

Aansprakelijkheid voor anderen vergeleken

NTBR 2022/30

Op 8 april 2022 vond de voorjaarsvergadering plaats van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR). Zoals gebruikelijk werd de invulling verzorgd door vier jonge civilisten die met het bespreken van hun promotieonderzoek het ‘bastion van het burgerlijk recht bestormen’. Dit jaar was het centrale thema ‘aansprakelijkheid voor anderen vergeleken’. Sprekers waren achtereenvolgens Daniël Stein (RU), Anne de Vries (TiU), Stijn Jonasse (VU) en Kirsten Maes (UU).

1. Inleiding

Op 8 april 2022 vond de voorjaarsvergadering plaats van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR). Zoals gebruikelijk werd de invulling verzorgd door vier jonge civilisten die met het bespreken van hun promotieonderzoek het ‘bastion van het burgerlijk recht bestormen’. Dit jaar was het centrale thema ‘aansprakelijkheid voor anderen vergeleken’. Sprekers waren achtereenvolgens Daniël Stein (RU), Anne de Vries (TiU), Stijn Jonasse (VU) en Kirsten Maes (UU). Deze bijdrage bevat een weergave van hetgeen de sprekers hun publiek hebben voorgehouden. Aan bod komen de onderwerpen: aansprakelijkheid binnen ondernemingen wegens schending van het mededingingsrecht (par. 2), aansprakelijkheid van de principaal voor bemiddelaars (par. 3), absolute aansprakelijkheid voor concerns (par. 4) en secundaire aansprakelijkheid (par. 5). Tot slot zal worden stilgestaan bij de uitreiking van de VBR-publicatieprijs 2021 (par. 6).

2. Aansprakelijkheid binnen ondernemingen wegens schending van mededingingsrecht

2.1 Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht

Daniël Stein bijt het spits af.² Hij is promovendus aan de Radboud Universiteit en is verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R), en werkt aan een proefschrift over hoofdelijke aansprakelijkheid. Hij sprak over de aansprakelijkheid binnen ondernemingen wegens schending van mededingingsrecht, naar aanleiding van het arrest *Sumal* (C-882/19).³ Het ging in dit arrest om schending van het kartelverbod (art. 101 VwEU), dat zich – net als het verbod op misbruik van machtspositie (art. 102 VwEU) – niet richt tot rechtspersonen of vennootschappen, maar tot *ondernemingen*.⁴ De gedachte daarachter is dat beide bepalingen activiteiten op economische markten

beogen te normeren, en dat dergelijke activiteiten zich niet altijd laten onderbrengen in slechts één vennootschap of rechtspersoon.⁵ Het Hof van Justitie maakt daarbij onderscheid tussen de economische eenheid die op de markt actief is (de “*onderneming*”, de “*economische eenheid*” of de “*entiteit*”),⁶ en de rechtspersonen en/of vennootschappen waaruit zij juridisch gezien is opgebouwd (de “*juridische entiteiten*”).⁷ Daarbij verdient opmerking dat het begrip ‘onderneming’ niet noodzakelijkerwijs samenvalt met het begrip ‘groep’ (art. 2:24b BW), omdat binnen dezelfde groep sprake kan zijn van meerdere ondernemingen.⁸

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat indien een onderneming inbreuk maakt op het Unierechtelijke mededingingsrecht, die onderneming verplicht is om de schade te vergoeden van “*eenieder*” die door die inbreuk schade lijdt.⁹ Inmiddels vloeit uit Richtlijn 2014/104/EU voort dat lidstaten dienen te bepalen dat inbreukmakende ondernemingen hoofdelijk aansprakelijk zijn.¹⁰ De onderneming als normadressaat is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt wellicht goed te begrijpen, maar roept vanuit aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief de nodige vragen op. De onderneming wordt – anders dan natuurlijke of rechtspersonen – naar Nederlands recht als zodanig immers niet als rechtssubject erkend.¹¹ Alleen (natuurlijke en) rechtspersonen kunnen verplicht zijn schade te vergoeden, kunnen in rechte worden betrokken om veroordeeld te worden tot het betalen van schadevergoeding, en kunnen rechthebbende zijn van vermogensbestanddelen waarop een schuldeiser

1 Citeerwijze: D.F.H. Stein, A. de Vries, S.B. Jonasse & K.L. Maes, ‘Aansprakelijkheid voor anderen vergeleken’, *NTBR* 2022/30, afl. 7.

2 Hij dankt Sander van Dijk en Tess van der Linden voor de discussies over dit onderwerp.

3 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, *JOR* 2022/22, m.nt. S.A. van Dijk (*Sumal*).

4 Zie HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 39 e.v.

5 Zie bijv. O. Odudu & D. Bailey, ‘The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law’, *CMLR* 2014, p. 1721-1758 (Odudu & Bailey 2014), p. 1726-1727, en S.A. van Dijk, ‘The concept of ‘undertaking’ as means to ascertain liability for an infringement of EU competition law’, in: J.M. Veenbrink e.a. (red.), *New Directions in Competition Law Enforcement*, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2020 (*Radboud Economic Law Series*, deel 4), p. 113-125 (Van Dijk 2020), p. 117-119. De keerzijde van deze eenheidsgedachte is dat juridische entiteiten binnen dezelfde onderneming niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen. Zie onder meer HvJ 13 juli 1966, gevoegde zaken C-56/64 en C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41, ECR 1966, p. 450 e.v. (*Consten en Grundig/Commissie*), p. 513; HvJ 14 juli 1972, C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70, *Jur.* 1972, p. 619 e.v. (*ICI/Commissie*), r.o. 134; en HvJ 24 oktober 1996, C-73/96 P, EU:C:1996:405, *Jur.* 1996, p. I-05457 e.v. (*Viho/Commissie*), r.o. 16.

6 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 34, 39 en 41 e.v.

7 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 42, 43, 48 en 50.

8 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 47. Denk bijvoorbeeld aan de Mitsubishi-groep, die zowel actief is op de markt voor auto’s als die voor airconditioningsapparaten.

