

Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel

Van toevallige medeveroorzakers, 'deep pocket defendants' en hun minimale veroorzakingsaandelen

1 Inleiding

Hoewel het niet met zoveel woorden in art. 6:102 BW staat,¹ wordt algemeen aangenomen dat zich hoofdelijke aansprakelijkheid voordoet als door de fouten (of wanprestatie) van twee of meer personen jegens een derde, een en dezelfde schade ontstaat. Dit geldt niet alleen als deze personen gezamenlijk één handeling verrichten of min of meer in samenwerking handelen, maar ook als de daden van twee of meer personen als het ware toevallig samenlopen en uitmonden in één schade.² Ik beperk mij hierna tot deze zogenaamde toevallige medeveroorzakers.

Als de benadeelde een van de medeveroorzakers aanspreekt en het staat vast dat de aangesprokene een fout heeft begaan, dat deze fout noodzakelijke voorwaarde was voor het intreden van de schade en dat de schade in redelijkheid kan worden toegerekend aan deze veroorzaker, dan heeft de benadeelde jegens de aangesprokene recht op vergoeding van zijn gehele schade. De aangesprokene kan zich niet tegen deze aansprakelijkheid voor de gehele schade verweren door er op te wijzen dat er nog meer aansprakelijke veroorzakers in het spel zijn.³ Voor zijn aansprakelijkheid voor de

* Willem van Boom is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht, Rijksuniversiteit Leiden.

1 Aldus ook A.J. Akkermans, *Veroorzaking van deelschade*, WPNR 6043 (1992), p. 251 noot 40, p. 252 noot 48, dezelfde, Oorzakelijk verband, in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BW-krant Jaarboek 1996), Deventer 1996, p. 42 en 43 en Mon. NBW B-36 (Spier) nr. 13.

2 Asser-Hartkamp I (1996) nr. 99, nr. 458. Deze regel bestaat in een of andere vorm in vrijwel alle Europese rechtsstelsels; zie C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (deel I), München 1996, nr. 51-53, 315-318. De genoemde regel is terug te voeren op het Romeinse recht; zie daarover F.K. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlijn 1851, p. 200-201 en P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e druk door F. Senn, Parijs 1929, p. 793-794.

3 Parl. Gesch. Boek 6, p. 354. Vergelijk Von Bar, a.w. (noot 2), nr. 318. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien de fout van de betreffende medeveroorzaker aan de benadeelde als

gehele schade is voldoende dat ten aanzien van hem aan de vereisten van art. 6:162 (resp. 6:74) jo. 6:98 BW is voldaan.⁴ Als vervolgens mocht blijken dat de aansprakelijkheden van de veroorzakers elkaar overlappen — dat wil zeggen: als blijkt dat zij voor dezelfde schade aansprakelijk zijn — *dan* is art. 102 van toepassing en heeft degene die de schade vergoedde in de regel een regresrecht op de andere veroorzakers naar rato van ieders aandeel in de veroorzaking van de schade.⁵

De regel dat elke toevallige medeveroorzaker jegens de benadeelde voor het geheel aansprakelijk is, heeft in ons land nooit fundamentele kritiek ontmoet.⁶ In schril contrast daarmee staat de diepgaande kritiek die recentelijk is geuit in de Verenigde Staten van Amerika en in Engeland.⁷ In Amerika heeft dit zelfs geleid tot ingrijpende hervormingen. Dit contrast is voor mij aanleiding om de Amerikaanse en Engelse ervaringen te onderwerpen aan een nader onderzoek en te toetsen aan de uitgangspunten in ons eigen rechtsstelsel. Daartoe breng ik eerst bedoelde ontwikkelingen onder de aandacht die zich (recentelijk) in de Verenigde Staten van Amerika en — in mindere mate — in Engeland hebben voorgedaan. Vervolgens confronteer ik deze ontwikkelingen met de stand van zaken naar Nederlands recht. Aansluitend zal ik de vraag stellen of ook voor ons recht hervorming in het verschiet ligt.

eigen schuld (art. 6:101 BW) kan worden toegerekend.

- 4 Zo reeds voor het oude recht HR 3 mei 1901, W 7601 (Jansen van Oist/Ariese), bevestigd in HR 18 juni 1920, WPNR 2667 (1921), nt. EMM, W 10630, nt. HdJ ('Lied der Natuur').
- 5 Vergelijk Spier, a.w. (noot 1), nr. 13-14.
- 6 Hetzelfde lijkt het geval te zijn in andere Europese landen. Oftinger-Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (deel I), Zürich 1995, § 10 nr. 11, noemt het zelfs een 'Fundamentalsatz' van het aansprakelijkheidsrecht. Zie voor een van de weinige auteurs die een andere oplossing 'geenszins onverdedigbaar' vinden: A. Wolfsbergen, WPNR 3004 (1927), p. 512, dezelfde, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946, p. 238-239.
- 7 Vergelijkbare kritiek op deze aansprakelijkheid 'in solidum' werd enige decennia geleden geuit in de Franse literatuur. De kritiek vond weinig gehoor. Zie over een en ander *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XII (Weir), § 12-80, alsmede R. Meurisse, *Le déclin de l'obligation in solidum*, Rec.D. chron. XL (1962), p. 243-245, M. Vanquickenborne, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, Brussel 1972, p. 374-375 en Starck-Roland-Boyer, *Responsabilité délictuelle*, 4e druk Parijs 1991, nr. 1262-1266, nr. 1272-1286.

2 Ontwikkelingen in de Verenigde Staten van Amerika

2.1 Opkomst en verval van de 'indivisibility' doctrine

Sinds de tweede helft van de negentiende eeuw werd langzaam gemeengoed dat toevallige medeveroorzakers 'jointly and severally' aansprakelijk, oftewel aansprakelijk voor het geheel waren indien de ontstane schade 'indivisible' was.⁸ Was 'apportionment' van de schade wel mogelijk, dan was elke veroorzaker slechts voor het door hem veroorzaakte deel aansprakelijk. De scheidslijn tussen aansprakelijkheid voor het geheel en deelaansprakelijkheid was dus gelegen in de 'indivisibility' doctrine. Die doctrine vond zijn weerslag in de eerste zogenaamde 'Restatement on Torts' (1939).⁹ In de tweede 'Restatement on Torts' (1965) wordt die lijn voortgezet: aansprakelijkheid van elke medeveroorzaker voor het geheel ('joint and several liability') bestaat als regel alleen als sprake was van een 'indivisible harm'. In geval van 'divisible harms' bestond slechts *deelaansprakelijkheid*.¹⁰ Als bijvoorbeeld twee automobilisten door onvoorzichtigheid een ongeval veroorzaken waardoor een derde gewond raakt, dan is het een feitelijke kwestie of sprake is van deelbare of ondeelbare schade. Zou bijvoorbeeld de ene automobilist over een been rijden en de andere over een arm, dan is de facto afzonderlijk letsel toegebracht, hoe moeilijk het ook moge zijn om de herstelkosten afzonderlijk toe te rekenen aan de verschillende oorzaken.¹¹ Heeft het ongeval de dood ten gevolge, dan wordt van een ondeelbare schade gesproken.¹²

