-20.

sluiting met de avant-garde wel wordt gevonden, wordt de weg vrijgemaakt voor een in de tijd passende regulering die werkelijk tot haar recht kan komen.

3.2 Terug naar af

3.2.1 Geen nuance

Het gemeenschappelijk Europees kooprecht zoals dat thans in concept voorligt, tekent zich, zoals zo veel codificaties, door conservatisme. Op meerdere terreinen wijkt het terug van innovatieve benaderingen die opgekomen zijn. Zo beschouwt bijvoorbeeld het gemeenschappelijk Europees kooprecht (hierna ook: GEKR) een niet tot één of meer specifieke personen gericht voorstel niet als een aanbod, maar als een uitnodiging om in onderhandeling te treden, tenzij uit de omstandigheden anders blijkt (art. 31 GEKR). Daarmee wijkt het GEKR in dit opzicht af van de *Principles of European Contract Law* (hierna ook: PECL) en de *Draft Common Frame of Reference* (hierna ook: DCFR), die een voorstel aan het algemene publiek in beginsel wel als een aanbod zien (art. 2:201 PECL en art. II - 4:201 DCFR), en gaat het terug naar de traditie van het Weens Koopverdrag (hierna ook: CISG) en de *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (hierna ook: PICC), waarin wordt aangenomen dat het aan het algemene publiek aanbieden een indicatie is dat het voorstel niet als een aanbod is bedoeld (art. 14 CISG en 2.1.2 PICC).

Een tweede voorbeeld, dat ik hieronder kort uitwerk, biedt art. 163 GEKR betreffende de beperking van schade. Uit dit artikel volgt dat een schuldeiser er goed aan doet om de schade die hij door wanprestatie van zijn schuldenaar lijdt, zo veel mogelijk te beperken. Immers, voor zover hij de schade niet beperkt, moet hij deze ingevolge dit artikel zelf dragen. Het is mijn stelling dat deze ongenueanceerde regel volgens welke de schuldenaar niet aansprakelijk is voor de schade die de schuldeiser had kunnen voorkomen door het treffen van redelijke maatregelen, geen afspiegeling is van de ontwikkeling die de leer der schadebeperking in Europa heeft meegemaakt, maar ons integendeel terugbrengt bij het achterhaalde ‘alles of niets’ denken. Deze stelling hoop ik hier te staven.²²

Het voorgestelde art. 163 GEKR luidt:

‘De schuldenaar is niet aansprakelijk voor de door de schuldeiser geleden schade voor zover de schuldeiser de schade had kunnen beperken door het treffen van redelijke maatregelen.’

Het is gelijklopend aan art. III - 3:704 DCFR, hetgeen weer gelijklopend is aan art. 9:505 (1) PECL, dat dan weer nauwe verwantschap vertoont met art. 77 CISG uit 1980 (!). In de tussentijd zijn echter, zoals hierna moge blijken, de nodige ontwikkelingen tot wasdom gekomen.

22. Voor een meer uitgebreid betoog verwijs ik naar A.L.M. Keirse, *Why the proposed optional common European sales law has not but should have abandoned the principle of all or nothing*, ERPL 2011-6, p. 951-976.

3.2.2 Evolutie van ‘alles of niets’ naar ‘tussen alles en niets’

Het alles of niets denken heeft eeuwenlang het verbintenissenrecht gedomineerd. Het heeft zijn oorsprong in het Romeinse *formula* stelsel. De rechter kon slechts veroordelen dan wel vrijspreken, *tertium non datur*; ofwel de schadelijder kon de schade volledig op een ander afwentelen ofwel droeg deze geheel zelf. Daarmee bleef ook de afweging die moet worden gemaakt indien een schade het gevolg is van toedoen van zowel schuldenaar als schuldeiser, gedurende vele eeuwen beperkt tot het geven van een antwoord op de vraag wie van beiden in het concrete geval de schade behoorde te dragen. Was dat de schuldenaar die de schuldeiser schade had berokkend? Of was dat de schuldeiser die was tekortgeschoten in de zorg voor diens eigen belang en zo zelf aan het ontstaan of de omvang van de schade had bijgedragen? Een Salomonsoordeel kwam daar niet aan te pas; voor een tussenoplossing, een verdeling van de schade over beide partijen, waren de geesten nog niet rijp. Zo heeft, in overeenstemming met wat in het Romeinse recht werd aangenomen, vele eeuwen gegolden dat iemand die mede door eigen toedoen schade leed, in beginsel geen recht op schadevergoeding had.²³ Dit was onder omstandigheden anders als de fout van de schuldenaar veel ernstiger dan die van de schuldeiser was, in welk geval laatstgenoemde de schade integraal vergoed kreeg. Dat het alles of niets was, stond evenwel buiten kijf.