9 Zie HvJ 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, *NJ* 2002/43 (*Courage/Crehan*), r.o. 26; HvJ 13 juli 2006, C-295/04 t/m 298/04, ECLI:EU:C:2006:461, *NJ* 2007/34 m.nt. M.R. Mok (*Manfredi*), r.o. 60-61; HvJ 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis e.a.*), r.o. 40-41; HvJ 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 (*Donau Chemie*), r.o. 21-22; en HvJ 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*), r.o. 21; HvJ 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), r.o. 25; HvJ 12 december 2019, C-438/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis c.s./ Land Oberösterreich*), r.o. 22; en HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 33. Vgl. voorts in het kader van art. 102 VwEU: HvJ 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*), r.o. 39.

10 Richtlijn 2014/104/EU, art. 11.

11 Zie art. 1:1 en art. 2:5 BW.

verhaal kan nemen.¹² De vraag is dus welke *rechtspersonen* binnen een onderneming aansprakelijk zijn indien de onderneming inbreuk maakte op het mededingingsrecht.

2.2 Aansprakelijkheid van entiteiten binnen dezelfde onderneming en het arrest *Sumal* (C-882/19)

Indien uit de inbreukbeschikking blijkt dat een tot een inbreukmakende onderneming behorende rechtspersoon betrokken was bij de inbreuk, dan staat – indien alle rechtsmiddelen tegen die beschikking zijn uitgeput – ook in een civielrechtelijke procedure ter verkrijging van schadevergoeding vast dat die rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld.¹³ Gaat het binnen een onderneming om meerdere rechtspersonen, dan zijn zij allen verplicht om de door de inbreuk veroorzaakte schade te vergoeden, en zijn zij daartoe naar het toepasselijke nationale recht doorgaans hoofdelijk verbonden.¹⁴

In het arrest *Sumal* (C-882/19) ging het om de vraag of binnen een inbreukmakende onderneming ook rechtspersonen civielrechtelijk aansprakelijk zijn waarvan *niet* is vastgesteld dat zij bij de inbreuk betrokken zijn geweest.¹⁵ Daimler AG was door de Europese Commissie schuldig bevonden aan een inbreuk op het kartelverbod op de markt voor vrachtwagens, onder meer door het maken van prijsafspraken. *Sumal* SL (hierna: ‘*Sumal*’) had gedurende de inbreukperiode vrachtwagens gekocht van Mercedes Benz Trucks España SL (hierna: ‘*MBTE*’), een Spaanse dochter van Daimler AG. *Sumal* vorderde van *MBTE* vergoeding van de schade die *Sumal* als gevolg van de inbreuk stelde te hebben geleden.¹⁶ Ter onderbouwing van dergelijke aansprakelijkheid stelde *Sumal* dat *MBTE* ten tijde van de inbreuk behoorde tot ‘de Daimler-onderneming’ en om die reden verplicht was *Sumal*’s schade te vergoeden. Daartegenover staat uiteraard dat *MBTE* zelf geen gedragsnorm heeft geschonden.

In het arrest stelt het Hof van Justitie het ondernemingsbegrip centraal, en overweegt dat dit autonome Unierechtelijke begrip een bewuste keuze is van de opstellers van het VwEU om zich te richten op marktgedrag – en dus niet een

bepaalde juridische organisatiestructuur.¹⁷ Het Hof redeneert vervolgens dat uit het begrip ‘economische eenheid’ voortvloeit dat indien een eenheid inbreuk maakt op het mededingingsrecht, die eenheid ook de gevolgen daarvan moet dragen.¹⁸

“Wanneer vaststaat dat de moedermaatschappij en haar dochteronderneming deel uitmaken van dezelfde economische eenheid en dus één enkele onderneming in de zin van artikel 101 VWEU vormen, is bijgevolg het bestaan zelf van deze economische eenheid die de inbreuk heeft gepleegd, doorslaggevend voor de aansprakelijkheid van de ene of de andere tot de onderneming behorende vennootschap voor de mededingingsverstoringe gedraging van de onderneming.”

Het Hof van Justitie leidt hieruit af dat indien een onderneming gehouden is schadevergoeding te betalen, iedere juridische entiteit die ten tijde van de inbreuk deel uitmaakte van de onderneming, daartoe hoofdelijk verbonden is.¹⁹ De slotsom is dus dat als komt vast te staan dat *MBTE* ten tijde van de inbreuk tot dezelfde onderneming behoorde als Daimler AG,²⁰ ook *MBTE* (hoofdelijk met Daimler AG) aansprakelijk is jegens *Sumal*, ook al was *MBTE* zelf niet betrokken bij de inbreuk.²¹

2.3 Aansprakelijkheid voor andermans gedragingen (en rechtvaardigingen daarvoor)

Het oordeel in *Sumal* brengt mee dat een juridische entiteit aansprakelijk kan zijn vanwege het enkele feit dat slechts één andere juridische entiteit binnen dezelfde onderneming inbreuk maakte op het mededingingsrecht.²² Daarmee voorziet het arrest dus in aansprakelijkheid wegens andermans gedragingen. Het gaat om een kwalitatieve aansprakelijkheid, omdat de Spaanse dochter van Daimler AG mogelijk enkel aansprakelijk is omdat zij tot dezelfde onderneming behoort. Daarin verschilt de door het Hof van Justitie aangevaarde aansprakelijkheid bijvoorbeeld van de groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW), waarbij de groepsdeelnemer alleen aansprakelijk is indien hij heeft deelgenomen aan de schadeveroorzakende groepsgedraging. Ook verschilt zij

12 Vgl. voorts J.S. Kortmann, ‘Annotatie bij HvJ 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*)’, *NJ* 2020/58, nr. 14.

13 Het gaat hier om Unierechtelijke formele rechtskracht. Zie Verordening (EG) nr. 1/2003, art. 16, ter codificatie van HvJ 14 december 2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 (*Masterfoods*).