De idee van ondeelbaarheid van schade heeft decennia lang een centrale plaats ingenomen in het schadevergoedingsrecht van de verschillende staten: de personen wier 'negligence' een 'proximate cause' was voor de ondeelbare schade van de benadeelde, konden elk niet anders dan voor de gehele schade aansprakelijk zijn, omdat nu eenmaal geen 'apportionment of harm' kon

8 Over de historische ontwikkelingen op dit punt, zie men Leonard Charles Schwartz, *The myth of nonapportionment among tortfeasors under traditional tort law and its significance for modern comparative fault*, 19 Northern Kentucky L.Rev. (1991), p. 83 e.v. Vergelijk John W. Wade, *Should joint and several liability of multiple tortfeasors be abolished?*, 10 Am.J. of Trial Advocacy (1986), p. 194-197 en Paul Bargren, *Joint and several liability: protection for the plaintiffs*, Wisconsin L.Rev. 1994, p. 455.

9 Schwartz, a.w. (noot 8), p. 90 e.v.

10 Zie resp. § 875, 879, 881 en 433a Rest. 2d Torts. Vergelijk *Mitchell v. Volkswagenwerk AG*, 669 F.2d 1199 (U.S. Ct.App. 8th Cir. 1982).

11 Commentaar op § 433a ss. 1 (ad b.) Rest. 2d Torts.

12 Zie W. Prosser, W. Keeton, *Prosser and Keeton on Torts*, 5e druk St. Paul 1984, § 52, alsmede alsmede Weir, a.w. (noot 7), § 12-83.

worden gemaakt.¹³ Deze ondeelbaarheid had in het recht van de meeste staten ook gevolgen voor de verdeling van de schade tussen de aansprakelijken onderling. Sommige staten ontkenden elk recht van regres,¹⁴ andere staten kwamen niet verder dan regres naar gelijke delen (wat de Duitsers zo mooi 'Kopfteile' noemen).¹⁵ De verdeling van de schade tussen de aansprakelijken onderling in (ongelijke) *aandelen* in de veroorzaking van de (ondeelbare) schade werd lange tijd in geen enkele staat toegepast. Een dergelijke verdeling kwam pas in zwang toen ook de 'contributory negligence' doctrine ten grave was gedragen. Deze doctrine hield in dat eigen schuld van de benadeelde zijn schadevergoedingsactie jegens de aansprakelijke volledig blokkeerde; de gedachte was dat, nu de schade van de benadeelde ondeelbaar was, er geen plaats was voor verdeling van de schadelast en de vordering dus volledig moest worden ontzegd.¹⁶ Toen deze ondeelbaarheidsdoctrine bij eigen schuld eenmaal werd verlaten, achtte men het algemeen ook mogelijk de ondeelbare schade tussen meerdere aansprakelijken onderling in (ongelijke) aandelen te splitsen.¹⁷

13 Zie over de 'indivisibility' doctrine bijv. Mike Steenson, *Recent legislative responses to the rule of joint and several liability*, 23 *Tort & Insurance L.J.* (1987-88), p. 483, M. Kevin Queenan, *Civil Code Article 2324: a broken path to limited solidary liability*, 49 *Louisiana L.Rev.* (1989), p. 1362 e.v., Carol A. Mutter, *Moving to comparative negligence in an era of tort reform: decisions for Tennessee*, 57 *Tennessee L.Rev.* (1990), p. 204, Bryan Harnetiaux, *RCW 4.22.070, joint and several liability, and the indivisibility of harm*, 27 *Gonzaga L.Rev.* (1991/92), p. 196 e.v., Julie O'Daniel McClellan, *Apportioning Liability to Nonparties in Kentucky Tort Actions: A Natural Extension of Comparative Fault or a Phantom Scapegoat for Negligent Defendants?*, 82 *Kentucky L.J.* (1994), p. 790, Thomas C. Galligan Jr., *Article 2324: the discombobulating State of solidarity in post Tort Reform Louisiana*, 54 *Louisiana L.Rev.* (1994), p. 551 e.v.

14 In Arizona bijvoorbeeld, bestond tot 1984 geen regresrecht voor 'joint and several tortfeasors'. Zie Kelly Catherine Myers, *Tort 'Reform' in Arizona: an analysis of the demise of joint and several liability*, 35 *Arizona L.Rev.* (1993), p. 721-722. Uit het overzicht dat Jean Macchiaroli Eggen, *Understanding State contribution Laws and their Effect on the Settlement of Mass Tort Actions*, 73 *Texas L.Rev.* (1995), p. 1750, geeft, blijkt dat inmiddels alle staten die ongewijzigde 'joint and several liability' kennen, ook een regresrecht toekennen ingeval van toevallige medeveroorzaking.

15 Dan B. Dobbs, *Torts and Compensation*, 2e druk St. Paul 1993, p. 737.

16 Dit hing deels samen met de zogenaamde 'clean hands'-doctrine; zie Charles O. Gregory, *Legislative loss distribution in negligence actions*, Chicago 1936, p. 49, John G. Fleming, *Report to the Joint Committee of the California Legislature on Tort Liability on the problems associated with American Motorcycle Association v. Superior Court*, 30 *Hastings L.J.* (1979), p. 1485, Jordan H. Leibman, *Comparative Contribution and intentional torts: a remaining roadblock to damages apportionment*, 30 *American Business L.J.* (1992), p. 678, noot 2 en Prosser & Keeton, a.w. (noot 12), § 65. Zie voor mogelijke andere verklaringen Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 206 e.v. en Ernest M. Jones, *Contribution among tortfeasors*, 11 *U. of Florida L.Rev.* (1958), p. 178-182.

17 Zie bijv. Galligan, t.a.p. (noot 13), p. 553-555 voor een beschrijving van de wettelijke overstap van regres 'per capita' naar regres naar de mate van 'fault'. Zie in het algemeen Victor E. Schwartz, *Comparative Negligence*, Charlottesville 3e druk 1994, § 16-1 en 16-2.