Zelfs nadat in de achttiende eeuw van natuurrechtelijke zijde kritiek kwam op de ‘alles of niets’ benadering, duurde het nog geruime tijd voordat deze weinig genuanceerde benadering algemeen plaats maakte voor een andere.²⁴ Het leerstuk van eigen schuld heeft in deze ontwikkeling een voorttrekkersrol gespeeld. Na verloop van tijd achtte men het noch redelijk dat eigen schuld van de schuldeiser invloed op aansprakelijkheid van de schuldenaar ontbeert, noch dat eigen schuld de aansprakelijkheid doet vervallen. De opvatting dat waar schuldenaar en schuldeiser elk voor een schadedeel verantwoordelijk zijn, de schade tussen hen dient te worden verdeeld, kwam eerst terecht in één van de natuurrechtelijke codificaties, het Oostenrijkse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) van 1811.²⁵ Het Franse recht kent tot op heden geen wettelijke

23. Zie P. Aumann, *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte* (diss. Hamburg), Hamburg: 1964, p. 4 e.v.; C.J.H. Jansen, *Eigen schuld van de benadeelde*, RMThemis 2002-4, p. 205; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: 2003, p. 16 en 19-20; R. Zimmerman, *The Law of Obligations*, Oxford: 1996, p. 1010; G. Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich: ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin: Springer 2006, p. 590 e.v.

24. De Duitse filosoof en aanhanger van het natuurrecht Christian Wolff (1679-1754) komt de eer toe als eerste het traditionele Romeinse rechtelijke beginsel van ‘alles of niets’ opzij te hebben gezet. C. Wolff, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, Halae Magdeburgicae 1742, Pars secunda, § 628-632, Pars quarta § 591; *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1754, herdruk Hildesheim 1980, § 283. Zie voor een meer uitgebreide bespreking en voor verwijzingen naar literatuur en rechtspraak Keirse, ERPL 2011-6, p. 951-976.

25. In § 1304 ABGB (1811): ‘Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen.’

bepaling inzake eigen schuld, maar in de rechtspraak is het 'alles of niets' beginsel in de tweede helft van de negentiende eeuw losgelaten.²⁶ De idee van schadedeling bij eigen schuld verscheen vervolgens in het Zwitserse wetboek dat in 1883 onder de titel *Schweizerisches Obligationenrecht* (OR) in werking trad.²⁷ De nieuwe leer kreeg ook in Duitsland stevig voet aan de grond toen op 1 januari 1900 het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) in werking trad.²⁸ In Nederland vond het omslagpunt plaats in 1916. Geheel in de ban van het 'alles of niets' beginsel bracht de Nederlandse doctrine en rechtspraak de kwestie van eigen schuld oorspronkelijk in verband met het bestaan en niet met de omvang van aansprakelijkheid. Eerst op 4 februari 1916 brak de Hoge Raad met dit stelsel.²⁹ Hoewel een wettelijke grondslag aanvankelijk ontbrak, is het sindsdien constante jurisprudentie dat eigen schuld van de schuldeiser in de regel tot een verminderde aansprakelijkheid van de schuldenaar leidt. Toen de wetgever met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 aan zet kwam, heeft hij dit stelsel van 'tussen alles en niets' in art. 6:101 gecodificeerd.³⁰ Het Belgische Hof van Cassatie besliste in 1936 tot het principe van de aansprakelijkheidsverdeling.³¹ In de Italiaanse rechtsleer en rechtspraak is de idee van schadedeling naar verhouding van wederzijdse schuld meer en meer aanvaard en uiteindelijk in de *Codice civile Italiano* (CcIt) van 1942 gesanctio-

neerd.³² Griekenland volgde in 1946 met de inwerkingtreding van art. 300 *Astikos Kodikas* (*Zivilgesetzbuch*).³³ Ook hier werd de rechter de vrijheid geboden om bij eigen schuld aan het ontstaan of de omvang van de schade tot een concrete schadedeling te komen, variërend van een plicht tot integrale vergoeding van de schade tot een geheel verval van de aanspraak op schadevergoeding. Met de *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945* werd ten slotte ook in de *common law* de weg naar een schadedeling over partijen geopend.³⁴