14 Zie voor het Nederlandse recht art. 6:102 BW, voor het Duitse recht § 830 BGB, voor het Franse art. 1240 jo. 1310 e.v. CC (waar uit de aansprakelijkheid van iedere dader aansprakelijkheid in *solidum* wordt afgeleid), en voor het Belgische recht art. 1384 BW (waar eveneens aansprakelijkheid in *solidum* uit wordt afgeleid). Zie voor het Duitse recht uitgebreid S. Meier, *Gesamtschulden*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 496-555; voor het Franse recht M. Mignot, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Paris: Dalloz 2002 en A. Hontebeyrie, *Le fondement de l’obligation solidaire en droit privé français*, Paris: Economica 2004; en voor het Belgische recht M. Vandenbogaerde, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Brugge: Die Keure 2015, nr. 406-451.

15 Zie voor het Nederlandse recht reeds Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:6766, *JOR* 2014/265, m.nt. B.M. Katan & J.S. Kortmann (*ABB/Tennet*), r.o. 3.17.

16 Het gaat dan om de meerprijs die is betaald voor de vrachtwagens in vergelijking met de (hypothetische) situatie waarin geen inbreuk zou hebben plaatsgevonden.

17 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 39.

18 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 42-43.

19 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, *JOR* 2022/22, m.nt. S.A. van Dijk (*Sumal*), r.o. 44. Vgl. ook HvJ 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), r.o. 28, waarin het Hof – in het kader van het leerstuk van ‘economische continuïteit – reeds had geoordeeld dat het Unierecht zelf bepaalt welke juridische entiteiten aansprakelijk zijn tot het betalen van schadevergoeding.

20 Daarbij rust de bewijslast op de (beweerdelijk) benadeelde, zie HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 51 e.v.

21 In zijn conclusie voor het arrest opperde A-G Pitruzzella als criterium dat de dochtermaatschappij “aanzienlijk heeft bijgedragen” aan het verwezenlijken van het doel van de inbreuk (zie Conclusie A-G Pitruzzella d.d. 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293, nr. 77-78), maar in het arrest is een dergelijk criterium niet te vinden.

22 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 42. Ziet men – zoals het Hof van Justitie – een inbreukmakende onderneming als één geheel, dan is er strikt genomen ook maar één inbreukpleger: de onderneming (vgl. r.o. 43).

van wat wel '(strict) enterprise liability' wordt genoemd,²³ omdat het daarbij vaak gaat om aansprakelijkheid van groepsvennootschappen in gevallen waarin de benadeelde anders met lege handen zou staan, bijvoorbeeld omdat hij niet kan bewijzen welke groepsvennootschap onrechtmatig handelde. In de zaak *Sumal* staat buiten kijf dat Sumal niet met lege handen zou staan, omdat – indien geen rechtsmiddel meer openstaat tegen de inbreukbeschikking – Daimler AG zonder meer onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sumal.

Het oordeel dat een dochtermaatschappij mogelijk aansprakelijk is voor de gevolgen van de daden van haar moedermaatschappij, roept de vraag op wat een dergelijke aansprakelijkheid normatief rechtvaardigt. Aangezien de dochtermaatschappij niet zelf óók onrechtmatig handelde, kan de rechtvaardiging niet worden gevonden in een eigen onrechtmatige gedraging.²⁴ Tegelijkertijd is een dergelijke rechtvaardiging wel noodzakelijk, wil men de zelfstandigheid en autonomie van iedere rechtspersoon binnen een onderneming respecteren.²⁵

In het Nederlandse recht – en het recht van de ons omringende landen²⁶ – is voorzien in kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen (art. 6:169 t/m 6:172 BW).²⁷ Aangezien hierbij geen onrechtmatige gedraging van de kwalitatieve aansprakelijke is vereist, gaat het hier om aansprakelijkheid voor *andermans* gedragingen.²⁸ Daarbij dringt zich vooral

een parallel op met de aansprakelijkheid voor ondergeschikten en niet-ondergeschikten (art. 6:170 en 6:171 BW). Door de jaren heen hebben verschillende auteurs geprobeerd om een rechtvaardiging te formuleren voor dergelijke aansprakelijkheid.²⁹ In dat kader zijn tal van theorieën de revue gepasseerd, met – na het in onbruik raken van de schuldtheorie³⁰ – als belangrijkste: de billijkheid,³¹ de eenheidsleer (degene die een ander inschakelt vormt daarmee een eenheid),³² de gevaar- of risicotheorie (door het inschakelen van anderen wordt een gevaar of risico in het leven geroepen),³³ de profijttheorie (door het inschakelen van anderen kan economisch voordeel worden behaald en degene die de lusten heeft moet ook de lasten dragen),³⁴ en de verantwoordelijkheidsgedachte van Schut (degene die anderen inschakelt is verantwoordelijk voor hun handelen).³⁵ Daarnaast wordt gewezen op de verzekeraarbaarheid³⁶ en – met name in de niet-Nederlandsrechtelijke literatuur – op preventie.³⁷ De gevaar- en profijttheorieën lijken daarbij momenteel de meeste aanhangers te hebben, zij het dat het onderscheid tussen de verschillende theorieën niet altijd scherp te trekken is en dat de meeste auteurs menen dat slechts een rechtvaardiging kan worden gevonden in de *combinatie* van verschillende elementen.³⁸

23 Zie bijv. A.A. Ehrenzweig, *Negligence Without Fault. Trends toward an Enterprise Liability for Uninsurable Loss*, Berkeley / Los Angeles: Berkeley University Press 1951; N. Jansen (translated by S. Steel), *The Structure of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 464 e.v. Vgl. voorts art. 4:202 PETL, dat voorziet in een *fault-based enterprise liability*.

24 Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan toezichthoudersaansprakelijkheid (zie bijv. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Schietincident Alphen aan den Rijn*)), waarover uitgebreid I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005. Voorts kan worden gedacht aan wat wel 'indirecte doorbraak' wordt genoemd (zie bijv. HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, *NJ* 1988/487, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Albada Jelgersma*) en HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, *NJ* 2005/96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sobij/Hurks*)). Strikt genomen is in deze gevallen overigens geen sprake van aansprakelijkheid voor anderen, omdat men aansprakelijk is vanwege een eigen onrechtmatige daad.