Sommige rechters meenden dat na het inruilen van de 'contributory negligence' doctrine voor een verdeling van de schade tussen aansprakelijke en benadeelde, ook een streep gezet kon worden door de 'joint and several liability'. De ondeelbaarheid van de schade kon niet langer als rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid voor het geheel gelden, en dus moest 'joint and several liability' plaats maken voor wat ik zal noemen proportionele aansprakelijkheid: aansprakelijkheid van elke medeveroorzaker voor dat deel van de ondeelbare schade dat een weerspiegeling was van zijn aandeel in de veroorzaking van die totale schade.¹⁸ In de meeste staten ging men echter niet onmiddellijk zo ver en werd de aansprakelijkheid voor het geheel vooralsnog gehandhaafd.¹⁹

2.2 *De 'tort reform'*

In het begin van de tachtiger jaren kwam daar echter drastisch verandering in. In die tijd deed zich de zogenaamde 'tort (insurance) crisis' voor. Even afgezien van de vraag of er werkelijk een crisis in het aansprakelijkheidsrecht gaande was of dat Amerikaanse verzekeraars de problemen goeddeels aan hun bedrijfsvoering te danken hadden,²⁰ feit was dat in menige staat grote politieke druk ontstond om 'joint and several liability' af te schaffen of af te zwakken.²¹ Deze roep om hervorming werd voornamelijk gevoed door rechtspraak waarin zogenaamde 'peripheral tortfeasors' voor de volledige schade aansprakelijk werden gehouden, hoewel het aandeel van deze tortfeasors in de veroorzaking minimaal te noemen was.

18 *Brown v. Keill*, 580 P.2d 867 (Kansas Supr. Ct. 1978), besproken door Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 313, *Bartlett v. New Mexico Welding Supply*, 646 P.2d 579 (New Mexico Ct. App. 1982), besproken door bijvoorbeeld Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 266, Bargren, t.a.p. (noot 8), p. 468; zie ook de Amerikaanse rechtspraak besproken in het rapport *Feasibility Investigation of Joint and Several Liability*, Common Law Team of the Law Commission, Londen 1996, p. 59-60 alsmede Richard W. Wright, *The logic and fairness of joint and several liability*, 23 *Memphis State University L.Rev.* (1992), p. 45 e.v. Vergelijk John M. Rogers, *Apportionment in Kentucky after comparative negligence*, 75 *Kentucky L.J.* (1986), p. 103, Damon Ball, *A reexamination of joint and several liability under a comparative negligence system*, 18 *St. Mary's L. J.* (1987), p. 896 e.v. en Thomas J. McLaughlin, Bradley L. Fisher, *Apportioning the 'indivisible': comparative liability*, 27 *Gonzaga L.Rev.* (1991/92), p. 211-212.

19 Zie bijvoorbeeld *American Motorcycle Association v. Superior Court*, 578 P.2d 899 (California Supr. Ct. 1978), waarover Fleming, t.a.p. (noot 16), p. 1480 e.v. Vergelijk Schwartz, a.w. (noot 17), § 15-4, en Ball, t.a.p. (noot 18), p. 896.

20 Zie daarover F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht?*, diss. VU Amsterdam 1996, p. 437 e.v.

21 Voor een kritische analyse van deze politieke beweging zie men Richard W. Wright, *Allocating liability among multiple responsible causes: a principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure*, 21 *U.C. Davis L.Rev.* (1988), p. 1147 e.v.

Kenmerkend voor deze 'peripheral tortfeasors' was dat ze veelal door weinig coulante jury's aansprakelijk werden geacht wegens nalatigheid, dat hun aandeel in de schadeveroorzaking minimaal was en zij door een verzekeringsdekking vrijwel altijd voldoende solvent waren om het volledige schadebedrag op te hoesten. Zij werden al snel 'deep pocket defendants' genoemd. De aansprakelijke persoon die het leeuwendeel van de schade had veroorzaakt, bleek veelal onvindbaar of insolvent. Het resultaat was dat de 'peripheral tortfeasor' die bijvoorbeeld slechts één procent aandeel in de veroorzaking van de schade had gehad, moest opdraaien voor de volle honderd procent. Regres op de 'echte' dader, de 'primaire' veroorzaker, was vaak illusoir. Dit weerhield jury's er vrijwel nooit van om de 'deep pocket defendant' mede-aansprakelijk te achten.²²

Voorbeelden van deze 'peripheral tortfeasors' zijn verhuurders van appartementen en hotelexploitanten die aansprakelijk werden geacht wegens het onvoldoende treffen van veiligheidsmaatregelen tegen inbraak, insluiping en verkrachting en cafébazen die aansprakelijk waren omdat zij niet hadden voorkomen dat hun klanten dronken werden om vervolgens verkeersongevallen te veroorzaken.²³ Andere 'deep pocket defendants' waren met name overheidsinstellingen, grote bedrijven en beroepsbeoefenaren. Een ongeknipt hegje dat het zicht benam op een kruising gaf aanleiding tot volledige aansprakelijkheid van een gemeente jegens de benadeelde, toen deze door een dronken en insolvente 'primaire' aansprakelijke werd aangereden.²⁴ Accountants die door nalatigheid bepaalde malversaties in de administratie over het hoofd zagen, werden samen met de betreffende oplichter aansprakelijk gehouden voor de gehele schade. De oplichter bood vrijwel nooit (volledig) verhaal, zodat de accountant structureel meer schade moest dragen dan zijn aandeel in de veroorzaking ervan.²⁵ Maar ook een pretpark dat één procent veroorzakingsaandeel had in het letsel van een bezoeker die door haar verloofde nogal ruw werd aangestoten in een botsauto-attractie, moest vrijwel de gehele schade vergoeden.²⁶

22 Zie over mogelijke 'jury bias' ten opzichte van 'deep pocket defendants' Nancy L. Manzer, *1986 Tort reform legislation: a systematic evaluation of caps on damages and limitations on joint and several liability*, 73 Cornell L.Rev. (1988), p. 646.

23 Zie Leibman, t.a.p. (noot 16), p. 680.

24 *Sills v. City of Los Angeles*, aangehaald door Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 308.

25 Zie McLaughlin en Fisher, t.a.p. (noot 18), p. 208, alsmede *Gehres v. City of Phoenix*, 753 P.2d 174 (Arizona Ct. App. 1987), waarover Myers, t.a.p. (noot 14), p. 725.

26 *Walt Disney World Co. v. Wood*, 489 So.2d 61 (Florida Ct. App. 4th District 1986), waarover bijv. McClellan, t.a.p. (noot 13), p. 789. Het pretpark moet de benadeelde 86% van de schade vergoeden, te weten onder aftrek van 14% eigen schuld.