Geconstateerd kan worden dat alle onderzochte rechtsstelsels de 'alles of niets' benadering onbillijk vinden. Zoals men het rechtvaardig vindt dat hij die zichzelf schade berokkent, deze zelf moet dragen en het rechtvaardig is dat degene die onrechtmatig een ander schade berokkent, deze moet vergoeden, zo is het ook rechtvaardig dat waar de schade is terug te voeren op toedoen van schuldeiser én schuldenaar, de schadelast over beiden wordt verdeeld.

3.2.3 *Rechtsgevolgen schending schadebeperkingsplicht*

De vraag naar de sanctie op niet-naleving van de schadebeperkingsplicht zou eigenlijk met het vorenstaande beantwoord moeten zijn. Echter, terwijl het leerstuk van de eigen schuld aan het ontstaan van de schade zich heeft ontworsteld aan het keurslijf van 'alles of niets', heeft de leer van de schadebeperking met deze ontwikkeling geen gelijke tred gehouden. In Europa werd lange tijd vrij algemeen geleerd dat de benadeelde die, hoewel ingrijpen redelijkerwijs geboden was, de ontwikkeling van schade op haar beloop liet, het recht verbeurde de dader voor vergoeding van de dientengevolge verhoogde schade aan te spreken. Niettemin waren en zijn ook andere geluiden te horen.

De schending van de schadebeperkingsplicht wordt in het Franse, Belgische, Oostenrijkse, Nederlandse, Duitse en Griekse recht algemeen beschouwd als species van het genus eigen schuld.³⁵ De gevolgen van het schuldig verzuim de schade te beperken moeten dan ook op dezelfde wijze worden geregeld als bij iedere andere samenloop van de fout van de schuldenaar met de eigen schuld van de schuldeiser, namelijk door de schadelast over beiden te verdelen. In België, Frankrijk en Oostenrijk wordt evenwel veelal geleerd dat dit concreet betekent dat de vermeerdering van de schade die aan het schuldige verzuim van de schuldeiser is te wijten, voor zijn eigen rekening blijft en niet op de schuldenaar kan worden

26. Cass. Req. 8 februari 1875, DPO 1875.1.320. Zie onder meer: B. Weyts, De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Antwerpen), Antwerpen: 2003, nr. 377.
 27. Ingevolge art. 51 II OR (1838), nu art. 44 I OR (1912), kan de rechter in geval van eigen schuld de schadevergoedingsplicht van de dader matigen of geheel laten vervallen. 51 II OR (1883): '(1) Art und Größe des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt im Würdigung sowohl der Umstände als der Größe der Verschuldung. (II) Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältnis mäßigen oder gänzlich von derselben entbinden.' De opvolger van art. 51 II OR (1883), art. 44 I OR (1912), luidt: 'Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er entstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.' Anders dan art. 51 II OR (1883), ziet art. 44 I OR (1912) zowel op buitencontractuele als op contractuele aansprakelijkheid.
 28. § 254 BGB (1900): '(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.' Dit artikel is bij de herziening van het BGB per 2002 ongewijzigd gebleven.
 29. HR 4 februari 1916, NJ 1916, 459 (Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morrcé).
 30. Art. 6:101 BW (1992): '(1) Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.'
 31. Hof van Cassatie 2 april 1936, Pasicrisie Belge 1936, I, 209; La Belgique judiciaire 1936, 392. Zie ook B. Weyts, De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Antwerpen), Antwerpen: 2003, nr. 377.

32. Art. 1227 CcIt (1942): '(1) Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.'
 33. Art. 300 *Astikos Kodikas* (1946): 'Hat der Beschädigte bei der Entstehung des Schadens oder bei dessen Umfang aus eigenem Verschulden mitgewirkt, so kann das Gericht eine Entschädigung ablehnen oder ihren Betrag mindern.'
 34. *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*, section 1(1): 'Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage.' Deze Engelse *Act* was ook van toepassing in Schotland en kreeg navolging in Ierland.
 35. Zie voor verwijzingen: Keirse, ERPL 2011-6, p. 961-968.