25 Vgl. art. 2:5 BW, T. Hartlief, *Jeder draagt zijn eigen schade* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1997, p. 11 e.v., en B. Häcker, 'Fait d' autrui in Comparative Perspective', in: J.-S. Borghetti & S. Whittaker (red.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 143-177 (Häcker 2019), p. 144.

26 Zie bijv. § 831 BGB en art. 1242 CC en voor het Engelse recht *Reedie v London and North Western Railway* (1849) 4 Exch. 244. Zie voor enkele rechtsvergelijkende beschouwingen Häcker 2019 en A.D. On, *Strict Liability and the Aims of Tort Law* (diss. Maastricht), n.g. 2020, p. 51 e.v. en p. 109 e.v.

27 Vgl. HR 10 juni 1955, *NJ* 1955/552, m.nt. L.E.H. Rutten (*Het Noorden/ Noord-Hollandsche*), ten aanzien van art. 1403 BW (oud): "dat het verantwoordelijk stellen in art. 1403 van den meester voor de schade door de onrechtmatige daad van zijn ondergeschikte (...) niet berust op een door den meester geschonden rechtsplicht". Indien de kwalitatief aansprakelijke zelf (ook) een gedragsnorm heeft geschonden, is mogelijk sprake van samenloop met art. 6:162 BW aansprakelijk. Zie C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990 (Klaassen 1990), p. 340-343. Vgl. art. 6:102 PETL, dat echter enkel voorziet in kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten.

28 Klaassen 1990, p. 48; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/167. Men zou de aansprakelijkheid van ouders voor gedragingen van kinderen die veertien of vijftien zijn (art. 6:169 lid 2 BW) hier buiten kunnen plaatsen, omdat daarvoor een verwijt aan de ouders vereist is en de aansprakelijkheid dus ook voortvloeit uit eigen gedrag van de ouders.

29 Zie voor een overzicht met name G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Mouton 1906, p. 114 e.v.; W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: Eduard Lido 1930 (Wertheim 1930), p. 149 e.v.; en G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963 (Schut 1963), p. 292 e.v.

30 Zie daarover met name Scholten 1899, p. 45-48; Schut 1963, p. 292-299; en Klaassen 1990, p. 42-50; Hoekzema 2000, p. 44 e.v.; en C.H. Sieburgh, *Toe-rekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000 (Sieburgh 2000), p. 181 e.v.

31 Zie met name P. Scholten, *Aansprakelijkheid buiten overeenkomst of onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Scheltema en Holkema's Boekhandel 1899 (Scholten 1899), p. 153.

32 Schut 1963, p. 295-296 (afkeurend); Hoekzema 2000, p. 44 (neutraal).

33 Vgl. N. Jansen (translated by S. Steel), *The Structure of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2021 (Jansen 2021), p. 285-287 (en p. 198-199 voor enkele rechtshistorische opmerkingen) en voor het Engelse recht *Dubai Aluminium Co Ltd v Salaam* [2002] UKHL 48, [2003] 2 A.C. 366, 21: "The underlying legal policy [of vicarious liability; DFHS] is based on the recognition that carrying on a business enterprise necessarily involves risks to others. (...) When those risks ripen into loss, it is just that the business should be responsible for compensating the person who has been wronged."

34 Scholten 1899, p. 133 e.v.; C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 42-50; Hoekzema 2000, p. 43-47. Vgl. rechtsvergelijkend C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013 (Van Dam 2013), nr. 1606-1607.

35 Schut 1963, p. 292-299.

36 Zie bijv. Klaassen 1990, p. 49, en Sieburgh 2000, p. 177 e.v. Zie voorts Häcker 2019, p. 173 e.v.

37 J. Goudkamp & D. Nolan, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell 2020 (Goudkamp & Nolan 2020), nr. 21-006; Jansen 2021, p. 468-469. Zie voor het Nederlandse recht Wertheim 1930, p. 20-42.

38 F.T. Oldenhuis, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985, p. 95-97; Klaassen 1990, p. 48-50; Hoekzema 2000, p. 43-47; Sieburgh 2000, p. 182 e.v.; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/191-193; F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46), Deventer: Wolters Kluwer 2021 (Oldenhuis 2021), nr. 78. Vgl. voor het Engelse recht R. Stevens, *Torts and Rights*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 259; P. Giliker, *Vicarious Liability in Tort*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 228 e.v.; en Goudkamp & Nolan 2020/21-006.

2.4 Gaan deze rechtvaardigingen ook op voor de aansprakelijkheid binnen ondernemingen wegens schending van mededingingsrecht?

In het arrest *Sumal* zoekt men tevergeefs naar uitgebreide rechtsoverwegingen over de normatieve rechtvaardiging voor de toerekening van aansprakelijkheid³⁹ aan een dochtermaatschappij. Wel lijkt het Hof van Justitie doorslaggevend te achten dat de onderneming op een markt als eenheid optreedt.⁴⁰ Indien men het arrest benadert vanuit het perspectief van de hiervoor besproken rechtvaardigingen voor aansprakelijkheid voor anderen, wordt duidelijk dat deze rechtvaardigingen wellicht opgaan voor de toerekening binnen een onderneming *omhoog* (aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor een door een dochter begane inbreuk), maar niet voor toerekening *omlaag* (aansprakelijkheid van een dochtermaatschappij voor een door de moeder begane inbreuk) of *opzij* (aansprakelijkheid van een zustermaatschappij voor de door een zuster begane inbreuk).⁴¹

Allereerst de toerekening omhoog. Door bij haar economische activiteiten gebruik te maken van een of meer dochtermaatschappijen, schept een moedermaatschappij een zeker risico voor derden. Ook haar dochtermaatschappijen kunnen hun immers schade toebrengen. Ook trekt de moedermaatschappij doorgaans profijt van de activiteiten van de dochtermaatschappij(en), waarover zij tevens zeggenschap heeft (of geacht wordt te kunnen hebben).⁴² Daarmee valt ook in te zien waarom toerekening omhoog bij kan dragen aan preventie: de moedermaatschappij is immers in staat om invloed uit te oefenen op de dochtermaatschappij, waarbij het vooruitzicht van mogelijke aansprakelijkheid als prikkel kan dienen om die invloed ook uit te oefenen. Getlet op de zeggenschapsrelatie en de geldstromen binnen een onderneming, past ook de eenheidsgedachte goed bij toerekening van aansprakelijkheid omhoog. De belangrijkste van de hiervoor besproken grondslagen voor aansprakelijkheid voor anderen (in het Nederlandse recht) kunnen dus rechtvaardigen waarom een moedermaatschappij soms aansprakelijk is voor onrechtmatige gedragingen van haar dochtermaatschappijen.

