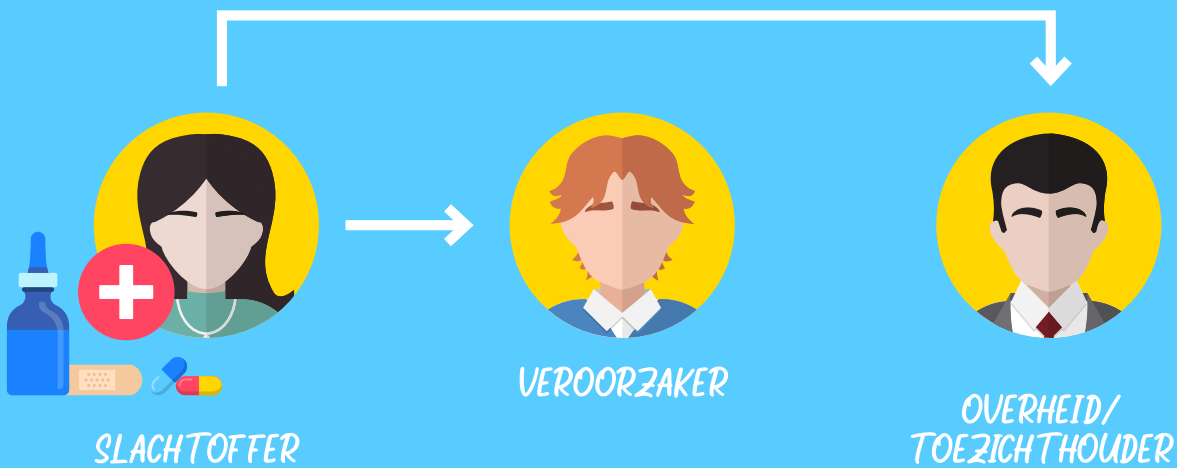


41

AANSPRAKELIJKHEID



* Mr. dr. K.L. Maes is advocaat bij Van Benthem & Keulen en als onderzoeker en docent verbonden aan de Universiteit Utrecht.

Secundaire aansprakelijkheidsclaims, waarin een zogenoemde ‘secundaire partij’ aansprakelijk wordt gesteld voor schade die feitelijk is veroorzaakt door een ander, vertonen een ‘stijgende populariteit’. Wat ooit als noodlot werd bestempeld, wordt vandaag de dag steeds meer tot de verantwoordelijkheid van een derde partij of autoriteit gerekend. Maar hoe ver strekt de zorgplicht van een dergelijke secundaire partij in het Nederlandse recht en welke omgang met secundaire aansprakelijkheid is wenselijk? Valt in dat verband nog iets te leren van het Amerikaanse recht, waarin secundaire aansprakelijkheidsprocedures al langer aan de orde van de dag zijn? Deze onderwerpen bespreekt Kirsten Maes in haar proefschrift: ‘Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten’, waarop zij op 30 oktober 2020 aan de Universiteit Utrecht promoveerde onder begeleiding van haar promotoren Ivo Giesen en Rianka Rijnhout. Het onderhavige artikel strekt tot een weergave van de belangrijkste conclusies van haar proefschrift.¹⁾

1. K.L. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2020. Korthedshalve wordt in het vervolg van deze bijdrage gesproken over ‘het proefschrift’.

sprakelijkheid

schrift van mr. dr. K.L. Maes

1. Inleiding

1.1. Inhoudsindicatie

In de literatuur en rechtspraak wordt een tendens geconstateerd waarin steeds verder verwijderde partijen worden aangesproken tot vergoeding van schade die primair door een ander is veroorzaakt.² Zo'n 'secundaire partij' wordt dan verweten het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij niet te hebben voorkomen. Het gaat dus in essentie om de vraag of de secundaire partij voldoende toezicht op de primaire partij heeft gehouden.

Bekende voorbeelden waarin overheidsinstellingen secundaire aansprakelijkheidsclaims aan den lijve hebben ondervonden, zijn de procedure tegen de Staat en de Gemeente Enschede vanwege de vuurwerkrap,³ de procedure tegen de Gemeente Haaksbergen vanwege het ongeluk met de monstertruck⁴ en de procedure tegen de politie vanwege het schietincident in Alphen aan den Rijn.⁵

Naast deze overheidsinstellingen worden vandaag de dag ook meer (semi-)private partijen als scholen, sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen, horecagelegenheden, winkels en diverse soorten recreatieruimten aan secundaire aansprakelijkheidsprocedures onderworpen.

Te denken valt aan de vragen die rezen over de verlofverlening aan Michael P., de verantwoordelijke voor de moord op Anne Faber,⁶ de legionellaramp in de Westfriese Flora⁷ en de steekpartij op een school in Voorburg, waarbij een gepeste leerling een medeleerling doodstak.⁸ Een actueel voorbeeld is bovendien het wielrenongeval van Fabio Jakobsen. Naast de verantwoordelijkheid van Dylan Groenewegen als de primaire veroorzaker van de botsing, rijzen er in het bijzonder ook vragen over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de internationale wielrenunie én van de organisatie van het sportevenement, vanwege de vermeend gebrekkige boarding langs het parcours.⁹

Alhoewel secundaire aansprakelijkheidsclaims een groeiende populariteit vertonen, wordt er tegelijkertijd ook een terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheden in de Nederlands rechtsp praktijk geconstateerd.¹⁰ Deze terughoudendheid kan zich vertalen in een restrictieve toets van de zorgplicht in de

vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid. Deze constatering roepen vragen op over de rekbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht en over de reikwijdte van de 'secundaire zorgplicht'¹¹ in het bijzonder.

In mijn proefschrift is de huidige en de wenselijke reikwijdte van de zorgplicht van private partijen in de sectoren educatie, recreatie en zorg onder de loep genomen. Onderzocht is hoe ver de verantwoordelijkheid strekt van diverse (semi-)private partijen in de gevallen waarin niet zij, maar een andere partij de directe (primaire) veroorzaker van de schade is. Naast de analyse van secundaire aansprakelijkheden in het Nederlandse recht, is rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de wijze waarop deze aansprakelijkheden in het Amerikaanse recht worden beoordeeld. Op basis van de (rechtsvergelijkende) onderzoeksresultaten zijn vervolgens concrete aanbevelingen gedaan tot 'alternatieve omgangswijzen' met (toenemende) secundaire aansprakelijkheden in het Nederlandse recht.

1.2. De opbouw van dit artikel

In deze bijdrage worden de belangrijkste onderzoeksresultaten op hoofdlijnen besproken, waarbij met name gefocust zal worden op het voorstel tot de implementatie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse rechtssysteem, als (voorwaardelijk) alternatief voor de toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid. Hoofdzakelijkerwijze en ten behoeve van die hoofdlijn zijn bepaalde nuances of verdiepingen in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten, zoals deze in het proefschrift wel zijn behandeld.¹²

Gegeven die insteek, wordt in het vervolg van dit artikel een nadere toelichting gegeven op de definitie en afbakening van de begrippen 'secundaire aansprakelijkheid' en 'secundaire zorgplicht' (§ 2). Vervolgens wordt acht geslagen op de bezwaren die tegen een (ruime) aanvaarding van secundaire aansprakelijkheden pleiten (§ 3), welke bezwaren de vraag naar de wenselijkheid van een terughoudende beoordeling van secundaire zorgplichten oproept (§ 4). Deze conclusies leiden tot de behoefte aan een meer genuanceerd antwoord op de veelal complexe secundaire aansprakelijkheidsvragen, zo licht ik bij wijze van een tussenconclusie toe (§ 5). In de daaropvolgende paragraaf worden daarom concrete aanbevelingen gedaan tot 'alternatieve omgangswijzen' met (toenemende) secundaire