De aansprakelijkheid van deze ‘deep pocket defendants’ voor het geheel van de schade betekende in de praktijk vaak dat zij de gehele schade moesten dragen omdat de veroorzaker met het grootste aandeel in de schade onvindbaar of insolvent bleek. Aldus beschouwd fungeert de ‘deep pocket defendant’ als ‘verzekeraar’ van de benadeelde, om hem te beschermen tegen onvindbaarheid of insolventie van de ‘primaire’ veroorzaker.²⁷ Dit was, zo beweerde men, een belangrijke oorzaak van de ‘tort crisis’; aangezien ‘deep pocket defendants’ structureel meer schade moesten vergoeden en dragen dan waarvoor zij verantwoordelijk waren, werd hun aansprakelijkheid allengs onverzekerbaar.²⁸ In de meeste staten werden in de jaren tachtig wettelijke maatregelen afgekondigd om de crisis af te wenden; van die maatregelen maakte steevast hervorming van de ‘joint and several liability’ deel uit. Uiteindelijk bleef ‘joint and several liability’ slechts in een handjevol staten ongewijzigd in stand.²⁹

2.3 *‘Joint and several liability’ versus ‘proportionate liability’*

In het debat over de wenselijkheid van enige vorm van proportionele aansprakelijkheid, evenredig aan het aandeel in de veroorzaking van de schade, wordt vrijwel steeds het voorbeeld aangehaald van een medeveroorzaker die, alhoewel slechts verantwoordelijk voor één procent van de schade, voor de volle honderd procent aangesproken kan worden. Tegenstanders van ‘joint and several liability’ menen dat hieruit blijkt dat bijvoorbeeld ‘minimale’ medeveroorzakers als het ware aansprakelijk zijn voor de daden van anderen.

De verdedigers van ‘joint and several liability’ brengen naar voren dat dit een onjuiste voorstelling van zaken is. Ten aanzien van de betreffende veroorzaker moet namelijk worden vastgesteld dat zijn onzorgvuldig gedrag in voldoende causaal verband staat tot de ingetreden schade. De gehanteerde causaliteitsleer van de ‘proximate cause’ leidt wat dit betreft tot resultaten die vergelijkbaar zijn met de toerekeningsleer van art. 6:98 BW. Aldus staat vast dat deze veroorzaker voor de gehele schade aansprakelijk is en dus voor honderd procent kan worden aangesproken.

27 Bargren, t.a.p. (noot 8), p. 454.

28 Zie John Scott Hickman, *Efficiency, Fairness and Common Sense: the case for one action as to percentage of fault in comparative negligence jurisdictions that have abolished or modified joint and several liability*, 48 *Vanderbilt L.Rev.* (1995), p. 747.

29 Zie bijv. het overzicht bij Eggen, t.a.p. (noot 14), p. 1750, waaruit blijkt dat in 1995 de ‘joint and several liability’ in 14 jurisdicties onverkort van kracht was.

Daar werd echter tegenin gebracht dat het inmiddels gemeengoed is in regresprocedures de schade tussen de aansprakelijken onderling te verdelen in veroorzakingsaandelen;³⁰ daar blijkt een verdeling dus heel wel mogelijk te zijn. De ondeelbaarheid van de schade kan daarom niet langer de ratio zijn van 'joint and several liability'; de volledige toerekening van de gehele schade aan elke aansprakelijke individueel moet dus elders zijn rechtvaardiging vinden. De tegenwerping dat de regels van causaliteit nu eenmaal een volledige toerekening van de gehele schade aan elk van de medeveroorzakers tengevolge hebben,³¹ volstaat niet. Het is namelijk juist die volledige toerekening die men ter discussie stelt, zodra men afschaffing van 'joint and several liability' overweegt.

De voorstanders van 'joint and several liability' hebben er daarom nader op gewezen dat een van de belangrijkste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht dat van 'full compensation' is. De benadeelde moet volledig schadeloos worden gesteld; zou elke medeveroorzaker slechts voor zijn aandeel in de schade aansprakelijk zijn, dan is de kans aanwezig dat de benadeelde niet zijn gehele schade kan verhalen als een van de medeveroorzakers onvindbaar of insolvent blijkt te zijn. Bovendien zou de benadeelde steeds terugkerende kosten moeten maken om elk van de medeveroorzakers tot betaling van zijn aandeel in de schade te bewegen. Het beginsel van 'full compensation' zou dus rechtvaardiging zijn om het onvindbaarheids- en insolventierisico volledig bij de aansprakelijken neer te leggen.³²

Tegenover het beginsel van 'full compensation' wordt wel gesteld het uitgangspunt van 'proportionate responsibility', dat er kort gezegd toe zou nopen dat elke persoon slechts aansprakelijk behoort te zijn in evenredigheid met zijn daden of zijn 'fault'. Het is juist deze evenredigheid die — zo wordt wel beweerd — ontbreekt bij volledige toerekening van de gehele schade aan elk van de medeveroorzakers.³³

30 Voor het gemak laat ik in het midden of de maatstaf hier de mate van veroorzakingsaandeel of de mate van 'fault' is; voor het betoog is het niet relevant.

31 Op dit argument wordt zwaar geleund door Wright, t.a.p. (noot 18) en Wade, t.a.p. (noot 8), p. 203.

32 Zie *Seattle First National Bank v. Shoreline Concrete Co.*, 588 P.2d 1308 (Wash. Supr. Ct. 1978), waarover bijvoorbeeld Steenson, t.a.p. (noot 13), p. 483-484, Harnetiaux, t.a.p. (noot 13), p. 196-197, Chris J. Leblanc, *Solidary Liability in Louisiana Tort law, Article 2324: Amendments and Ambiguities*, 54 Louisiana L.Rev. (1994), p. 1637, en *Touchard v. Williams*, 617 So.2d 885 (Louisiana Supr. Ct. 1993), waarover Galligan, t.a.p. (noot 13), p. 565. Zie ook Fleming, t.a.p. (noot 16), p. 1483, Myers, t.a.p. (noot 14), p. 719-720, p. 728. Vergelijk reeds in dezelfde zin V. Savigny, a.w. (noot 2), p. 217-219.

33 Zie Cornelius J. Peck, *Washington's partial rejection and modification of the common law rule of joint and several liability*, 62 Washington L.Rev. (1987), p. 238 en Edward J. McBride jr., *Fair enough? Modifying the rule of joint and several liability in New Jersey*, 20 Rutgers L.J. (1988), p. 191-193.

De voorstanders van 'joint and several liability' die zich beroepen op het beginsel van 'full compensation', beroepen zich er in wezen op dat het niet de onschuldige benadeelde maar de schuldige medeveroorzaker is die het risico behoort te dragen dat een van zijn medeveroorzakers onvindbaar of insolvent is.³⁴ Tegenstanders wijzen op de relatieve waarde van dat argument door te stellen dat het risico van onvindbaarheid of insolventie volledig bij de benadeelde ligt wanneer er slechts één aansprakelijke is.³⁵ Het verdient in hun ogen op zijn minst nadere uitleg waarom dat risico min of meer volledig overgaat als er niet een maar twee of meer aansprakelijken zijn. Voorts lijkt het er op dat juist de onvindbaarheid of insolventie van de 'primaire' veroorzaker (de beschonken automobilist, de insluiper, de verkrachter etcetera) de aanleiding is om te zoeken naar anderen die aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade, zoals de 'minimale' medeveroorzaker. Dat stelt het beginsel van 'full compensation' minst gesproken in een ander daglicht.