In *Sumal* ging het om toerekening *omlaag*. Indien men zich afvraagt op welke gronden de aansprakelijkheid van een

dochtermaatschappij voor gedragingen van haar moedermaatschappij gerechtvaardigd is, pakken de hiervoor besproken theorieën heel anders uit.⁴³ Van een dochtermaatschappij kan niet worden gezegd dat zij vanwege het hebben van een moedermaatschappij die op dezelfde markt actief is een risico in het leven heeft geroepen. Evenmin gaat de profijtgedachte op, althans niet zonder meer, omdat het profijt binnen een onderneming doorgaans in de vorm van dividenden 'omhoog' wordt uitgekeerd. Denkbaar is uiteraard dat een dochtermaatschappij in een concreet geval voordeel heeft van een door haar moedermaatschappij begane inbreuk, maar het Hof van Justitie stelt dit niet als vereiste. Een dochtermaatschappij kan dus óók aansprakelijk zijn indien zij geen enkel profijt heeft gehad van de door haar moeder begane inbreuk, bijvoorbeeld doordat het prijsniveau van de producten op de verstoorde markt weliswaar hoger lag dan zonder de inbreuk het geval zou zijn geweest, maar er bij de dochter toch minder omzet werd gegeneerd.⁴⁴ Daarin kan een rechtvaardiging dus niet zijn gelegen. Omdat bij een dochtermaatschappij ook geen sprake is van zeggenschap over de moedermaatschappij, kan de rechtvaardiging voor toerekening omlaag mijns inziens ook niet worden gevonden in preventie. Welke preventieve werking gaat immers uit van een verplichting tot schadevergoeding van een dochtermaatschappij indien die dochtermaatschappij niets heeft misdaan en ook geen invloed kan uitoefenen op het gedrag van haar moedermaatschappij? Denkbaar is uiteraard dat een dergelijke aansprakelijkheid voor de moedermaatschappij als prikkel dient om zich aan de regels te houden, maar het verhoudt zich niet met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid (en andere rechtsbeginselen) om leed toe te voegen aan een ander dan de dader.⁴⁵ Ook voor de verhaalspositie van de benadeelde is toerekening omlaag niet noodzakelijk, omdat de waarde van de voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen door de uitbreiding omlaag niet wordt vergroot. De aandelen die de moedermaatschappij in haar dochtermaatschappij houdt, zijn immers reeds voor verhaal vatbaar als die moeder jegens de benadeelde aansprakelijk is. Daarmee lijkt de belangrijkste gedachte achter de eenheidsgedachte – de onderneming moet als eenheid met al haar vermogensbestanddelen instaan voor de veroorzaakte schade – ook moeilijk toepasbaar op de toerekening omlaag. Toerekening van aansprakelijkheid omhoog is, met andere

39 Ik spreek bewust van 'toerekening van aansprakelijkheid', omdat het Hof van Justitie in *Sumal* niet iedere juridische entiteit binnen de onderneming als normovertreder ziet, maar wel aansprakelijk acht (HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, JOR 2022/22, m.nt. S.A. van Dijk (*Sumal*), r.o. 42 e.v.). Daarmee lijkt sprake te zijn van een verschil met de 'Akzo-doctrine', waarin gedragingen aan de moedermaatschappij worden toegerekend, en de moedermaatschappij zelf dus ook geacht wordt onrechtmatig te hebben gehandeld (HvJ 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel c.s.*), r.o. 72).

40 HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 42.

41 Het Hof van Justitie maakt geen onderscheid tussen verschillende vormen van toerekening (zie met name de ruime formulering in r.o. 44). Kennelijk anders: O.V. Korneeva & W. VerLoren van Themaat, 'Het Sumal-arrest. Doorbraak in aansprakelijkheid van de onderneming voor mededingingsinbreuken', *NtER* 2022, afl. 3/4, p. 5.

42 HvJ 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel c.s.*), r.o. 60.

43 Hetzelfde geldt voor de toerekening opzij, die ik omwille van de beperkt beschikbare ruimte verder niet toelicht.

44 Zogeheten 'volume-effecten' als gevolg van de prijselasticiteit. Vgl. Chr.F. Kroes, 'Rolled into one: de 'onderneming' als rechtssubject bij de "privaatrechtelijke handhaving" van het mededingingsrecht', *MvO* 2022, afl. 3 & 4, p. 68.

45 Daarbij verdient opmerking dat een rechtvaardiging voor aansprakelijkheid ook nodig is om een antwoord te bieden op de vraag waarom schuldeisers van de dochtermaatschappij – denk bijvoorbeeld aan handelscrediteuren – met hun vorderingen op de dochter moeten concurreren met schadevergoedingsvorderingen, terwijl de dochtermaatschappij niets misdaan heeft.

woorden, een ander 'beestje' dan de toerekening omlaag,⁴⁶ en vraagt ook om een andere rechtvaardiging.