verhaald.³⁶ Sommige rechtsgeleerden laten toch de mogelijkheid open tot een verdeling van deze extra schade over schuldenaar en schuldeiser. Dirix meent dat de extra schade, naargelang de mate van het toedoen van partijen, hetzij slechts gedeeltelijk moet worden vergoed, hetzij geheel onvergoed moet blijven.³⁷ Ook Koziol en Kletecka bepleiten als regel een verdeling van de extra schade over dader en benadeelde in evenredigheid met de mate van de wederzijdse schuld.³⁸

Beide stromingen zijn eveneens in het Nederlandse recht te onderscheiden. Onder oud Nederlands recht (vóór invoering van het Nieuw BW in 1992) werd in doctrine en rechtspraak vrij algemeen verdedigd dat aansprakelijkheid van de dader verviel, wanneer en voor zover de benadeelde naliet de schade te beperken.³⁹ De grondslag voor het verval van de aansprakelijkheid voor de extra schade werd gevonden in de veronderstelling dat het causaal verband ontbrak tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berustte en de extra schade die mede het gevolg was van de schending van de schadebeperkingsplicht. Deze benadering was echter niet van kritiek onttrokken. Reeds in 1906 verdedigde Ribbius dat de billijkheid deze verstrekkende beperking van aansprakelijkheid niet eist.⁴⁰ Hij pleitte voor een verdeling van de extra schade die de benadeelde redelijkerwijs had kunnen voorkomen, naarmate de onvoorzichtigheid van de benadeelde meer of minder begrijpelijk en te vergeven was. Ook Bloembergen vond het niet billijk om de schuldenaar wat de extra schade betreft altijd

vrijuit te laten gaan.⁴¹ Al kon de benadeelde deze extra schade vermijden, het is tenslotte een onrechtmatige gedraging van de wederpartij, waardoor hij in de situatie komt te verkeren die tot schadebeperking noopt. Bloembergen stelde dat het theoretisch niet juist is om bij een schending van de schadebeperkingsplicht anders te oordelen dan in de gevallen van 'gewone' eigen schuld. Deze mening werd onderschreven door Van Wassenaer van Catwijck.⁴² Het nalaten van schadebeperking is een van de verschijningsvormen van eigen schuld en behoort derhalve tot dezelfde rechtsgevolgen te leiden, zo betoogde hij. Dit betekent dat de schuldenaar niet alleen moet opkomen voor de gehele schade die ook zou zijn geleden indien de schade wel zou zijn beperkt, maar in beginsel ook voor een deel van de extra schade. Betwist werd aldus dat het causale verband tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de extra schade was verbroken.

De controverse over aan- of afwezigheid van dit causale verband is met de invoering van art. 6:101 BW (1992) beslecht. Onder het huidige recht wordt een schending van de schadebeperkingsplicht als een species van het genus eigen schuld beschouwd. Aldus blijkt ook uitdrukkelijk uit de Toelichting Meijers, waar het toerekenbaar nalaten maatregelen te treffen ter beperking van de schade door de benadeelde op één lijn wordt gesteld met de eigen schuld aan het ontstaan van de schade.⁴³ Dit betekent dat niet de causaliteitsdoorbreking, maar art. 6:101 BW thans de grondslag vormt van het leerstuk van de schadebeperkingsplicht.

Dit maakt een groot verschil. De leer dat een schending van de schadebeperkingsplicht het causale verband verbreekt tussen het gedrag van de schuldenaar en de schade die door de schuldeiser voorkomen had kunnen worden, houdt in dat de schuldeiser niets van die schade op de schuldenaar kan verhalen. Bij gebrek aan causaal verband kan de schuldenaar daarvoor immers in het geheel niet aansprakelijk zijn. Het is alles of niets; de extra schade kan niet over schuldenaar en schuldeiser worden verdeeld. Onder de nieuwe leer, die de eigen schuld als grondslag van de schadebeperkingsplicht beschouwt, moet daarentegen worden aangenomen dat zowel omstandigheden die aan de schuldeiser als omstandigheden die aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend, tot de extra schade hebben bijgedragen. Dit maakt genuanceerde en op het geval toegepaste schadefdelingen mogelijk. Voor de toepassing van het leerstuk van eigen schuld met al zijn gradaties in uitkomst is een dubbel causaal verband vereist. Vereist is dat zowel causaal verband bestaat tussen de gebeurtenis waarvoor de schuldenaar aansprakelijk is en de extra schade, als tussen de aan de schuldeiser toe te rekenen omstandigheden en de extra schade.