Het uitgangspunt van 'proportionate responsibility' spreekt voor sommige gevallen aan. Men zal mogelijk enige sympathie kunnen opbrengen voor de afschaffing van 'joint and several liability' als men in gedachten neemt de veel voorkomende gevallen waarin een 'minimale' medeveroorzaker die voor honderd procent aansprakelijk wordt gehouden, geen regres kan nemen wegens onvindbaarheid of insolventie. Veel minder aansprekend is echter proportionele aansprakelijkheid als men niet de aansprakelijkheid van de 'minimale' veroorzaker, maar juist die van de 'primaire' veroorzaker in gedachten neemt. Sommige staten reserveren om die reden proportionele aansprakelijkheid voor die 'minimale' medeveroorzaker wiens aandeel in de veroorzaking minder dan vijftig procent bedraagt. Voor de veroorzaker met een aandeel groter dan vijftig procent is in die staten 'joint and several liability' blijven bestaan.³⁶

34 In sommige staten (Nevada, New Mexico, Oklahoma en — voor wat betreft immateriële schade — Ohio) is daarom de afschaffing van 'joint and several liability' beperkt tot die gevallen waarin de benadeelde zelf ook schuld had aan zijn schade. Zie het overzicht bij Eggen, t.a.p. (noot 14), p. 1750.

35 Dit tegenargument is afkomstig uit *Bartlett v. New Mexico Welding Supply*, 646 P.2d 579 (New Mexico Ct. App. 1982), p. 585. Zie McLaughlin en Fisher, t.a.p. (noot 18), p. 210 en Common Law Team-rapport, a.w. (noot 18), p. 18.

36 Bijvoorbeeld Iowa, Montana, New York (aandeelaansprakelijkheid als de betreffende aansprakelijke minder dan 50% 'at fault' is), New Jersey (*idem*, maar dan 20%), Illinois (*idem*, maar dan 25%). Minnesota kent een ingewikkelder regeling: verminderde aansprakelijkheid indien de betreffende aansprakelijke 15% of minder 'at fault' is; in dat geval is de betreffende aansprakelijke maximaal aansprakelijk voor een percentage dat viermaal zijn eigen aandeel in de schade overtreft (*idem* South Dakota, met dien verstande dat sprake is van 50% resp. tweemaal het eigen aandeel).

De processuele bezwaren die tegen proportionele aansprakelijkheid zijn ingebracht, lijken goed te zijn ondervangen. De vrees dat het aantal gerechtelijke procedures zou toenemen door afschaffing van 'joint and several liability' bleek tot op heden niet bewaarheid,³⁷ bovendien zou in theorie slechts een verschuiving (en dus geen toename) kunnen plaatsvinden van regresprocedures naar hoofdprocedures.³⁸ Het probleem van mogelijk tegenstrijdige vonnissen tegen de verschillende veroorzakers (bijvoorbeeld verschil in berekening van de aandelen) kan op verschillende wijzen worden ondervangen. Er is wel geopperd de benadeelde te verplichten alle personen in één procedure te dagen op straffe van verval van zijn rechten,³⁹ er zijn ook staten die een procedure hebben ontworpen waarin het aan de aangesproken veroorzaker is om medeveroorzakers aan te wijzen opdat hun aandeel in de schadeverdeling kan worden betrokken.⁴⁰

3 Beweging in Engeland

3.1 De Engelse 'several concurrent tortfeasors'

Naar Engels recht zijn, net als naar Amerikaans recht, toevallige medeveroorzakers — de zogenaamde 'several concurrent tortfeasors' — aansprakelijk voor de gehele schade als deze 'indivisible' is.⁴¹ Elk van de medeveroorzakers kan individueel tot vergoeding van de gehele schade worden aangesproken,⁴² en omdat naar 'common law' regres tussen de aansprakelijken onderling niet mogelijk werd geacht,⁴³ bestaat sinds 1935 een wettelijke regeling die onderling regres mogelijk maakt.⁴⁴ De rechter bepaalt de maatstaf om de aandelen van de 'concurrent tortfeasors' vast te stellen die hem 'just and equitable' voorkomt, maar hij dient wel acht te slaan op 'the extent of the person's responsibility for the damage in question'.⁴⁵

37 Han-Duck Lee, Mark J. Browne, Joan T. Schmit, *How does joint and several tort reform affect the rate of tort filings? Evidence from the State Courts*, 61 *Journal of Risk and Insurance* (1994), p. 295-316.

38 Zie het Common Law Team-rapport, a.w. (noot 18), p. 19.

39 Hickmann, t.a.p. (noot 28), p. 749 e.v.

40 Zie daarover uitgebreid Robert E. Benson, *Application of the pro rata liability, comparative negligence and contribution Statutes*, 23 *the Colorado Lawyer* (1994), p. 1717-1730.

41 Glanville L. Williams, *Joint torts and contributory negligence*, Londen 1951, p. 16-20.

42 Margaret Brazier, *Street on torts*, 9e druk Londen 1993, p. 262-263, 576-577.

43 W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Torts*, 14e druk Londen 1994, p. 627.

44 Sinds 1978 neergelegd in de Civil Liability (Contribution) Act 1978.

45 Civil Liability (Contribution) Act 1978, s. 2 (1).

Het leerstuk van de 'joint and several liability' van toevallige medeveroorzakers kende in Engeland tot voor kort weinig weerstand. Hervorming zoals in de Verenigde Staten was niet aan de orde. Verklaring hiervoor is waarschijnlijk dat zich in Engeland geen 'tort (insurance) crisis' heeft voorgedaan zoals in de Verenigde Staten het geval was; ook de rol van het aansprakelijkheidsrecht in de Engelse maatschappij lijkt een veel marginalere te zijn dan in Amerika. Bedacht moet voorts worden dat de roep om hervorming van 'joint and several liability' in Amerika voornamelijk gebaseerd was op het schrikbeeld van de 'peripheral tortfeasor' die, hoewel slechts minimaal verantwoordelijk, toch volledig aansprakelijk werd geacht en aldus structureel schadedrager was. Het moet zeker niet uitgesloten worden dat het verschijnsel van de 'peripheral tortfeasor' in Engeland minder voorkomt dan in Amerika. Men denke slechts aan de beperkingen die worden gesteld aan het werkingsbereik van de 'duty of care' van bijvoorbeeld overheidsinstellingen. Deze zullen niet spoedig aansprakelijk worden geacht wegens 'negligence';⁴⁶ het bezwaar van de 'peripheral tortfeasor' rijst dan mogelijk ook minder snel.⁴⁷

3.2 *Engelse accountants op de barricades*

Er is de laatste tijd echter ook in Engeland op kleine schaal verzet gerezen tegen de gevolgen van 'joint and several liability'. Het is met name de accountancy geweest die voor afschaffing heeft gepleit.⁴⁸ Een accountant die nalatig is in zijn controle van de administratie en daardoor bepaalde fouten niet ontdekt, is aansprakelijk voor de schade van het gecontroleerde bedrijf. Als de fouten opzettelijk zijn gemaakt door frauderende personeelsleden, dan zal sprake zijn van 'joint and several liability'. De omvang van de schade is vaak buitengewoon groot. Het is de accountant niet toegestaan zijn aansprakelijkheid terzake uit te sluiten. Gevolg is dat accountants

46 Zo bijvoorbeeld ten aanzien van nalatigheid van de politie *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1988] Q.B. 60, bevestigd door het House of Lords in [1988] 2 All ER 238; zie hierover B.S. Markesinis, S.F. Deakin, *Tort law*, 3e druk Oxford 1994, p. 139 alsmede C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten* (preadvies NVvR), Deventer 1995, p. 10-12.