2.5 Afronding

Het arrest *Sumal* introduceert in het in Nederland geldende aansprakelijkheidsrecht (voor een specifiek geval) een bijzondere kwalitatieve aansprakelijkheid voor de onrechtmatige gedragingen van tot dezelfde onderneming behorende rechtspersonen. Dit roept vragen op naar de normatieve grondslagen van die aansprakelijkheid. Wat maakt dat een juridische entiteit in het kader van schendingen van mededingingsrecht kwalitatief aansprakelijk is voor de inbreukmakende gedragingen van een moeder-, dochter- of zustermaatschappij? En is een schending van mededingingsrecht wat dit betreft heel anders dan schendingen van andere normen, bijvoorbeeld op het gebied van milieu of gegevensbescherming? Het antwoord op deze vragen is niet alleen van belang voor de coherentie van het aansprakelijkheidsrecht, maar (daarmee) ook voor de rechtszekerheid van partijen. Het arrest *Sumal* biedt helaas geen antwoord op deze vragen. Voor de wetenschap rest de schone taak om op zoek te gaan naar de grondslagen én grenzen van de aansprakelijkheid van dochtermaatschappijen voor het onrechtmatige gedrag van andere groepsvennootschappen.

3. Aansprakelijkheid van de principaal voor de bemiddelaar

De tweede presentatie wordt verzorgd door Anne de Vries, promovenda aan Tilburg University en jurist bij Natuur & Milieu. Haar presentatie ziet op de aansprakelijkheid voor bemiddelaars zonder volmacht, wat ook het onderwerp van haar promotieonderzoek is.⁴⁷ Aansprakelijkheid wordt hier breed opgevat: het gaat hierbij om de vraag in hoeverre de principaal (de opdrachtgever) het juridische risico draagt voor het handelen, de wil en de kennis van een niet-gevolmachtigde bemiddelaar. Te denken valt aan een reisbureau dat reizigers ten onrechte mededeelt dat er een zwembad bij het hotel zit. Kan de reiziger dan in relatie tot het hotel remedies inroepen zoals schadevergoeding, ontbinding of vernietiging?

3.1 Aansprakelijkheid voor bemiddelaars is wenselijk
Bemiddelaars zijn tussenpersonen die in opdracht van hun principaal werkzaamheden verrichten gericht op het tot stand brengen van een overeenkomst tussen de principaal en een (of meerdere) derde(n).⁴⁸ Bemiddelaars zijn er in allerlei soorten en maten, zoals: reisbureaus, verzekerings-tussenpersonen, kredietbemiddelaars en makelaars. Ook

online platforms zoals Bol.com of Airbnb kwalificeren naar Nederlands recht vaak als bemiddelaar.⁴⁹

Contracterende partijen maken op grote schaal gebruik van bemiddelaars. Soms gaat daar iets mis doordat de bemiddelaar zijn werk niet goed doet. Dan rijst de vraag of de principaal hiervoor het risico draagt. Voor de wederpartij is dit van groot belang omdat de remedies jegens de principaal vaak effectiever en efficiënter zijn dan schadevergoeding van de bemiddelaar. Denk aan de vernietigingssanctie bij wilsgebreken (artikel 3:44 en 6:228 BW) of niet ter hand gestelde algemene voorwaarden (artikel 6:233 sub b BW). Schadevergoeding door de bemiddelaar is geen goed alternatief voor de wederpartij die van de overeenkomst met de principaal af wil.⁵⁰ Verder kan een vordering tot schadevergoeding tegen de bemiddelaar leiden tot langdurige en kostbare discussies met onwillige bemiddelaars⁵¹ of kan verhaal onmogelijk blijken, bijvoorbeeld bij faillissement.

Omwille van de effectiviteit van deze contractuele remedies, als ook de bescherming van de positie van de wederpartij, meen ik dat de principaal in dient te staan voor de precontractuele werkzaamheden die de bemiddelaar voor de principaal verricht, zoals het verstrekken van informatie aan de wederpartij en het voldoen aan precontractuele zorgplichten die op de principaal rusten. Daarnaast zijn er verschillende andere redenen om aansprakelijkheid van de principaal voor bemiddelaars aan te nemen.⁵² Zo moet worden voorkomen dat de principaal zijn precontractuele plichten kan omzeilen door tussenplaatsing van een bemiddelaar. Dit werkt misbruik van bemiddelingsconstructies in de hand.⁵³

Daarnaast wordt het profijtbeginsel geregeld genoemd als reden om het juridische risico voor het doen en laten van de bemiddelaar bij de principaal te leggen.⁵⁴ Mendel stelt in het kader van de verkoop van vastgoed via een makelaar: "Het zou een onbillijke verdeling van risico's opleveren indien een verkoper enerzijds alle voordelen zou kunnen genieten van het onderhandelingswerk van de door hem ingeschakelde en voor hem optredende deskundige makelaar, en anderzijds in

⁴⁶ Zie in die zin bijv. *Cooper Tire & Rubber Company v Dow Deutschland Inc* [2010] EWCA Civ 864, at 45 (per Longmore LJ): "Although one can see that a parent company should be liable for what its subsidiary has done on the basis that a parent company is presumed to be able to exercise (and actually exercise) decisive influence over a subsidiary, it is by no means obvious even in an Article 81 context that a subsidiary should be liable for what its parent does, let alone for what another subsidiary does."

⁴⁷ Promotoren: prof. V. Mak en prof. E. Tjong Tjin Tai.

⁴⁸ Zie ook de wettelijke definitie van bemiddeling in art. 7:425 BW en *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022*, nr 303.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld over Booking.com: HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

⁵⁰ Zo ook R.M. Vriesendorp- van Seumeren, 'De dualiteit van de assurantie-tussenpersoon', in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy e.a. (reds), *Zekerheidshalve*, Deventer: Kluwer 2003, p. 115-136 (Vriesendorp-van Seumeren 2003), p. 127 en 136.

⁵¹ In soortgelijke zin: H.J.G. van Huizen, *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 67.

⁵² Voor een opsomming van de verschillende opvattingen, zie: Dammingh 2002, p. 239-251. Uitgebreid over de grondslagen voor toerekening van kennis: B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen, Onderneming en recht* nr. 98, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (Katan 2017), hoofdstuk 4.

⁵³ Zie Vranken over adviseurs: HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken. Deze gedachte ligt (o.a.) ten grondslag aan art. 6:76 BW (Parl. Gesch. Boek 6, p. 266, 268-269) en art. 6:171 BW (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3,5 en 6), p. 1003; R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, Deventer: Kluwer 2005 (Lubach 2005), p. 147-149.