36. B. Weyts, De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Antwerpen), Antwerpen: 2003, no. 74-75; Zie M. Hinteregger, Contributory negligence under Austrian Law, in: U. Magnus & M. Martín-Casals (red.), Unification of tort law: contributory negligence, The Hague/London/New York: 2004, p. 12.
37. E. Dirix, Schadebeperkingsplicht van de benadeelde (annotatie bij Rb. Hasselt 26 februari 1979), R.W. 1979/1980-43, p. 2921-2929; E. Dirix, Het begrip schade, Antwerpen: 1984, no. 78, p. 56.
38. H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht; Band I, Allgemeiner Teil, Wien: 1997 Rn. 12/90, p. 418; H. Koziol, Rechtsfolgen der Verletzung einer Schadensminderungspflicht – Rückkehr der archaischen Kulpa-kompensation?, ZEuP 1998, p. 593 e.v.; A. Kletecka, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, Wien: 1991, p. 58-60.
39. P. Scholten, Eigen schuld, WPNR 2665 (1921), p. 34; A. Wolfsbergen, De causaliteit van art. 1401 BW (slot), WPNR 3004 (1927), p. 513-514; J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 2e stuk – 1e gedeelte, Haarlem 1934, nr. 358; A. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, Leiden 1946, p. 219; R.J. Polak, Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (diss. Amsterdam), Zwolle 1949, p. 25; W.J. Slagter, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Leiden), Leiden 1952, p. 261; HR 18 november 1927, NJ 1928, 123 (Huidenhandel/Kalker en Norden); HR 24 april 1931, NJ 1931, 1321 (Quick Dispatch); HR 29 januari 1932, NJ 1932, 330 (Brenninkmeijer/Van Hasselt II); HR 4 oktober 1957, NJ 1958, 12 (RTM II); HR 31 oktober 1958, NJ 1959, 29 (Maarse en Kroon); HR 31 oktober 1958, VR 1959, 121 (NS I); HR 31 oktober 1958, VR 1959, 122 (NS II); Hof 's-Gravenhage 6 maart 1957, NJ 1957, 429 (Apenbeet); Hof Leeuwarden, 9 oktober 1968, S&S 1970, 23 (Ameland I); Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 1974, NJ 1975, 18 (Glasz/Benjamins); Hof Amsterdam 23 december 1976, NJ 1978, 89 (Coveco).
40. Ribbius, De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad, Leiden 1906, p. 194 e.v.

41. A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Utrecht), Deventer 1965, nr. 276. Vergelijk echter ook Bloembergen, conclusie voor HR 24 januari 1997, NJ 1999, 56 (De Ridder/Staat), waar hij stelt dat 'algemeen aanvaard is dat de extra schade die voortvloeit uit het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht, meestal voor rekening moet blijven van de benadeelde, maar dat er uitzonderingen op de regel kunnen zijn'.
42. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, Eigen schuld (diss. Leiden), Groningen 1971, p. 82 en 206-210.
43. T.M., Parl. Gesch. Bock 6, p. 350.

De leer van verval van aansprakelijkheid voor de extra schade wegens doorbreking van causaal verband, lijkt derhalve te zijn achterhaald. Echter, de opvatting dat de schade die de schuldeiser redelijkerwijs had kunnen voorkomen, in beginsel geheel in mindering wordt gebracht op de vergoedingsplicht van de schuldenaar, wordt ten onzent nog steeds door enkelen verdedigd.⁴⁴ Met de vergelijking tussen het oude en nieuwe recht dringt de vraag naar de consistentie van deze leer zich op. Inmiddels wint de daartegenover staande, ook door mij aangehangen leer dat de schuldenaar gehouden is tot vergoeding van een evenredig deel van de extra schade die bij redelijk handelen van de schuldeiser zou zijn voorkomen, meer en meer veld.⁴⁵ De Hoge Raad heeft de kans om op ondubbelzinnige wijze kleur te bekennen in deze controverse – daartoe meer dan eens uitgenodigd door cassatiemiddelen – tot op heden laten liggen.⁴⁶

In Duitsland, waar eveneens zowel aanhangers van de leer van verval van aansprakelijkheid voor de extra schade zijn te vinden als pleitbezorgers voor een verdeling van de extra schade,⁴⁷ heeft het Bundesgerichtshof zich inmiddels wel in de discussie gemengd:

‘Eine umfassende Abwägung der wechselseitigen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge ist im gesamten Anwendungsbereich des § 254 BGB geboten. Auf sie kann im Rahmen des § 254 II 1 weder bei der Alternative der Schadensabwendung noch bei der der Schadensminderung verzichtet werden. Die in der Literatur vereinzelt vertretene Ansicht, dass der Geschädigte den vermeidbaren Schaden stets in vollem Umfang zu tragen habe, ist mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht vereinbar, enthält einen Wertungswiderspruch sowohl zu § 254 I als auch zu § 254 II in der Alternative der unterlassenen Schadensabwendung und stellt überdies einen teilweisen Rückfall in das durch § 254 BGB überwundene Alles-oder-nichts-Prinzip dar.’⁴⁸

Het Italiaanse recht neemt dienaangaande een bijzondere plaats in. De regel dat de benadeelde, in het geval hij zijn schadebeperkingsplicht schendt, geen aanspraak heeft op vergoeding van de daardoor veroorzaakte extra schade, is hier namelijk uitdrukkelijk in de wet neergelegd. Deze regel dat de schade die de benadeelde redelijkerwijs had kunnen vermijden, niet voor vergoeding in aanmerking komt, wordt in verband gebracht met die wetsartikelen die de vergoedingsplicht van de dader in algemene zin beperken tot de schade die het onmiddellijk en dadelijk gevolg is van de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis.⁴⁹

Evenals in Italië, wordt ook in het Engelse recht veelal een categorisch onderscheid gemaakt tussen *contributory negligence* enerzijds en *a breach of the duty to mitigate the loss* anderzijds. De regel luidt dat de benadeelde na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor de dader aansprakelijk kan worden gesteld, alle redelijke maatregelen moet treffen om de schade te beperken. Laat hij dit na, dan kan hij de schade die hij had kunnen voorkomen, niet op de dader verhalen.⁵⁰ Aan de schending van deze schadebeperkingsplicht verbindt deze leer niet een verdeling van de schade over partijen als rechtsgevolg, zoals het geval is bij een *contributory negligence*, doch een verval van de aanspraak van de benadeelde op vergoeding van de extra schade. Deze tweesporige benadering stuit evenwel ook op verzet. In een overtuigend betoog laat Williams zien dat ‘the duty to mitigate the loss is merely a species, a particular application, of the broad doctrine of contributory negligence’.⁵¹ Hij meent dat de regels die het leerstuk van eigen schuld in het algemeen beheersen, waaronder de *Contributory Negligence Act*, van overeenkomstige toepassing zijn op de schending van de schadebeperkingsplicht. Nalatigheid van de benadeelde kan dan, mede afhankelijk van de ernst ervan, leiden tot een beperking in meer of mindere mate van de aanspraak op vergoeding van de extra schade. De weinig redelijke ‘alles of niets’ beslissingen zouden daarmee plaatsmaken voor meer genuanceerde tussenoplossingen. Ook Honoré constateert dat ‘there is no real justification for having two separate doctrines of contributory negligence and failure to mitigate damage in

44. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 474; E.E. Slob, Terugblik van een reiziger in: F.T. Oldenhuis (ed.), *Schadebeperkingsplicht; wie verwacht wat van wie?*, Den Haag 2010, p. 115 e.v.

45. A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: 2003, p. 261-273; N. Frenk, *Naar echter eigen schuld?*, AV&S 2006/2, p. 44; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 127.

46. Zie o.a. HR 9 August 2002, LJN: AE2176, JOL 2002, 437.

47. Verval: H. Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht; eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg: 1993, p. 252 e.v.; H.C. Helmut Heinrichs (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*; Band 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§ 241-432), bearbeitet von W. Grunsky e.a., München: Beck 1994, § 254, Rn. 44, 59 en 62; W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*; Band 2a, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§ 241-432), bearbeitet von H. Oetker e.a., München: 2007, § 254, Rn. 76 en 107; OLG Bremen 20 November 1975, VersR 1976, 558. *Schadedeling*: K.J. Venzmer, *Mitverschuldung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht*, München-Berlin: 1960, p. 193-194; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts; Erster Band, Allgemeiner Teil*, München: 1987, p. 550-551; H. Lange, *Handbuch des Schuldrechts; Band I, Schadensersatz*, Tübingen: 1990, p. 623-624; D. Looschelders, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen: 1999, p. 561-564 en p. 596-597.