47 Niettemin wordt (de ernst van) het verschijnsel wel onderkend; zie Jane Stapleton, *Duty of care: peripheral parties and alternative opportunities for deterrence*, 111 L.Q.R. (1995), p. 301 e.v., met name p. 311-312. Vergelijk voor een beschrijving van het verschijnsel naar Frans recht François Grua, *La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage*, RTD Civ. 1994, p. 1 e.v.

48 Ook vanuit de bouwwereld werd bezwaar aangetekend. Zie het Common Law Team-rapport, a.w. (noot 18), p. 2; vergelijk ook de partiële afschaffing van 'joint and several liability' in verschillende Australische deelstaten voor wat betreft aansprakelijkheid in de bouw, genoemd in het rapport op p. 73-74.

(overigens in toenemende mate) geconfronteerd worden met claims terzake van schade, waar zij een in verhouding tot de frauderende medeveroorzaker minimaal veroorzakingsaandeel aan hebben geleverd. En alhoewel het aandeel van de accountant klein is, wordt hij toch voor de volledige schade aansprakelijk geacht. Aangezien de frauderende medeveroorzakers in de regel geen verhaal bieden, hebben accountants het gevoel dat zij opdraaien voor een onevenredig aandeel in de schade. Een accountant drukt het zo uit:⁴⁹

‘The balance has been tipped too much in favour of the plaintiffs and now needs to be redressed. The most liquid of defendants in negligence cases is underwriting all the other parties in a transaction. I am an accountant, not an insurer.’

De accountantslobby heeft daarom opgeroepen tot afschaffing van ‘joint and several liability’ teneinde de ‘correlation between blame for a mistake and financial accountability for that mistake’⁵⁰ te herstellen.

Naar aanleiding van deze roep om hervorming is van de hand van de ‘Common Law Team of the Law Commission’⁵¹ een rapport verschenen waarin de voor- en nadelen van ‘joint and several liability’ worden afgewogen. Het voorlopig oordeel van de commissie luidt dat ‘joint and several liability’ de voorkeur verdient boven proportionele aansprakelijkheid en dat de oplossing van de problemen in de accountancy in een andere richting moet worden gezocht, zoals de opheffing van het exoneratieverbod en de invoering van ‘partnership’ met beperkte verhaalsaansprakelijkheid.

Het rapport noemt een aantal gronden voor handhaving van ‘joint and several liability’.⁵² In de eerste plaats zijn de opstellers van mening dat de medeveroorzakers het insolventierisico behoren te dragen omdat zij nu eenmaal door hun onrechtmatige gedragingen de schade hebben veroorzaakt, terwijl de benadeelde geen enkele blaam treft.

In de tweede plaats vinden de opstellers dat er reeds voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de medeveroorzakers in het stadium waarin wordt bekeken of de daad van elk van de medeveroorzakers wel

49 International Accounting Bulletin, 23 februari 1996, p. 4.

50 Susan Flint, *Joint and several liability?*, 17 the Company Lawyer (1996), p. 153.

51 Het Team-rapport heeft de status van een advies aan de Law Commission om al of niet tot nader onderzoek over te gaan, a.w. (noot 18). Een eventueel nader rapport zou een advies aan de wetgever inhouden om al of niet tot nadere regelgeving over te gaan.

52 Rapport, t.a.p. (noot 18), p. 16 e.v.

in voldoende causaal verband staat tot de schade. De maatstaven die daarbij worden aangelegd,⁵³ vormen reeds een ‘formidable hurdle for plaintiffs’.

In de derde plaats wordt er door de opstellers van het rapport op gewezen dat na afschaffing van ‘joint and several liability’ de vreemde situatie bestaat dat een benadeelde beter af is als zijn schade het gevolg is van één oorzaak waarvoor aansprakelijkheid bestaat dan wanneer twee (of meer) medeveroorzakers aansprakelijk zijn, indien één van die medeveroorzakers insolvent is. Het rapport wuift vervolgens ongemotiveerd de tamelijk voor de hand liggende tegenwerping weg dat de benadeelde nog slechter af is als er slechts één aansprakelijke veroorzaker is die geen verhaal biedt.

In de vierde plaats leidt volledige afschaffing van ‘joint and several liability’ er volgens het rapport toe dat ook ‘primaire’ veroorzakers die een groot aandeel hebben gehad in de veroorzaking van de schade, toch niet volledig aansprakelijk zijn. Dit nu vinden opstellers van het rapport onaanvaardbaar.

De rapporteurs benadrukken dat ‘joint and several liability’ een belangrijk instrument is bij de verwezenlijking van een van de voornaamste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht, te weten het volledig schadeloos stellen van de benadeelde. Daarom wijzen de opstellers van het rapport uiteindelijk ook een variant van proportionele aansprakelijkheid af waarbij alleen ‘peripheral tortfeasors’ proportioneel aansprakelijk zijn. Het rapport kan nog wel meegaan met een grens gesteld bij 50%, maar het principiële bezwaar blijft dat de benadeelde ten onrechte het risico van oninbaarheid van zijn vorderingen op de andere aansprakelijke(n) draagt.

4 Nederlands recht

4.1 Hoofdelijkheid van toevallige medeveroorzakers

In 1901 besliste de Hoge Raad over de omvang van de aansprakelijkheid van elk van meerdere veroorzakers:⁵⁴

‘(...) dat art. 1401 BW (...) alleen vordert, dat door de onrechtmatige daad aan een ander schade moet zijn toegebracht, of met andere woorden, dat de schade een gevolg moet zijn van de daad;

53 Dit zijn naar Engels recht de zogenaamde ‘but for test’ en de ‘sufficient cause test’; vergelijkbaar met onze vereisten van *conditio sine qua non* en toerekening naar redelijkheid.