- Zie onder meer I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 109 ('stijgende populariteit'); T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid', *RMThem* 2019, afl. 1, p. 31 en 32 ('Een andere ontwikkeling is dat procedures zich inmiddels vaak richten tegen de zijdelingse dader (secundaire aansprakelijkheid)'). Zie nader over deze tendens in de literatuur en rechtspraak en de mogelijke verklaringen daarvoor, hoofdstuk 1, par. 2.1.1 van het proefschrift.
- Waarbij het betreffende vuurwerkopslagbedrijf, waarin de brand uitbrak, als de primaire partij kan worden aangemerkt. Zie over de aansprakelijkheidsprocedure tegen de Staat als secundaire partij HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*Vuurwerkrap Enschede*).
- Met Mario D., de bestuurder van de monstertruck, als primaire partij. In een bestuursrechtelijke procedure heeft de Rechtbank Overijssel op 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794, geoordeeld dat de Gemeente Haaksbergen (als secundaire partij) onterecht een vergunning heeft afgegeven voor het evenement met de monstertruck. Alhoewel de slachtoffers aankondigden de Gemeente Haaksbergen ook civielrechtelijk aansprakelijk te stellen, is het tot een civielrechtelijke procedure nooit gekomen. Dit zal verband houden met het feit dat het Waarborgfonds Motorverkeer de schade aan deze slachtoffers heeft uitgekeerd.
- Met Tristan van der V., de schutter, als primaire partij. Zie hierover HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie over dit schietincident ook eerder: K.L. Maes, 'Het hoger beroep inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn: hoe gerechtigheid zegevierde, en de geest in de fles bleef', *TVP* 2018, afl. 3, p. 75-88.
- Michael P. is in dezen dus de primaire partij. Alhoewel er (nog) geen aansprakelijkheidsprocedure bekend is, rijzen er wel secundaire aansprakelijkheidsvragen met betrekking tot de instelling waarin Michael P. verbleef. Zie in dit verband de (zeer kritische) conclusies uit het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Forensische zorg en veiligheid. Lessen uit de casus Michael P.*, Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019.
- Ook wel de 'stille ramp' genoemd, waarbij de bezoekers van de Westfriese Flora besmet raakten met de legionellabacterie die zich in een whirlpool had ontwikkeld. Naast de whirlpoolhandelaars (als primaire partijen), werd ook de organisator van de Westfriese Flora (als secundaire partij) in een civiel-

rechtelijke procedure aangesproken. Zie Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Westfriese Flora*).

8. Hiermee doel ik op de steekpartij in 2014 op het Corbulo College, met de gepeste leerling Anthony D. als de primaire partij. Zie over deze steekpartij – en de verantwoordelijkheid van de school als mogelijke secundaire partij – onder meer 'Ernst van pesten wordt nog steeds onderschat.', Radio 1, 18 oktober 2014, online raadpleegbaar via de website radio1.nl.
9. Zie de voornemens van Jakobsen zelf hiertoe, zoals deze zijn weergegeven in T. Zonneveld, 'Jakobsen doet zijn indrukwekkende verhaal: 'Elke keer dacht ik: dit is 't, ik ga dood', AD 24 december 2020 ('Ik heb geen rechten gestudeerd, maar volgens mij zijn er meerdere partijen die geheel of gedeeltelijk aansprakelijk zouden kunnen zijn. Dylan, zijn werkgever – Jumbo-Visma, de organisatie van de Ronde van Polen en de UCI. (...) Daarom denk ik niet te licht over die aansprakelijkheidszaak.')
10. Zie onder meer Giesen 2014, p. 107-108 ('Tot dusverre lijkt de rechtspraak ter zake (...) vooral een terughoudende houding aan te nemen'); Tjong Tjin Tai, *RMThemis* 2019, p. 30 ('toch wordt terughoudend omgesprongen met zulke zorgplichten'). Ook op basis van de rechtspraakanalyse die in het proefschrift is aangelegd, lijkt de algemene conclusie gerechtvaardigd dat de secundaire zorgplicht van de private ruimten terughoudender wordt beoordeeld dan de primaire zorgplicht van dezelfde ruimten. Zie over deze conclusie hoofdstuk 8, par. 2.2 en de aanloop tot die conclusies de hoofdstukken 3 t/m 5, par. 6 van het proefschrift.
11. Waarbij het 'secundaire' aspect dus niet zozeer ziet op de zorgplicht of op de aansprakelijkheid zelf, maar op de partij die wordt aangesproken. Hier wordt in § 2 van deze bijdrage nader op ingegaan.
12. Voor een bespreking en uitdieping van (bijvoorbeeld) de secundaire zorgplicht op sectorniveau (scholen, sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen, etc.), evenals de rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht, zij verwezen naar de hoofdstukken 3 t/m 7 van het proefschrift.
13. Vergelijkbaar: I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichhouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005, p. 216; D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichhouders?* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, p. 78.
14. Als er een contractuele relatie tussen de bezoeker en de private ruimte bestaat (zoals een onderwijsovereenkomst of een geneeskundige behandelingsovereenkomst), ligt de toerekenbare tekortkoming van art. 6:74 BW als grondslag voor de secundaire aansprakelijkheid in de rede.
15. Het gaat dus om een schuldaansprakelijkheid, te onderscheiden van *risico*aansprakelijkheden.
16. Giesen 2005, p. 37-38. Al eerder over de primaire dader: J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, afl. 12, p. 609 ('de veroorzaker van een ramp' en de 'primair verantwoordelijke'); B.T.M. van der Wiel, 'De aansprakelijkheid van toezichhouders', *MvV* 2005, afl. 7/8, p. 158 ('de grote boosdoener').
17. Daarmee bedoel ik dus ook: welke partij had dit schadeveroorzakende gedrag moeten voorkomen, bijvoorbeeld door

aansprakelijkheden in het Nederlandse recht, geïnspireerd door de Amerikaanse rechtsfiguur van de 'several liability' (§ 6). Afgesloten wordt met een conclusie en een korte 'toekomstblik' (§ 7).

2. 'Secundaire aansprakelijkheid' of 'de secundaire partij'

Met de 'secundaire partij' doel ik op de partij die (vermeend) tekort is geschoten in het treffen van voorzorgsmaatregelen of het houden van toezicht teneinde het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij te voorkomen, en daarom in de regel nalatig handelen zal worden verweten.¹³ De secundaire partij wordt in essentie dus steeds verweten dat zij niet heeft voorkomen dat de primaire partij een derde schade heeft toegebracht, waarbij de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (de zorgplicht) van art. 6:162 BW in de meeste gevallen het relevante beoordelingskader zal vormen.¹⁴ Het gaat in secundaire aansprakelijkheidsprocedures steeds om zelfstandig te maken verwijten aan het adres van de secundaire partij.¹⁵

Met de 'primaire partij' wordt dus bedoeld op de directe of de *eigenlijke* veroorzaker van de schade. Dat is de partij die het risico feitelijk bezien direct in het leven heeft geroepen. Het betreft de 'hoofdveroorzaker' ('de eerstegraads dader'), oftewel de partij die de schade 'eigenlijk heeft toegebracht'.¹⁶ Bedacht dient te worden dat het bij het onderscheid tussen primaire en secundaire partijen gaat om een *feitelijk* onderscheid (waarin geen direct normatief of causaliteitsoordeel besloten ligt): welke partij haalde de trekker over, en welke partij heeft de schutter daartoe in de gelegenheid gesteld?¹⁷