48. BGH 24 July 2001, NJW 2001, 3257, 3258.

49. F.D. Busnelli, *Landesberichte Italien*, in: C. von Bar, *Deliktsrecht in Europa; Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen*; Band V, Köln: 1993, p. 15-16; D. Looschelders, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen: 1999, p. 90-91.

50. H. McGregor, *McGregor on damages*, London: 1988, nr. 275, p. 168; R.A. Percy, *Charlesworth & Percy on Negligence*, London: 1990, p. 210-311 and 408-411; J.P.H. Lord Mackay of Claskfern (red.), *Halsbury's Laws of England; Crown and Royal Family to Damages, Volume (12) I*, London: 1998, no. 1041, p. 456.

51. G.L. Williams, *Joint torts and contributory negligence; a study of concurrent fault in Great Britain, Ireland and the Common-Law Dominions*, London: 1951, p. 281-294. Compare also: W.V.H. Rogers, ‘Contributory negligence under English Law’, in: U. Magnus & M. Martín-Casals (red.), *Unification of tort law: contributory negligence*, The Hague/London/New York: 2004, p. 59. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law; Text and Materials*, Oxford 2010, p. 311. De meer uitgewerkte Ierse regulering schrijft voor dat ‘a negligent or careless failure to mitigate damage shall be deemed to be contributory negligence in respect of the amount by which such damage exceeds the damage that would otherwise have occurred’ (*Civil Liability Act 1961, sec. 34(2)(b)*).

common law systems, and the most recent tendency is towards their assimilation'.⁵²

3.2.4 Erfenis van het verleden

Samenvattend kan worden gesteld dat waar de schadebeperkingsplicht van de schuldeiser in het geding is, in de Europese rechtsstelsels het leerstuk der eigen schuld wordt opgezocht. Een compleet verlies van de aanspraak op vergoeding van de extra schade als sanctie op niet-naleving van de schadebeperkingsplicht behoort daarmee tot de mogelijkheden, maar is zeker niet vanzelfsprekend.⁵³ Integendeel, het beginsel van schadeverdeling blijkt gemeengoed te worden. Op het achtste jaarcongres van Europees aansprakelijkheidsrecht in Wenen in 2008 is dit als belangwekkende trend gepresenteerd:

'A notable trend here is towards apportionment of responsibility between claimant and defendant, where the defendant's responsibility may previously have been denied altogether.'⁵⁴

In dit licht valt art. 163 van het voorgestelde gemeenschappelijk Europees kooprecht te betreuren. Immers, niet wordt ingespeeld op wat het recht van vandaag en morgen is; gekeken wordt naar het recht van gisteren. De ongenueanceerde regel volgens welke de schuldenaar niet aansprakelijk is voor de schade die de schuldeiser redelijkerwijze had kunnen voorkomen, is geen afspiegeling van de ontwikkeling die de leer der schadebeperking in Europa heeft doorgemaakt, maar brengt ons integendeel terug bij het ouderwetse beginsel van 'alles of niets'. Ook Koziol betitelt dit – reeds na het verschijnen van dezelfde bepaling in de PECL – als een betreurenswaardige terugval:

'Den kontinentaleuropäischen Juristen, dem die fortschrittliche Schadensteilungsregel bei Mitverschulden des Geschädigten selbstverständlich geworden ist und dem sie als die allein sachgerechte Lösung erscheint, bekümmert es nun verständlicherweise ganz erheblich, wenn Ansätze zur Rechtsvereinheitlichung mit der Wiedererweckung längst überwunden geglaubter Kulpakompensationsregeln verbunden sind. Die Rechtsvereinheitlichung erscheint nicht sehr zukunftsweisend und erstrebenswert, wenn sie sich als Weg zurück in archaische Zustände erweist.'⁵⁵

52. A.M. Honoré, Causation and Remoteness of Damage, in: A. Tunc (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law*; Volume XI, Torts; Part I, Tübingen: 1983, nr. 7-154, p. 103.