54 HR 3 mei 1901, W 7601 (Jansen van Oist/Ariese).

dat, daar een feitelijke toestand zeer wel het gevolg kan zijn van onderscheidene daden uit het gemis van eenige beperking in genoemd artikel volgt, dat in zoodanig geval vergoeding kan gevorderd worden van ieder, die voor een dezer daden aansprakelijk is;

dat er bepaald geene reden is om, indien er meerdere elkander opvolgende handelingen hebben plaats gehad, de verplichting tot schadevergoeding te beperken tot hem, die aansprakelijk is voor de laatste handeling, zonder welke de eerste geenerlei uitwerking zoude hebbe gehad; zoowel omdat hetzelfde gezegd kan worden van de handelingen aan de laatste voorafgaande, als omdat hij, die voor de laatste daad aansprakelijk is, niet altijd de meest schuldige behoeft te zijn of het meest tot het gemeenschappelijk gevolg te hebben bijgedragen;

dat de aldus aan art. 1401 gegeven toepassing niet vreemd of onbillijk te achten is, indien slechts vaststaat, dat elke handeling op zich zelve eene onrechtmatige daad vormde, en het integendeel niet te rechtvaardigen zou zijn, dat iemand eene schade leed, welke hij niet zou geleden hebben, wanneer een ander niet onrechtmatig gehandeld had, zonder dat hij van dien ander schadevergoeding kon eischen;'

In 1920 wordt deze uitspraak bevestigd met de volgende overwegingen:⁵⁵

'(...) dat art. 1401 BW slechts vordert dat de schade een gevolg van de daad zij, en uit het gemis van eenige beperking in dit artikel mitsdien moet worden afgeleid, dat, bijaldien de schade door de handelingen van verschillende personen is veroorzaakt, zij op ieder hunner, die voor een dezer handelingen aansprakelijk is, kan worden verhaald.'

En in 1925 heet het dat art. 1401 BW met zich brengt dat⁵⁶

'(...) zonder eenige beperking (...) ingeval van schade, als gevolg van een onrechtmatige daad bij schuld van meerderen tegenover een onschuldigen derde, ieder der daders voor het geheel tot vergoeding der schade is gehouden (...).'

Terwijl de Hoge Raad daar in 1955 aan toevoegt:⁵⁷

'(...) dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden; dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken;

dat daarin voor den aangesprokene persoon ook hierom niets onredelijks is gelegen, omdat tussen degenen die jegens den benadeelde tot vergoeding verplicht zijn, onderling verhaalsrecht bestaat;

55 HR 18 juni 1920, WPNR 2667 (1921), nt. EMM, W 10630, nt. HdJ ('Lied der Natuur').

56 HR 30 oktober 1925, NJ 1926, 157, nt. PS (Aldebaran).

57 HR 4 november 1955, NJ 1956, 1, nt. LEHR (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen).

dat weliswaar bij dit verhaalsrecht het risico van onvermogen van een regresplichtige op den regresgerechtigde drukt, doch zulks minder onbevredigend is dan dat — gelijk de opvatting der Rb. medebrengt — dit risico door den benadeelde zou worden gedragen.'

De motivering van de Hoge Raad lijkt in grote lijnen overeen te komen met de 'joint and several liability' van toevallige medeveroorzakers naar Engels en Amerikaans recht, zoals dat hiervoor aan de orde is gesteld. Alhoewel uit geen van de geciteerde uitspraken duidelijk blijkt of aan de aansprakelijkheid van medeveroorzakers voor het geheel steeds de ondeelbaarheid van de ontstane schade ten grondslag ligt, wordt het 'ondeelbaarheidsvereiste' in de literatuur wel als scheidslijn gehanteerd tussen aansprakelijkheid van elk voor het geheel en aansprakelijkheid voor een deel.⁵⁸ De rechtvaardiging van aansprakelijkheid voor het geheel is volgens de Hoge Raad dat het minder onbevredigend is om de medeveroorzakers voor elkaar in te laten staan dan om de benadeelde met (gedeeltelijk) onvergoede schade te laten zitten. De Hoge Raad stelt de aansprakelijkheid voor het geheel daarmee blijkbaar in de sleutel van het beginsel van 'full compensation': de benadeelde dient zoveel als mogelijk schadeloos gesteld te worden.⁵⁹ Blijkbaar bedoelt de Hoge Raad met het 'minder onbevredigend' ook te zeggen dat het *gerechtvaardigd* is de toevallige medeveroorzakers voor elkaars aandelen in te laten staan. Die rechtvaardiging is overigens niet altijd zo evident als de Hoge Raad lijkt te suggereren;⁶⁰ met name als het een 'peripheral tortfeasor' betreft die een minimale bijdrage in de veroorzaking had, is het niet zondermeer duidelijk waarom deze het risico dient te dragen van de insolventie van de andere medeveroorzaker(s), met wie hij niets anders gemeen heeft dan het toevallige samentreffen van hun daden in een ondeelbare schadegebeurtenis.

Daar kan aan worden toegevoegd dat het ondeelbaarheidsvereiste een soms wat arbitraire scheidslijn is tussen enerzijds aansprakelijkheid voor het geheel, waarbij het insolventierisico verschuift en anderzijds aansprakelijkheid voor het deel, waarbij het insolventierisico niet verschuift. Dat die scheidslijn arbitrair is, komt omdat feiten arbitrair zijn: nu eens is schade ondeelbaar, dan weer deelbaar; nu eens is er één veroorzaker, dan weer blijken er meerdere te zijn.

58 Akkermans, *Veroorzaking van deelschade*, t.a.p. (noot 1), met verdere verwijzingen. Zie ook reeds P.H. Loeff, *Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandsche recht*, diss. UvA 1891, p. 94.

59 Hetzelfde beginsel leidde tot toepassing van de hoofdelijkheidsfiguur in HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CHJB (DES-dochters).

60 Vergelijk H.G.F.M. de Kok, *Het regres*, diss. Nijmegen 1965, p. 53.

Hoe dit alles ook zij, in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt zwaar geleund op het bekende causaliteitsargument: vanuit de benadeelde beschouwd is tegenover elke individuele medeveroorzaker voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid voor de gehele schade.⁶¹ En aangezien de wet nergens de mogelijkheid biedt om zich te verweren met de stelling dat ook anderen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, volgt dat elke medeveroorzaker voor het geheel aansprakelijk is. Deze jurisprudentiële lijn is door de invoering van het nieuwe BW niet doorkruist.⁶²

4.2 Hoofdelijkheid heroverwogen?

Als we de ontwikkelingen in de Verenigde Staten van Amerika en in Engeland beschouwen en in verband brengen met de stand van het recht in ons land, moet de conclusie dan luiden dat ook het Nederlandse recht hervorming behoeft? Ik meen van niet, maar dat wil niet zeggen dat er geen waardevolle gezichtspunten aan de buitenlandse ervaring kunnen worden ontleend. Voor wat betreft de beweging in het Engelse recht het volgende. De aansprakelijkheid van toevallige medeveroorzakers voor het geheel van de schade zou in de toekomst ook in ons land onder druk kunnen komen te staan als bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van accountants een grote vlucht zou nemen. Omdat aansprakelijkheid van accountants niet zelden nalatigheid zal betreffen in het ontdekken van opzettelijk verborgen gehouden informatie, en omdat in dergelijke gevallen de betreffende fraudeur vaak geen verhaal zal blijken te bieden, kan er een moment komen waarop accountants niet langer willen 'instaan' voor het veroorzakingsaandeel van fraudeurs.