⁵⁴ Zie ook: HR 21 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:ZC2903, NJ 1999/733 m.nt. J.H. r.o. 4.5.

een mate als door hem (verkoper) gewenst zich ten nadele van de koper eenvoudig zou kunnen distantiëren van datzelfde onderhandelingswerk”.⁵⁵ In de literatuur is daarom betoogd dat, aangezien de principaal profijt heeft van het inschakelen van hulppersonen in de precontractuele fase, hij ook het risico dient te dragen van de fouten en wetenschap van deze hulppersonen.⁵⁶

Ten slotte is de principaal vaak het best in staat om schade bij de wederpartij te voorkomen.⁵⁷ Door het risico voor de bemiddelaar bij de principaal te leggen, krijgt de principaal er belang bij de bemiddelaar zorgvuldig te selecteren en, waar nodig, van instructies te voorzien. Daarnaast kan een principaal de schade die hij loopt doordat de bemiddelaar precontractuele plichten heeft geschonden, mogelijk verhalen op de bemiddelaar op basis van wanprestatie onder de bemiddelingsovereenkomst. De wederpartij, die geen overeenkomst heeft met de bemiddelaar, kan dat niet.⁵⁸

3.2 Aansprakelijkheid voor bemiddelaars: een lacune in het BW

In Nederland hebben we geen aparte regels over aansprakelijkheid voor bemiddelaars. Afdeling 7.7.3 BW regelt enkel de plichten die principaal en bemiddelaar over en weer tegenover elkaar hebben, maar niet de externe aansprakelijkheid van de principaal (voor de bemiddelaar) jegens derden. Voor de situatie dat aanbod en aanvaarding niet juist zijn overgebracht bevat art. 3:37 BW een risicoverdeling, waarbij een bemiddelaar mogelijk geldt als bode of postbus van de principaal.⁵⁹ Daarnaast bevat het BW verschillende regels over gevolmachtigden die kunnen leiden tot (contractuele) aansprakelijkheid van de principaal (art. 3:60 BW) of toerekening van kennis en wil (art. 3:66 lid 2 BW). Deze regels zien echter normaliter niet op bemiddelaars zonder (schijn van) volmacht.⁶⁰ En de risicoaansprakelijkheid voor vertegenwoordigers uit art. 6:172 BW ziet volgens de Hoge Raad ook niet op bemiddelaars zonder volmacht.⁶¹

De risicoaansprakelijkheid voor hulppersonen uit art. 6:171 BW wordt eveneens restrictief uitgelegd.⁶² Sowieso ziet dit artikel niet op particuliere opdrachtgevers. Daarnaast zal het eenheidsvereiste vaak in de weg staan aan aansprakelijkheid van de opdrachtgever.⁶³ Bemiddelaars profileren zich namelijk doorgaans als zelfstandig en hun bedrijf is duidelijk te onderscheiden van het bedrijf van de opdrachtgever.⁶⁴

Een wetsbepaling die in het verleden wel geregeld leidde tot aansprakelijkheid van de principaal voor de bemiddelaar, is art. 6:76 BW. Kort samengevat bepaalt dit artikel dat als een schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis de hulp van een ander inschakelt, hij zelf verantwoordelijk blijft. In de lagere rechtspraak over de aansprakelijkheid van de principaal voor (fouten van) aandelenleasebemiddelaars werd aanvankelijk vaak aansluiting gezocht bij art. 6:76 BW.⁶⁵ Inmiddels heeft er een omslag plaatsgevonden en nemen rechters aan dat aandelenleasebemiddelaars niet werkzaam zijn ter uitvoering van verbintenissen in de zin van art. 6:76 BW, omdat zij werken in de fase voordat een overeenkomst tot stand is gekomen.⁶⁶ Deze rechtspraak is inmiddels zo ingeburgerd dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bij een beroep op art. 6:76 BW enkel nog overweegt: “dat uit bestendige rechtspraak volgt dat de aansprakelijkheid van *Dexia* niet kan worden gegrond op de artikelen 6:76 BW, 6:171 BW en 6:172 BW”.⁶⁷ Hoewel de vraag over de toepasselijkheid van artikel 6:76 BW op (aandelenlease)bemiddelaars eenmaal in 2016 is voorgelegd in cassatie, heeft de Hoge Raad zich toen niet over de kwestie uitgelaten.⁶⁸ Een mogelijke indicatie dat de Hoge Raad weinig voelt voor toepassing van art. 6:76 BW op de precontractuele fase vormt volgens Vranken een uitspraak van een jaar later. Die uitspraak zag op de aansprakelijkheid van een franchisegever voor een te gunstige winstprognose die in zijn opdracht door een derde was opgesteld en aan de franchisenemer verstrekt. De Hoge Raad noemt hierbij wel art. 6:170-172 BW als mogelijke

55 HR 27 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0611, NJ 1989/816 m.nt. M.M. Mendel, punt 4. De HR gaat echter uit van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij (r.o. 3.2) (J.J. Valk, ‘Toerekening van externe kennis: twee gezichtspunten’, *WPNR* 2012, 6949, p. 765-773).

56 Zie Vriesendorp-van Seumeren 2003, p. 118; Lubach 2005, p. 28-30; F.H.J. Mijnsen, *Fouten van hulppersonen in contractuele en pre-contractuele verhoudingen*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1978 (Mijnsen 1978), p. 54; R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001, p. 23; M. van Laarhoven, ‘Aansprakelijkheid voor het verschaffen van onjuiste informatie in een precontractuele verhouding’, *WPNR* 2002-6484, p. 293; punt 2.16 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent bij HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31, m.nt. Vranken (*Paalman/Lampenier*). Kritisch over het profijtbeginsel: Katan 2017, p. 69-70 met verwijzing naar andere, eveneens kritische, auteurs.