Het onderscheid tussen de secundaire partij en de primaire of directe schadeveroorzaker is overigens niet nieuw; ook andere auteurs maken dit onderscheid. Zo wordt in de literatuur in gelijke zin gesproken over de 'secundaire dader' of 'secundaire partij', maar deze partij wordt ook gedefinieerd als de 'afgeleide aansprakelijke persoon', de 'zijdelingse dader of laedens', de 'relatieve buitenstaander' en als de 'niet-echte veroorzaker'. Ook wordt veelal en meer in het algemeen in deze context over de 'toezichthouder' gesproken.¹⁸ Bovendien wijs ik erop dat het begrip 'secundaire aansprakelijkheid' ook in de Nederlandse rechtspraak wordt gehanteerd, teneinde het contrast met de feitelijke schadeveroorzaker (de primaire partij) aan te geven.¹⁹

3. Bezwaren tegen (toenemende) secundaire aansprakelijkheden

3.1. Inleiding

Bij de beantwoording van de vraag naar de wen-

selijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse recht dient allereerst acht te worden geslagen op de bezwaren die tegen een (ruime) aanvaarding van secundaire zorgplichten en aansprakelijkheden pleiten. Deze bezwaren dienen bovendien als mogelijke verklaring voor de geconstateerde terughoudende beoordeling van secundaire aansprakelijkheden in de Nederlandse rechtspraak.

3.2. De voorzienbaarheidsproblematiek

De secundaire zorgplicht vertoont bepaalde kenmerken die aan haar secundaire aard inherent zijn en haar onderscheiden van de primaire zorgplicht. Het gaat hier in essentie om het feit dat de secundaire partij heeft te kampen met, en moet anticiperen op, schadeveroorzakend gedrag van een ander (de primaire partij). Secundaire zorgplichten bestaan dus bij een gratie van onzekerheid: de belangen van de zorgontvanger (A) zullen door de secundaire partij (C) in de regel niet vooraf concreet gekend (voorzien) kunnen worden, aangezien de schending van die belangen per definitie afhankelijk is van het niet (altijd of precies) voorspelbare en gekende handelen van de primaire partij (B). Het gevolg hiervan is dat het voor de secundaire partij relatief onduidelijk blijft:

- I. wie de concrete zorgontvangers zijn en tegen welke primaire partij zij beschermd moeten worden, en;
- II. ter bescherming van welke specifieke gevaren de secundaire zorgplicht strekt (wat de precieze zorgbehoefte van die zorgontvangers is) en welke zorg dus specifiek betracht moet worden om de effectuering van de potentiële gevaren te voorkomen (wat de secundaire zorgdaden precies moeten inhouden).

De secundaire partij heeft dus, ten opzichte van de primaire partij, te kampen met een *relatief gebrekkige voorzienbaarheid* van de uiteindelijke (door de primaire partij veroorzaakte) schade waarvoor zij aansprakelijk wordt gesteld.²⁰ Deze 'gebrekkige' of 'beperkte' voorzienbaarheid van de schade wordt dan ook als een belangrijk bezwaar tegen de aanname van secundaire aansprakelijkheden beschouwd.²¹

3.3. 'Morele bezwaren'

De aan secundaire aansprakelijkheden 'verbonden' voorzienbaarheidsproblemen vormen een voedingsbodemp voor andere bezwaren, althans deze andere bezwaren zijn daar in bepaalde mate toe te herleiden. Te denken valt allereerst aan de zogenoemde 'morele bezwaren' tegen secundaire aansprakelijkheden.²² De secundaire partij is immers niet de (meest) directe veroorzaker van de schade (zij heeft de trekker niet overgehaald), maar wordt wel aansprakelijk gehouden vanwege (het niet voorkomen van) het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij (die de trekker dus wel overhaalde). De vervolgende rijzende bezwaren komen hierop

neer dat 'de rekening' dan ten onrechte terecht zou komen bij de secundaire partij, als hooguit zijdelingse laedens, in plaats van bij de primaire (eigenlijke) schadeveroorzaker.²³⁾

In het verlengde hiervan wordt er door verschillende auteurs op gewezen dat het niet de bedoeling kan zijn dat degene die het schadegeval niet voorkomt, op dezelfde wijze aansprakelijk is als degene die het veroorzaakt.²⁴⁾ De 'ellende begint immers met het handelen of nalaten van een ander'.²⁵⁾ Dit morele argument 'tegen' de aanname van secundaire aansprakelijkheden wordt in de Angelsaksische literatuur aangegeleid met de frase: 'Why pick on me?'²⁶⁾

3.4. De ontwikkeling van een 'claimcultuur'

Een ander bezwaar tegen secundaire aansprakelijkheden is gelegen in de 'angst voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht', oftewel het verliezen van de grip op (steeds meer) secundaire aansprakelijkheden. Het gaat hier om de vrees voor een claimcultuur. Zo zou met een ruime reikwijdte van de secundaire aansprakelijkheid het 'hek van de dam' zijn.²⁷⁾ Als de rechter (te snel of te vaak) tot de aanvaarding van secundaire zorgplichten overgaat, zouden we kunnen afstemmen op een onhoudbaar aantal claims jegens secundaire partijen, is dan de gedachte. Of, aldus Spier, dan zal 'de geest uit de fles' zijn, waarbij de geest in dit verband 'een niet onaanzienlijke hoeveelheid claims' aan het adres van de secundaire partij betreft.²⁸⁾

Het schrikbeeld kan in deze context worden gevormd door de Amerikaanse 'tort insurance crisis' in de jaren tachtig van de vorige eeuw.²⁹⁾ Deze crisis kenmerkte zich door een dramatische verhoging van de premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen, waardoor voor bepaalde aansprakelijkheidsrisico's geen adequate en betaalbare verzekeringen meer werden aangeboden en polissen werden opgezegd.³⁰⁾ Een belangrijke oorzaak van deze crisis was gelegen in het feit dat benadeelde partijen hun toevlucht steeds meer zochten bij (wel) solvante secundaire partijen, en dat het (toen nog uitsluitend) geldende Amerikaanse hoofdelijkheidssysteem meebracht dat deze partijen meer schade moesten vergoeden dan waarvoor zij in feite verantwoordelijk waren.³¹⁾ In de daaropvolgende 'tort reform' werd, als reactie daarop, in veel staten aansluiting gezocht bij een verdeling naar meer proportionele wijzen van aansprakelijkheid, zoals de 'several liability'. Op deze rechtsfiguur wordt in § 5 van deze bijdrage nader ingegaan.

3.5. Preventieve werking

In de literatuur worden er ook vraagtekens geplaatst bij de preventieve werking van secundaire aansprakelijkheden.³²⁾ Zo kan de in § 3.2 besproken beperkte voorzienbaarheid van de schade (ook) consequenties hebben voor de vraag of de secundaire aansprakelijkheid überhaupt wel een preventief (afschrikkend) effect

genereert. De preventiedoelstelling veronderstelt immers dat een partij op de hoogte is van de norm die moet worden nageleefd,³³⁾ terwijl het aansprakelijkheidsrecht – zo lichtte ik hiervoor in § 3.2 reeds toe – juist relatief slecht aangeeft hoe secundaire partijen zich moeten gedragen om schade te voorkomen.

3.6. Het huidige hoofdelijkheidssysteem

De hiervoor genoemde bezwaren klemmen temeer daar waar het Nederlandse (hoofdelijkheids)systeem tot gevolg heeft dat de secundaire partij voor de volledige schade aangesproken kan worden en vervolgens voor het vaak aanwezige risico op een insolvente primaire partij heeft in te staan. Het in art. 6:102 BW neergelegde hoofdelijkheidssysteem bepaalt immers dat, als de primaire en secundaire partij voor *dezelfde* schade aansprakelijk zijn, zij tegenover de benadeelde tot de vergoeding daarvan hoofdelijk zijn verbonden.³⁴⁾ De benadeelde kan ieder van hen dus voor de *gehele* schade aanspreken, en niet slechts voor het door elke partij specifiek veroorzaakte gedeelte daarvan ('pick and choose').³⁵⁾ Op die manier heeft de benadeelde geen last van insolventieproblemen van een van beide aansprakelijke partijen.

De relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij speelt pas een rol in hun onderlinge regresverhouding (conform art. 6:10-6:14 BW). De door elk van de partijen te betalen som wordt dan (wel) vertaald in een percentage van 0% tot 100%.³⁶⁾ Voor de secundaire partij is dit regresrecht echter in feite een lege huls als de primaire partij insolvent of onvindbaar is. Een secundaire partij dient naar het Nederlandse recht dus de gehele schadelast te dragen als de primaire schadeveroorzaker geen verhaal biedt, hoe beperkt haar aandeel in de schade misschien ook was. Het vestigen van de aansprakelijkheid kan voor een secundaire partij zodoende tot grote, en misschien wel *onbillijke* gevolgen leiden, zo concludeert ook Barendrecht:

'Er zijn immers situaties waarin de dader het ongeval wel had kunnen voorkomen, maar geen zodanige mate van onzorgvuldig handelen kan worden vastgesteld dat hij alle schade zou moeten dragen. Want een dader die *weinig onzorgvuldigheid* kan worden verweten alle schade te laten dragen is ook onredelijk.'³⁷⁾ [mijn cursivering; KLM]

In gelijke zin luidt de conclusie van Busch, die – gegeven de hoofdelijke veroordeling van de primaire en de secundaire partij – opmerkt:

'Dit is een eindsituatie die bezien vanuit *het perspectief van een rechtvaardige schadeverdeling* als gezegd *niet per se optimaal* is als de regresvordering op de primaire partij onverhaalbaar is.'³⁸⁾ [mijn cursivering; KLM]

Dat een secundaire partij zich in haar regresrelatie met de primaire partij in een niet verwaar-

het houden van (meer) adequaat toezicht.

18. Zie voor de verschillende typeringen en daarbij behorende bronverwijzingen, hoofdstuk 1, par. 6.1.
19. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, r.o. 3.4, NJ 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, waarin de Hoge Raad sprak over 'secundaire aansprakelijkheid (...) voor malversaties van een derde'. Ook in de ondernemingsrechtelijke context werd door de feitenrechter diverse malen gesproken over 'secundaire aansprakelijkheid'. Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1626, r.o. 4.1 en Rb. Rotterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5042, r.o. 4.4 en 4.12.
20. Zie over deze analyse van de 'gebrekkige voorzienbaarheid', die haast inherent is aan de secundaire zorgplicht, meer uitvoerig hoofdstuk 8, par. 3.2 van het proefschrift.
21. Vgl. Giesen 2014, p. 108-109; I. Giesen, 'Het privaatrecht als instrument in het publieke domein', NJB 2018/1645, afl. 31, p. 2321.
22. Als zodanig gedefinieerd door Giesen 2005, p. 45; Giesen 2014, p. 108. Zie hierover in het kader van de (secundaire) overheidsaansprakelijkheid T. Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 6 (*Vuurwerkcramp Enschede*).
23. Zie bijvoorbeeld J. Spier in zijn annotatie onder HR 7 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, NJ 2017/73, sub 7 (*Elektricitetskabels marktkramen*).
24. Giesen 2005, p. 51. G.M.T.J. Jurgens, 'Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen?', NJB 2001, afl. 26, p. 1281, bepleit een terughoudendheid gezien het 'secundaire karakter van de fout'.
25. T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', NJB 2010/490, afl. 10, p. 603.
26. Zie hierover J.S. Kortmann, 'Korte reactie op "Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren"', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 117.
27. Een greep uit de hierover verschenen bijdragen: A-G Spier in zijn conclusie (sub 5.39 en 5.52) voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*); A.L.M. Keirse, 'Nieuwe risico's – Wie is er bang voor de magnetron?', NJB 2007/1957, afl. 38, p. 2418 e.v.; T. Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7, laatste liggend streepje ('koudwaternvrees') (*Vuurwerkcramp Enschede*). Zie ook Giesen 2005, p. 224-225; Giesen 2014, p. 90. Dat deze angst serieus genomen wordt, volgt uit de brief van de Minister van Justitie over de toename van 'claimcultuur' in Nederland, *Kamerstukken II 1999/2000*, 26630, nr. 1, p. 1-21.
28. A-G Spier in zijn conclusie (sub 4.42) voor HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*). Zie over die 'geest' ook C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?', *NTBR 2005/80*, afl. 10, p. 482-496.
29. Zie daarover hoofdstuk 7, par. 3.4.3.
30. F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1996, p. 437; W.V.H. Rogers,

- 'Comparative report on multiple tortfeasors', in: W.V.H. Rogers (red.), *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 289.
31. W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linsen (red.), *Tussen alles of niets*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 141.
 32. Ik volsta op deze plaats met een signalering van het feit dat er in de literatuur bovendien twijfels zijn geuit over de (daadwerkelijke) preventieve effecten van het aansprakelijkheidsrecht op zich. Zie hierover onder meer T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 20; W.H. van Boom, *Efficiacious enforcement in contract and tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 14-16 en 19-21; J.S. Kortmann, *The tort law industry* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2009, p. 19-24.
 33. T. Vanswevelt & B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 8.
 34. Met de in hoofdstuk 2, par. 5.2.1 van het proefschrift gemaakte nuances met betrekking tot de gevallen waarin de schade 'deelbaar' is en van sterk ongelijksoortige vormen van samenloop sprake is, zoals bij secundaire aansprakelijkheid in de regel niet het geval zal zijn.
 35. Onder hierover onder meer Van Boom 1997, p. 136; C.J.M. Klaassen, 'PETL: multiple tortfeasors (art. 9:101-102)', *AV&S* 2008/25, afl. 4, p. 177-178 en Hartlief, *NJB* 2010/490, p. 603.
 36. Van Boom 1997, p. 136.
 37. J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en Aandelenlease als voorbeelden', *NJB* 2004, afl. 42, p. 2186.
 38. Busch 2011, p. 67.
 39. Zie in gelijke zin, onder meer: Giesen 2014, p. 82; A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 91.
 40. Van der Wiel, *MvV* 2005, p. 158.
 41. Deze par. betreft een samenvatting van de meer uitvoerige en met nuances omklede par. 4.1 van hoofdstuk 8 van het proefschrift.
 42. Vgl. Verheij 2019, p. 91 ('Het is misschien wegens de hoofdelijke aansprakelijkheid dat de rechter terughoudend schijnt om de overheid aansprakelijk te houden voor gebrekkige controle of gebrekkig toezicht'). Vgl. ook meer in het algemeen Giesen 2005, p. 40-41.
 43. T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004, afl. 31, p. 1583.
 44. Verheij 2019, p. 92.
 45. Van der Wiel, *MvV* 2005, p. 158. Zie hierover ook W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1679.
 46. Uiteraard spelen wel een rol de vragen of de schade voor de secundaire partij voorzienbaar was, in welke causale relatie haar normschending tot de schade staat, etc. Ik doel hier (enkel) op het principiële punt dat het een secundaire partij betreft, en er dus een primaire partij in het spel is, los van de hiervoor genoemde voorwaarden voor aansprakelijkheid.
 47. Zoals de secundaire partij door J. Spier werd genoemd in zijn annotatie onder HR 7 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, *NJ* 2017/73, sub 7 (*Elektriciteitskabels marktkramen*).
 48. Denk bijvoorbeeld aan het in § 1 besproken ongeval met de monstertruck in Haaksbergen en het schietincident in Alp-