Over de relevantie van de Amerikaanse ervaringen voor Nederland kan mijns inziens het volgende worden gezegd. Allereerst speelt het aansprakelijkheidsrecht in ons land een andere rol dan in Amerika; geen

61 In dezelfde zin reeds D. Simons, *Ons burgerlijkrechtelijk delictsrecht*, Themis 1902, p. 6 e.v., met name p. 90-91, C.O. Segers, *Opmerkingen omtrent hoofdelijke aansprakelijkheid bij onrechtmatige daden*, Themis 1920, p. 392 e.v., met name p. 407 e.v. Zie voor vergelijkbare benaderingen in Frankrijk en België: Malaurie-Aynès, *Droit Civil VI - les obligations*, 7e druk Parijs 1996, nr. 1173, respectievelijk S. Stijns, Over passieve hoofdelijkheid en in solidum-gehoudenheid, over gemeenschappelijke fouten en samenlopende fouten, in: *Recente arresten van het Hof van Cassatie 1994*, p. 53-54, A. Meinertzhagen-Limpens, RCJB 1996, p. 49-50 en (kritisch) R. Kruithof, De aard van de buitencontractuele verbintenis tot herstel van de geleden schade bij pluraliteit van aansprakelijken, in: G. Baert e.a. (red.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel 1986, p. 623 e.v., met name p. 631 e.v.

62 Het enige verschil is dat thans van hoofdelijkheid mag worden gesproken, terwijl onder het oude BW de buitenwettelijke figuur van 'toevallig samenlopende verbintenissen' werd gebruikt.

van de omstandigheden die tot de Amerikaanse 'tort reform' aanleiding gaven, doen zich in vergelijkbare hevigheid in Nederland voor. Alleen al om die reden is vergelijking met het Amerikaanse recht een hachelijke onderneming. Toch kan een zekere vergelijkbaarheid niet worden ontkend: ook in Nederland zijn bepaalde aansprakelijkheidsrisico's niet langer verzekeraar of dreigen zulks te worden.⁶³ Als nu in ons land een vergelijkbare weerstand zou ontstaan tegen hoofdelijke aansprakelijkheid van de 'peripheral tortfeasor', dan zouden de hervormingen in het Amerikaanse recht als voorbeeld kunnen dienen. Thans lijkt het verschijnsel van de 'peripheral tortfeasor' in ons recht echter weliswaar te bestaan, maar het trekt weinig aandacht. Dat het kán bestaan, volgt uit een arrest van de Hoge Raad uit 1981, waarin hij bepaalde dat ook een 'minimale' medeveroorzaker volledig aansprakelijk is:⁶⁴

'(...) (het cassatiemiddel) gaat uit van de opvatting dat indien een schade het gevolg is van onrechtmatige daden van meer dan één persoon, diegene van de daders wiens schuld, vergeleken met de schuld van de andere dader of daders, in het niet valt, althans is te verwaarlozen, niet door de benadeelde tot vergoeding van die schade kan worden aangesproken. Deze opvatting vindt echter geen steun in het recht.'

Praktisch gesproken lijkt in elk geval steeds dan sprake te zijn van een 'peripheral tortfeasor' wanneer een persoon nalaat in te grijpen of te waarschuwen, of anderszins nalaat de benadeelde te behoeden voor de (veelal opzettelijke of daaraan grenzend roekeloze) schadetoebrenging door een derde. Zuiver causaal beschouwd is het aandeel van de 'peripheral tortfeasor' relatief klein in verhouding tot het aandeel van deze derde. Voorbeelden uit de rechtspraak zijn schaars,⁶⁵ maar dat kan in de toekomst wel eens veranderen. Men denke slechts aan de toenemende claimbewustheid als het gaat om nalatigheid van accountants, notarissen⁶⁶ en toezichthouders.⁶⁷ Zouden in de toekomst min of meer vastomlijnde groepen van personen structureel aansprakelijk worden geacht voor schade, in de

63 Zie daarover O.A. Haazen en J. Spier, in: *Handelingen NJV 1996-I*, p. 10 e.v.

64 HR 20 februari 1981, NJ 1981, 418 (FRAM BV/Bedrijfsvereniging Bank- & Verzekeringswezen).

65 Zie bijvoorbeeld voor de eigenaar van een motorrijtuig in de rol van 'peripheral tortfeasor' HR 2 december 1966, NJ 1967, 42, nt. GJS (Haringkar).

66 Vergelijk voor de notaris als 'peripheral tortfeasor' HR 18 december 1992, NJ 1994, 91, nt. EAAL (Dicky Trading I).

67 Niet alleen kan hierbij worden gedacht aan toezichthouders zoals commissarissen van vennootschappen, maar ook aan instellingen die een wettelijke toezichtstaak hebben (bijvoorbeeld Verzekeringkamer, Stichting Toezicht Effectenverkeer en DNB) en zelfs aan psychiatrische ziekenhuizen die fysiek toezicht dienen te houden op hun patiënten (vergelijk HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, nt. JdB ('t Ruige Veld/Univé)).

veroorzaking waarvan zij slechts minimale aandelen hebben, dan zal ongetwijfeld behoefte ontstaan aan opheffing of aanpassing van het stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid.⁶⁸ Met name de oplossingen die in de verschillende Amerikaanse deelstaten zijn aanvaard, kunnen daarbij als voorbeeld dienen. Tot het zover is, zullen toevallige medeveroorzakers echter trouw blijven instaan voor elkaars gegoedheid.

68 Een dergelijke opheffing of aanpassing lijkt overigens zonder wetswijziging mogelijk te zijn, te weten door gewijzigde invulling van de 'redelijkheid' als bedoeld in art. 6:98 BW, op grond waarvan medeveroorzaking door een derde — al dan niet onder voorwaarden — een verweer tegen volledige aansprakelijkheid zou kunnen zijn. Vergelijk in ander verband het Pruisische Allgemeines Landrecht (1794), dat de omvang van de schadevergoedingsplicht rechtstreeks relateerde aan de ernst van de schuld; zie daarover het zeer lezenswaardige *Preußisches Deliktsrecht und Proportionalitätsprinzip am Beispiel des Schopenhauer-Marquet-Prozesses*, van K. Muscheler in JZ 1994, p. 1132-1142.