53. Vergelijk Riigikohus 20 juni 2006, nr. 3-2-1-64-06 (2006) RT III 26, 241. In dit arrest besliste het hoogste rechtscollege van Estonia dat de aansprakelijkheid slechts kan vervallen als de benadeelde zichzelf opzettelijk schade heeft toegebracht. Gewone eigen schuld of grove eigen schuld van de schuldeiser kan slechts leiden tot een vermindering (niet tot een verval) van aansprakelijkheid van de schuldenaar. Zie J. Lahe & I. Kull, Estonia, in H. Koziol & B.C. Steiniger (red.), *European Tort Law 2006*, Wenen/New York 2007, p. 186.

54. K. Oliphant, *Comparative Remarks*, H. Koziol & B.C. Steiniger (red.), *European Tort Law 2008*, Wenen/New York 2009, p. 666.

55. H. Koziol, *Rechtsfolgen der Verletzung einer Schadensminderungspflicht – Rückkehr der archaischen Kulpakompensation?*, ZEuP 1998, p. 594.

3.3 Verbeelding is belangrijker dan kennis

Ons recht maakt een ontwikkeling door van toedeling van verantwoordelijkheid aan één persoon naar verdeling daarvan over meerdere partijen. Het leerstuk der eigen schuld kan hier een voorttrekkersrol worden toegeschreven, maar de verdelingsgedachte is inmiddels wijd verspreid. Trefwoorden zijn rechterlijke matiging, redelijkheid en billijkheid en voordeelverrekening. In dit verband valt ook te wijzen op de opkomst van proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Met behulp van verfijnde en genuanceerde rechtsmiddelen is het evenredigheid en evenwichtigheid wat de klok slaat. Het 'alles of niets' denken lijkt tot de geschiedenis te behoren.

Gelet op de toenemende aandacht voor een tussenoplossing, waar aanvankelijk slechts een 'alles of niets' benadering mogelijk was, is het op zijn minst merkwaardig dat voor een schending van de schadebeperkingsplicht nog steeds een 'alles of niets' oplossing wordt bepleit. Het is tijd dat de ontwikkeling van de schending van de schadebeperkingsplicht als volwaardig species van het leerstuk van eigen schuld wordt afgerond. De in het gemeenschappelijk Europees kooprecht voorgestane deelregel van verval van aansprakelijkheid voor de extra schade kan niet als sluitstuk van deze ontwikkeling fungeren. Integendeel, deze brengt ons terug bij af, namelijk bij het ouderwetse principe van 'alles of niets'. Art. 163 van het concept instrument van Europees contractenrecht verdient daarom ernstig heroverweging. De hier gepresenteerde Europese standaard sluit immers niet aan bij de ontwikkeling die in de verschillende Europese lidstaten waar te nemen is.

4 Slotsom: Beter dan de rest

Concluderend kan het volgende worden gesteld. Optioneel recht staat of valt met een goede marketing, juist omdat het aan de markt is het al dan niet op te pakken. En marketing staat of valt met consensus en daarmee dus ook met de kwaliteit van de inhoud.

De idee van *optioneel* Europees contractenrecht is vooruitstrevend en wordt door mij omarmd. Optioneel recht moet evenwel (ook inhoudelijk) beter zijn dan het andere recht. Juist omdat het, anders dan ander recht, mensen voor zich moet winnen. Vanuit dat perspectief is het niet goed als de conceptverordening materieelrechtelijk niet tot de verbeelding spreekt.

In het huidige voorstel tot optioneel contractenrecht zijn verscheidene bepalingen aan te wijzen die niet aansluiten bij ontwikkelingen die in de verschillende Europese lidstaten zijn waar te nemen, maar juist een terugval behelzen naar oude tijden, en die daarmee de rechtsontwikkeling eerder stagneren dan stimuleren. Deze bepalingen verdienen serieuze heroverweging. Dat geldt in het bijzonder voor art. 163 GEKR inzake de beperking van schade. Aansluiting moet worden gezocht bij de actuele bewegingen van het recht. Het is aan de rechtsbeoefenaren om te ontdekken wat het recht van morgen is; de regelgevers moeten daarop bedacht zijn en niet reflecteren op iets dat is geweest.

Let wel, ik betoog niet dat men zich moet afzetten tegen de traditie(s). Dat vraagt revolutionair denken mijns inziens

niet; het vergt veeleer dat van de traditie(s) wordt geleerd. Zoals ik hiervoor hoop te hebben geïllustreerd, is het gebruik van en de lering uit relevant historisch materiaal van groot belang. Aldus roep ik op om te varen op het kompas van kennis uit het verleden, maar daarbij de blik te richten op wat komen gaat.