loosbaar aantal gevallen ook daadwerkelijk met een insolvente primaire partij geconfronteerd ziet – terwijl zij zelf (al dan niet door een genoten verzekeringsdekking) wel voldoende solvent zal zijn om het volledige schadebedrag te voldoen – is goed verklaarbaar. Secundaire partijen betreffen immers de partijen die met toezichthoudende taken en verantwoordelijkheden zijn belast (veelal de overheid of private ondernemingen), terwijl de schade veelal feitelijk in het leven zal zijn geroepen door een natuurlijk persoon (de primaire partij). Het zal voor de benadeelde dan ook in de meeste gevallen aantrekkelijker zijn om de secundaire partij naast of in plaats van de primaire partij aan te spreken: de eerstgenoemde partij zal bij toewijzing van de aansprakelijkheidsvordering in de regel ook daadwerkelijk tot vergoeding van de schade in staat zijn.³⁹⁾ Het is vanuit dat perspectief ook niet vreemd dat de 'toezichthouder claims aantrekt als een lottowinnaar vrienden'.⁴⁰⁾

4. Terughoudende beoordeling secundaire aansprakelijkheden⁴¹⁾

De geschetste bezwaren tegen de toewijzing van secundaire aansprakelijkheid – meer in het bijzonder de mogelijk verstrekkende (schadelast) gevolgen voor de secundaire partij – kunnen in de rechtspraak tot de behoefte aan terughoudendheid (voorzichtigheid) bij de vestiging van secundaire aansprakelijkheid leiden.⁴²⁾ In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord of een dergelijke terughoudendheid – in het licht van de hiervoor geschetste bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden – terecht is, althans of een dergelijke (princiële) voorzichtigheid gewenst is. Het antwoord op deze vraag luidt in mijn optiek ontkennend.

Een categorische afwijzing of principieel terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht, louter vanwege de hoedanigheid van de aangesproken partij (een secundaire), is in mijn optiek en in de eerste plaats niet te verenigen met de regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Zo gaat het in secundaire aansprakelijkheidsprocedures steeds om zelfstandig te maken verwijten aan het adres van de secundaire partij.⁴³⁾ Een verschil in intensiteit bij de beoordeling van de primaire en de secundaire zorgplicht is in mijn optiek niet te rechtvaardigen: geen van de te toetsen criteria bij de vaststelling van de onrechtmatigheid of tekortkoming is immers of er al dan niet nog een andere (primaire) partij ook of zelfs méér aansprakelijk te houden is. Of, in de woorden van Verheij (met betrekking tot art. 6:162 BW):

'Nergens staat in dat artikel namelijk dat de aansprakelijkheid van degene die voldoet aan alle vereisten voor aansprakelijkheid wordt verminderd indien de schade mede het gevolg is van een ander.'⁴⁴⁾

Het gevoel dat 'vooral de primaire partij moet bloeden', vindt dus geen weerklank in het geldende recht.⁴⁵⁾ Ons aansprakelijkheidsrecht kent als uitgangspunt dat meerdere personen jegens de benadeelde volledig aansprakelijk kunnen zijn voor dezelfde schade, als maar voor ieder van hen aan de geldende aansprakelijkheidsvoorwaarden is voldaan. De vraag of een primaire partij een groter veroorzakingsaandeel in de schade heeft dan de secundaire partij, zou dus geen rol mogen spelen bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht als een van de aansprakelijkheidsvoorwaarden.⁴⁶⁾ In het verlengde daarvan dient ook bedacht te worden dat het Nederlands hoofdelijkheidssysteem meebrengt dat de relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij pas een rol zou mogen spelen in hun onderlinge regresverhouding, en dus niet óók al verdisconteerd kan worden in een (strengere of restrictievere) toetsing van de zorgplichtschending van de secundaire partij ten opzichte van de benadeelde in de vestigingsfase.

Los van het antwoord op de vraag of het huidige aansprakelijkheidsrecht een dergelijke terughoudende beoordeling of categorische afwijzing van secundaire zorgplichten toelaat, kan ook de vraag worden opgeworpen in hoeverre het wenselijk is om reeds in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid de spreekwoordelijke deur (sneller) dicht te gooien en de secundaire partij zodoende (sneller) aan haar aansprakelijkheid (verantwoordelijkheid) te laten 'ontsnappen'. De secundaire partij kan immers, en geheel los van de zorgplichtschending van de primaire partij, het verwijt worden gemaakt dat zij onvoldoende toezicht heeft gehouden of onvoldoende voorzorgsmaatregelen heeft getroffen en dat daardoor de primaire partij schadeveroorzakend heeft kunnen handelen. Is het dan wel terecht om de secundaire partij per definitie te (dis) kwalificeren als de 'niet echte dader',⁴⁷⁾ als blijkt dat juist door haar (nalatig) handelen de primaire partij de ruimte en gelegenheid kreeg om zich (opzettelijk of onopzettelijk) 'schadeveroorzakend' te gaan gedragen?⁴⁸⁾ Dat antwoord luidt in mijn optiek ontkennend: óók vanuit dit perspectief is een principieel terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht dus ongewenst.

5. Tussenconclusie

De bezwaren tegen (toenemende) secundaire aansprakelijkheden (§ 3) kunnen in de vestigingsfase niet op een genuanceerde manier verdisconteerd worden, nu de daarbij aangelegde zorgplichttoets tot een 'alles-of-niets'-antwoord leidt. De precieze intensiteit van het verwijt en de daarmee samenhangende voorzienbaarheid worden na de toetsing van de zorgplichtschending (aan de hand van de *Kelderluik*-factoren) niet in het aansprakelijkheidsantwoord verstaald: ook een *bepaalde* mate van verwijtbaar-

heid leidt in de relatie tot de benadeelde tot de vestiging van de volledige aansprakelijkheid ('alles'). In het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem wordt dit verstrekkende gevolg van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de volledige schadelast – in de regresrelatie met de veelal insolvente primaire partij feitelijk niet gecorrigeerd of verdeeld naar het specifieke aandeel dat beide partijen in de veroorzaking van de totale schade hebben gehad. Het vestigen van de aansprakelijkheid kan voor een secundaire partij zodoende tot grote, en misschien wel onbillijke gevolgen leiden.

Een en ander leidde tot de vraag of de huidige terughoudende secundaire zorgplichttoets terecht is, althans of een dergelijke (principiële) voorzichtigheid in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid gewenst is, om zo aan de geschetste bezwaren tegemoet te komen. Deze vraag werd in § 4 ontkennend beantwoord, omdat een principiële terughoudende toetsing niet te verenigen is met de regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Gezien het zelfstandige karakter van het verwijt dat de secundaire partij treft, is het bovendien moreel niet steeds gerechtvaardigd om de secundaire partij (volledig, en ten koste van het slachtoffer) uit de wind te houden.

Kortom, het huidige systeem biedt geen bevredigende uitkomst in die gevallen waarin de geschetste bezwaren aan de volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid ('alles') in de weg staan, terwijl een volledige afwijzing ('niets') ook onwenselijk is. 'Alles-of-niets' doet dan geen recht aan het specifieke verwijt dat de secundaire partij treft. Een genuanceerder antwoord op de veelal complexe secundaire aansprakelijkheidsvragen is daarom geboden.

6. Partiële aansprakelijkheid als 'alternatieve omgangswijze'

6.1. Inleiding

In het onderzoek zijn de mogelijkheden bekeken om de geconstateerde bezwaren die tegen (gehele) toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid pleiten, op een genuanceerde en representatieve wijze in de feitelijke schadelast van de secundaire partij te verdisconteren. Daartoe is allereerst de mogelijkheid onderzocht om de secundaire aansprakelijkheid te reguleren met de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW, zoals deze in de omvangsfase aan de orde komt.⁴⁹ Om op een meer representatieve wijze dan alleen op schadepostniveau te kunnen toerekenen, is – geïnspireerd door het Amerikaanse recht – vervolgens partiële aansprakelijkheid als alternatieve rechtsfiguur voor het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem geïntroduceerd. Deze rechtsfiguur komt in de toedelingsfase aan de orde.⁵⁰

In het vervolg van deze bijdrage worden de belangrijkste redenen voor de introductie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht geschetst.⁵¹ Voor de beantwoording van de vervolgens rijzende (praktische) vragen – hoe dienen de voorwaarden bepaald en geconcretiseerd te worden, is een open norm niet bezwaarlijk, en hoe dient de partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse rechtssysteem dan precies te worden geïncorporeerd? – zij verwezen naar hoofdstuk 8, par. 5.3.5 en 5.3.6 van het proefschrift.

6.2. De introductie van partiële aansprakelijkheid

In het onderzoek is, geïnspireerd op de Amerikaanse rechtsfiguur van de 'several liability',⁵² een partieel systeem ontwikkeld en bepleit. In een dergelijk systeem is elke partij (primaair/secundair) aansprakelijk voor dat deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade (het 'veroorzakingsaandeel'), en zijn partijen dus niet samen (hoofdelijk) tot vergoeding van de gehele schade gehouden.⁵³ Het gevolg daarvan is dat, als de primaire partij insolvent of onvindbaar is, de schadelast niet voor een groter deel op de secundaire partij komt te rusten dan het deel waarvoor zij verantwoordelijk is.

In het onderzoek is betoogd dat een partieel systeem naast het huidige hoofdelijkheidssysteem in het Nederlandse recht het genuanceerde antwoord biedt waar de complexiteit van de secundaire aansprakelijkheid om vraagt. De toepassing van partiële aansprakelijkheid wordt meer in het bijzonder bepleit in de gevallen waarin de secundaire partij 'een beperkt verwijt' treft.⁵⁴ Het gaat dus in feite om een uitzondering op het bestaande hoofdelijkheidssysteem.

6.3. Het doel en de noodzaak van een partieel systeem

De belangrijkste reden voor de introductie van de (variant op de Amerikaanse) partiële aansprakelijkheid in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, is daarin gelegen dat de geconstateerde bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid op die manier op een nauwkeurige wijze vertaald kunnen worden in de toedeling van de feitelijke schadelast van de secundaire partij. In de begroting van het veroorzakingsaandeel waarvoor de secundaire partij uiteindelijk verantwoordelijkheid draagt, kunnen alle relevante omstandigheden, zoals de gebrekkige voorzienbaarheid van de schade, worden meegenomen. Op deze wijze kan in de toedelingsfase in de relatie tussen de secundaire partij en de benadeelde een genuanceerder en representatiever aansprakelijkheidsantwoord worden gegeven (0% tot 100%) dan dat in de vestigingsfase (0% of 100%) of met toepassing van art. 6:98 BW in de omvangsfase (schadepost A of schadepost B) kan.⁵⁵ Kortom, en daarin ligt de essentie: met een partieel systeem kan (wel)

hen aan den Rijn, in welke kwesties door verschillende instanties werd geoordeeld dat de betrokken secundaire partijen écht steken hebben laten vallen of misschien zelfs wel grote fouten hebben gemaakt.

49. In hoofdstuk 8, par. 5.2 van het proefschrift wordt de, in mijn optiek, wenselijke accentverschuiving besproken van (een terughoudende in) de vestigingsfase naar regulering van de secundaire aansprakelijkheid in de omvangsfase door middel van art. 6:98 BW. In dit onderdeel van het proefschrift wordt ook toegelicht waarom dit een goede, maar wel eerste stap is. Toepassing van art. 6:98 BW resulteert immers niet in een nauwkeurige en representatieve vertaling van de schadelast in die zin dat de secundaire partij precies dat deel van de schade (0% - 100%) dient te vergoeden dat zij heeft veroorzaakt, terwijl die behoefte wel kan bestaan in de veelvoorkomende gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft en er slechts één of enkele grote schadeposten worden gevorderd. Deze (grote) schadepost komt na toerekening vervolgens alsnog geheel voor rekening van de secundaire partij als de primaire partij insolvent is.
50. Teneinde het verschil tussen de volgorde van de verschillende omgangswijzen duidelijk te kunnen weergeven, wordt in het onderzoek onderscheid gemaakt tussen de vestigingsfase (art. 6:162 BW), de omvangsfase (art. 6:98 BW) en de door mij genoemde toedelingsfase (art. 6:102 BW) van het aansprakelijkheidsrecht, in welke laatste fase de toedeling of verdeling van de feitelijke schadelast wordt bepaald. Ik ben mij bij het maken van dat onderscheid terdege bewust van het feit dat ook wel wordt bepleit dat art. 6:98 BW onderdeel is van de vestigingsfase. Zie hierover hoofdstuk 2, par. 4.1 van het proefschrift.
51. Het vervolg van deze bijdrage betreft een samenvatting van hoofdstuk 8, par. 5.3 van het proefschrift. Voor een bespreking van het volledige betoog, voorbeelden, nuances, voor- en tegenstanders van partiële aansprakelijkheid en de praktische complicaties van de incorporatie van een dergelijk systeem in het Nederlandse recht, zij verwezen naar de voornoemde par.
52. Als de (secundaire) partij 'severally liable' wordt gehouden, dan is zij aansprakelijk voor het eigen 'aandeel' in de veroorzaking van de schade. Het gaat daarbij om wat ook wel een 'proportionate liability' wordt genoemd: het slachtoffer mag de aansprakelijke partij slechts aanspreken voor dat deel van de schade dat de (secundaire) partij heeft veroorzaakt, en zal zich voor het verhaal van het overige deel moeten richten tot de andere aansprakelijke partij(en). Zie over de nadere uitwerking van de 'several liability' en de tegenhanger van de 'joint and several liability' (hoofdelijke aansprakelijkheid) in het Amerikaanse recht, evenals de nuances op statelijk niveau, hoofdstuk 7, par. 3.4.2 van het proefschrift.
53. Van Boom 1997, p. 139; V.E. Schwartz, K. Kelly & D.F. Partlett, *Prosser, Wade, and Schwartz's Torts cases and materials* (University Casebook Series), St. Paul, Minnesota: West Academic Publishing 2015, p. 393-395.
54. In deze bijdrage wordt niet nader ingegaan op het antwoord op de vraag wanneer een 'beperkt verwijt' sprake is, evenals op de bezwaarlijkheid van een dergelijke open norm als toetsingskader voor de partiële aansprakelijkheid. Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 8, par. 5.3 van het proefschrift.

recht worden gedaan aan de specifieke bezwaren die enerzijds tegen volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid ('alles') bestaan en aan de argumenten die anderzijds tegen een terughoudendheid of afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid ('niets') pleiten.

Bovendien zal in een partieel systeem geen of minder noodzaak bestaan om de secundaire zorgplicht principieel terughoudend te toetsen, dan wel om de secundaire aansprakelijkheid categorisch af te wijzen.⁵⁶ Het potentiële, verstrekkende gevolg van de vestiging van een secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de volledige schadelast – kan door de rechter in de toedelingsfase immers worden ondervangen door de feitelijke schadelast te corrigeren naar het specifieke veroorzakingsaandeel van de secundaire partij. De secundaire partij die een beperkt verwijt treft, draait zodoende niet op voor een groter deel van de schade dan het (beperkte) deel dat zij heeft veroorzaakt. Dat er in die gevallen bij de rechter geen of minder behoefte tot voorzichtigheid of afwijzing in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheden zal bestaan, kan (juist) ook de belangen van het slachtoffer dienen. Uiteindelijk geldt immers dat 'full compensation' een nastrevenswaardig beginsel van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is⁵⁷, maar 'proportionate responsibility' evengoed⁵⁸, zeker als het alternatief 'no compensation' is.⁵⁹

Praktijkvoorbeelden

Zoals in hoofdstuk 3 van het proefschrift aan de orde komt, geldt dat de rechter tot op heden geen aansprakelijkheid van scholen wegens pestgedrag van leerlingen heeft aangenomen.⁶⁰ Hier wordt een ingewikkelde kwestie geraakt: de invloed van scholen op pestgedrag van haar leerlingen is beperkt. Desondanks zijn er wel uitspraken waarin 'een fout' van de school is aan te wijzen die in enig causaal verband staat tot de schade.

Ter illustratie wijs ik in de eerste plaats op een uitspraak waarin een school aansprakelijk werd gesteld voor de schade die een jongen had geleden, nadat hij – na afloop van een schoolreisje naar een pretpark – was mishandeld door leerlingen van die school.⁶¹ Het ging hier om een school voor leerlingen 'met gedragsproblemen, die moeilijkheden hebben met leren en moeilijk opvoedbaar zijn'. De Rechtbank Midden-Nederland wees de aansprakelijkheid van deze school af, met als belangrijkste argument dat het voor de docenten niet voorzienbaar was dat de leerlingen iemand zouden mishandelen (r.o. 4.5). De docenten, en daarmee de school, viel volgens de rechtbank echter wel 'een verwijt' te maken. Zo was het vertrek uit het park niet erg strak gecoördineerd, waren de docenten beduidend later op de parkeerplaats aanwezig dan het verzameltijdstip en hadden zij geen verdere actie ondernomen toen zij wisten dat twee leerlingen vooruit waren gelopen (r.o. 4.3 en 4.4).

In de tweede plaats zij gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Arnhem, waarin een school secundair aansprakelijk werd gesteld, omdat zij (achteraf gezien waarschijnlijk onjuiste) roddels van andere ouders over afwijkend seksueel gedrag van een kleuter op een dermate wijze had opgepakt dat er veel commotie (ook in de pers) ontstond.⁶² De ouders van deze kleuter voelden zich daardoor genoodzaakt om te verhuizen. Ondanks het feit dat de rechtbank in r.o. 3.7 expliciet overwoog dat het handelen van de school 'geen schoonheidsprijs verdiende', was het handelen van de school – waar volgens de rechtbank bovendien 'het nodige op aan te merken' viel (r.o. 3.7) – voor de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid niet onrechtmatig 'genoeg', zo bleek uit de afwijzing van de aansprakelijkheid van de school in kwestie.

In gelijke zin kan – in de derde plaats – gewezen worden op de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem, waarin de aansprakelijkheid van een school voor pestgedrag van haar leerlingen werd afgewezen, ondanks het feit dat 'het de voorkeur had verdiend eerder een pestbeleid te ontwikkelen' en 'het wellicht had geschort aan de communicatie met de ouders' (r.o. 2.7).⁶³

In een partieel systeem is denkbaar dat de rechter de in de voornoemde uitspraken wel vastgestelde fouten – respectievelijk het niet opvolgen van eigen afspraken, het niet adequaat handelen of ingrijpen en het niet opstellen van pestbeleid – 'voldoende' acht voor de vestiging van aansprakelijkheid, maar als beperkt kwalificeert. Zodoende kan partiële aansprakelijkheid ook een alternatief bieden voor deze afwijzende lijn in de huidige rechtspraak, door in uitspraken als de voornoemde een meer genuanceerd oordeel te geven waarin het specifieke verwijt van de school tot uitdrukking wordt gebracht, zonder – zoals de slotsom in deze uitspraken luidde – de fouten wel te erkennen, maar de secundaire aansprakelijkheid desondanks volledig af te wijzen.

Concluderend geldt dat de secundaire aansprakelijkheid met de introductie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht beter beheersbaar wordt. De rechter heeft in een partieel systeem immers meer 'grip' op de secundaire aansprakelijkheid en de daadwerkelijke omvang ervan, waardoor de geschetste angsten dat het hek met toewijzing van dergelijke aansprakelijkheden van de dam zou zijn, althans de geest uit de fles zou raken, ook minder reëel zijn. Een partieel toedelingsstelsel kan bovendien een goede 'incentive' voor het slachtoffer vormen om zich niet te gemakkelijk tot enkel de secundaire partij als liquide partij te wenden en ook de verhaalsmogelijkheden met betrekking tot de primaire partij uit te putten, terwijl de (preventieve) prikkel voor de secundaire partij om adequaat toezicht te houden, in dit systeem behouden blijft.⁶⁴

55. Met dien verstande dat ik met de introductie van partiële aansprakelijkheid nadrukkelijk niet bepleit dat art. 6:98 BW in secundaire aansprakelijkheidsprocedures buiten toepassing dient te blijven. Zie hierover hoofdstuk 8, par. 5.4. Ook geldt dat figuren als mitigatie (art. 6:109 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW, maar ook in de context van art. 6:102 lid 2 BW) in het proefschrift grotendeels buiten beschouwing zijn gelaten. Zie over de redenen daarvoor hoofdstuk 2, par. 4.1 van het proefschrift.
56. Zie nader over de(z) relatie tussen deze terughoudendheid en de consequenties van het hoofdelijkheidsstelsel hoofdstuk 8, par. 3.4 en 5.3.2 van het proefschrift, evenals Verheij 2019, p. 91.
57. Vgl. HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*), waarin de Hoge Raad de aansprakelijkheid voor het geheel in deze uitspraak in het teken zet van het beginsel van 'full compensation': de benadeelde dient zoveel als mogelijk schadeloos gesteld te worden. Vgl. Van Boom 1997, p. 149.
58. Want, aldus de rechtvaardiging van proportionaliteitsdenken volgens Tjong Tjin Tai, 'het gelijke moet gelijk behandeld worden, het ongelijke ongelijk'. Zie I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenisrecht. Een rechtsgeleerde dialoog. Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 3.
59. Vgl. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 1997, p. 109, die bij de bespreking van de mogelijkheid van kansschade (en dus in de context van causaliteitsonzekerheid), in dezelfde lijn opmerkt: 'De alles-of-niets benadering laat de benadeelde dan mogelijk met lege handen staan, terwijl de waardering op geld van kansen in elk geval een vergoedbare schade oplevert.'
60. Zie over deze terughoudendheid uitgebreid hoofdstuk 3, par. 5.3.3 en par. 6.2. Vgl. B.M. Pajjmans, 'Kroniek: aansprakelijkheidsrecht – de jongste loot aan de stam van de kronieken', *School & Wet* 2019, afl. 2, p. 24.
61. Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3230.
62. Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AUS344.
63. Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF541.
64. Ik sluit mij in die zin aan bij Busch 2011, p. 70: 'Al zou het civiele aansprakelijkheidsrecht de enige althans een belangrijke prikkel voor de toezichthouder zijn om adequaat toezicht te houden, dan blijft deze prikkel in de proportionele benadering bestaan, aangezien een toezichthouder op voorhand natuurlijk niet weet of de rechter zal kiezen voor aansprakelijkheid voor het geheel of een vorm van proportionele aansprakelijkheid.'

6.4. De handhaving van óók het hoofdelijkheidssysteem

In het onderhavige onderzoek is bovendien bepleit dat het wenselijk en noodzakelijk is om het huidige hoofdelijkheidssysteem van art. 6:102 BW (als hoofdregel) te handhaven in de gevallen waarin de secundaire partij *geen* beperkt verwijt treft. Júíst door partiële aansprakelijkheid in enkel die gevallen toe te passen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, kan immers een gulden middenweg worden bereikt.

Zo is het in de eerste plaats vanuit het perspectief van het in dit onderzoek geïntroduceerde probleem – zoals samenvattend is weergegeven in § 5 van deze bijdrage – ‘niet nodig’ om, in de gevallen waarin de secundaire partij *geen* beperkt verwijt treft, heil te zoeken in partiële aansprakelijkheid. Een alternatieve omgangswijze is enkel benodigd in de gevallen waarin er bezwaren tegen de volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid bestaan – de secundaire partij treft een verwijt, maar een beperkt verwijt – terwijl de volledige afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid ook ongewenst is.⁶⁵⁾

De handhaving van het hoofdelijkheidssysteem in de gevallen waarin de secundaire partij *geen* beperkt verwijt treft, is bovendien te rechtvaardigen vanuit de perspectieven van de verantwoordelijkheid van de secundaire partij én de positie van het slachtoffer. Toepassing van het hoofdelijkheidssysteem is in het door mij voorgestelde systeem immers aan de orde in de gevallen waarin de secundaire partij écht steken heeft laten vallen of zelfs grove fouten heeft gemaakt. In die procedures zal de rechter minder snel tot (principiële) voorzichtigheid en volledige afwijzing van de aansprakelijkheid geneigd zijn en is de consequentie van het hoofdelijkheidssysteem – de secundaire partij draagt het insolventierisico van de primaire partij – wat mij betreft passend en terecht. Of andersom geredeneerd: de consequentie van een partieel systeem – het slachtoffer draagt (een deel van) het insolventierisico van de primaire partij – is in die gevallen waarin de secundaire partij een dermate grove normschending heeft begaan, ongewenst.⁶⁶⁾

7. Conclusie

Van Boom voorspelde reeds in zijn bijdrage in 1997 dat het Amerikaanse verschijnsel van de secundaire aansprakelijkheid in de toekomst óók in het Nederlandse recht van betekenis zou worden.⁶⁷⁾ Alhoewel Van Boom destijds met name dacht aan groeiende aansprakelijkheden van accountants, notarissen en financiële instellingen, blijken vandaag de dag ook scholen, sportverenigingen, zorginstellingen, winkels, restaurants en diverse soorten recreatie-

ruimten aan secundaire aansprakelijkheidsclaims onderworpen te worden.

Wat de nabije toekomst betreft, is goed denkbaar dat de coronacrisis – meer in het bijzonder: het overtreden van de coronaregels, met besmetting tot gevolg⁶⁸⁾ – vragen zal oproepen over de verantwoordelijkheden van private secundaire partijen, zoals horecagelegenheden.⁶⁹⁾ Dat er ook in de overheidssferen vraagstukken over secundaire aansprakelijkheden zullen (blijven) opspelen, ligt bovendien in de rede.⁷⁰⁾ Het is dus niet waarschijnlijk dat dit type aansprakelijkheid in de toekomst aan populariteit zal inboeten. Er zullen nieuwe schades worden veroorzaakt door insolvente primaire partijen en – in de zoektocht van benadeelden naar daadwerkelijke compensatie voor de geleden schade – zullen nieuwe secundaire partijen als verantwoordelijken worden aangewezen. Die wetenschap dwingt ons kritisch na te denken over de omgang met secundaire aansprakelijkheden in het Nederlands recht.

In deze bijdrage is beoogd de figuur van de secundaire aansprakelijkheid meer ‘handen en voeten’ te geven, inzicht te geven in de complexiteit ervan en de bezwaren ertegen. Meer in het bijzonder is betoogd dat de incorporatie van een voorwaardelijk partieel toedelingssysteem in het Nederlandse recht het genuanceerde antwoord biedt waar de complexe secundaire aansprakelijkheidsproblematiek om vraagt. De ‘Amerikaanse toestanden’ zijn wat de partiële toedelingmogelijkheden betreft dus zo gek nog niet.

65. Vgl. Busch 2011, p. 65 en 69, die ook bepleit dat de rechter de *mogelijkheid* zou moeten hebben de door hem genoemde proportionele benadering toe te passen, en dus niet *altijd*.
66. Denk bijvoorbeeld aan de normschending van de politie inzake de aansprakelijkheidsprocedure in de Alphen-kwestie. Zowel in eerste aanleg, hoger beroep als in cassatie werd immers aangenomen dat de verlening van het wapenverlof in 2008, zonder daarbij relevante informatie als de eerdere weigering van het wapenverlof in 2005 en de gedwongen opname van Tristan van der V. in het psychiatrische ziekenhuis in 2006 (en de in dat verband opgemaakte Bopz-mutatie) te betrekken, kwalificeerde als een handelen in strijd met een wettelijke plicht (WWM). De noodzaak en wenselijkheid van het (voort)bestaan van het hoofdelijkheidssysteem is er in dergelijke zaken in gelegen dat de secundaire partij (de politie) – die mijns inziens *geen* beperkt verwijt trof – de schade in het geheel dient te vergoeden. De slachtoffers worden zodoende niet met de onverhaalbaarheid van (een deel van) de schade op de primaire partij opgezadeld, omdat het hoofdelijkheidssysteem dan onverkort toepassing vindt.
67. Van Boom 1997, p. 151-152.
68. Zie hierover ook: C.C. van Dam, ‘Corona en potentiële aansprakelijkheidsclaims’, *TVP* 2020/3, p. 94.
69. Een voorbeeld is de massaclaim van honderden Nederlanders ingesteld tegen de autoriteiten in Tirol. Eén van de verwijten komt daarop neer dat de barkeeper van de drukste en bekendste après-skitent in Ischgl, Café Kitzloch, het coronavirus op 7 maart 2020 had, en een dag later het voltallige bedienend personeel ziek was. Toch sloot de Kitzloch pas op 9 maart 2020. Vgl. J. van de Hulsbeek, ‘Honderden Nederlanders sluiten zich aan bij massaclaim tegen Tirol’, *NOS* 20 april 2020. Goed denkbaar is dat deze discussies ook zullen opspelen met betrekking tot de verantwoordelijkheid van de beheerders van Nederlandse restaurants, zoals het Haagse restaurant dat in oktober 2020 in opspraak kwam door de grove schending van de coronaregels. Zie hierover onder meer M. Kraaijeveld, ‘Eigenaar Haagse horecatent na uit de hand gelopen ‘coronafeest’: ‘Ik schaam me dood’, *AD* 15 oktober 2020.
70. Gewezen zij ter illustratie op de uitspraak van het Hof Den Haag, 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 in de zogenoemde ‘Urgenda-zaak’. De Staat bezigt in deze procedure (overigens met weinig succes) het argument dat hij ‘slechts’ een zijdelingse laedens is en aansprakelijkheid daarom afgewezen zou moeten worden: ‘De Staat heeft nog aangevoerd (...) dat de Staat niet kan worden aangemerkt als de “*primaire laedens*” (aansprakelijke/veroorzaker) maar als “*zijdelingse laedens*” (...)’ (r.o. 61). Het hof overwoog echter dat deze en de andere aangevoerde argumenten niet van dien aard zijn dat zij het uitblijven van verdergaande daadwerkelijke actie rechtvaardigen. Vgl. ook het arrest HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Klimaatzaak Urgenda*), waarin de Hoge Raad het arrest van het hof bekrachtigde.