57 Lubach 2005, p. 156; Mijnsen 1978, p. 49 e.v. Zo ook in in het kader van art. 6:76 BW: Parl. Gesch. Boek 6, p. 268.

58 Zo ook de Hoge Raad in HR 21 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:ZC2903, NJ 1999/733 m.nt. J.H., r.o. 4.5.

59 *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022*, nr. 309.

60 Tjong Tjin Tai meent dat er doorgaans geen reden is om de kennis van de bemiddelaar toe te rekenen aan de principaal (*Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022*, nr. 309). Uitgebreid over toerekening van kennis: Katan 2017.

61 HR 11 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN9967, NJ 2012/388.

62 Zo ook *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022*, nr. 309.

63 Zoals ontwikkeld in HR 21 december 2001, NJ 2002/75 (*Delfland/Stoeterij*).

64 Bovendien is er in de regel geen sprake van de situatie uit HR 18 juni 2010, NJ 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro*) waarbij er zodanige verwevenheid is tussen de opdrachtnemer en opdrachtgever dat aansprakelijkheid ex art. 6:171 BW gerechtvaardigd is.

65 Voor een uitgebreide bespreking van deze rechtspraak: A. de Vries, ‘Art. 6:76 BW: Aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase’, *WPNR* 2016, 7093, p. 107-112 (de Vries 2016a) en A. de Vries, ‘Artikel 6:76 BW: Aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase’, in: C.C. de Kluiver e.a. (reds), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 219-224.

66 Voor een overzicht van deze rechtspraak tot aan het jaar 2016: De Vries 2016a.

67 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7384, r.o. 5.17; Hof Arnhem-Leeuwarden, 20 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6957, r.o. 5.18 (zo ook de uitspraken in: ECLI:NL:GHARL:2020:8982 en ECLI:NL:GHARL:2020:8981).

68 HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, NJ 2017/9 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. De AG gaat wel in op de kwestie: Conclusie AG De Vries Lentsch-Kostense, 5 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016, punt 6.15-6.17. Zie uitgebreid: A. de Vries & J. Braspenning, ‘Aandelenlease: Dexia volledig aansprakelijk vanwege tussenpersoon’, *NTBR* 2017, p. 17-23.

grondslagen voor aansprakelijkheid van de franchisegever voor de derde, maar niet art. 6:76 BW.⁶⁹

Ik meen dat het voor de hand had gelegen om de aansprakelijkheid van de principaal voor zijn bemiddelaar wel te baseren op art. 6:76 BW. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 6:76 BW beoogt te voorkomen dat de schuldeiser het risico op fouten bij de nakoming van de verbintenis afwentelt op zijn wederpartij.⁷⁰ Precies dit risico bestaat ook bij de ‘uitbesteding’ van precontractuele plichten aan een bemiddelaar. Daarnaast behelst de precontractuele fase een afgebakende verhouding tussen de principaal en zijn toekomstige wederpartij, lijkend op de afgebakende verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser uit art. 6:76 BW. Dit is een wezenlijk verschil met de risicoaansprakelijkheden in art. 6:170-172 BW, die zien op een open groep van potentiële benadeelden met wie de principaal geen enkele speciale relatie heeft willen aangaan, wat om een restrictieve interpretatie vraagt.

3.3 Aansprakelijkheid voor bemiddelaars in Engeland: rechtsonzekerheid

De vraag of een principaal het risico draagt voor zijn bemiddelaar, wordt in Engeland meestal gezien als een vraag die valt onder de *Law of Agency*. Dit rechtsgebied regelt de aansprakelijkheid van de principaal voor zijn *agent*.

Hoewel de term ‘agent’ soms gebruikt wordt om te verwijzen naar bemiddelaars zonder volmacht,⁷¹ ziet de officiële betekenis enkel op agents die *authority* hebben om de juridische positie van de principaal te wijzigen.⁷² Zij hebben *actual authority* (volmacht) of *apparent authority* (schijn van volmacht). Bemiddelaars zonder volmacht kwalificeren volgens *Bowstead and Reynolds* – het leidende Engelse handboek over *Agency law* – enkel als ‘incomplete agents’, zodat de regels over aansprakelijkheid van de principaal voor de agent niet van toepassing zijn.⁷³

Echter, uit de rechtspraak ontstaat een minder eenduidig beeld. Zo oordeelde een meerderheid van de *House of Lords* in *Branwhite v Worcester Works Finance* (1969) dat een kredietbemiddelaar geen agent is van de kredietverstrekker omdat hij enkel handelt als “*a channel of communication*

bringing together two people interested in a business transaction.”⁷⁴ In 2014 oordeelde de *Supreme Court* daarentegen dat kredietbemiddelaars “*are usually the debtor’s agent, because they assess the debtor’s needs and give advice on the suitability of the product.*”⁷⁵ In die laatste uitspraak wordt evenwel met geen woord gerept over de vraag of de kredietbemiddelaar gemachtigd was om namens de kredietnemer het krediet af te sluiten.

De onzekerheid over de kwalificatie van bemiddelaars zonder volmacht is opgemerkt door verschillende auteurs in relatie tot reisbemiddelaars⁷⁶ en makelaars.⁷⁷ Al in 1978 merkte Reynolds op dat er een lacune bestaat tussen de rechtstheorie en de behoeften van de commerciële praktijk, zodat flexibeler moet worden omgegaan met de kwalificatie van *agent*.⁷⁸ In 1982 schrijft ook Fridman: “*our notion of agency may have to be revised*”. Waarna hij zijn zorg uitspreekt dat dit stilzwijgend gebeurt zonder dat rechters goed beargumenteren wat ze doen.⁷⁹ Deze zorg van Fridman is helaas gegrond gebleken.⁸⁰

3.4 Aansprakelijkheid voor bemiddelaars in de EU: de handelaar draagt het risico

Op EU-niveau speelt de vraag of de principaal verantwoordelijk is voor het handelen van zijn bemiddelaar vooral in het Europees consumentenrecht. Dan gaat het om de vraag of de handelaar het risico draagt voor schendingen van het EU consumentenrecht door de bemiddelaar.

Deze vraag lijkt, tamelijk verassend, grotendeels beantwoord te worden in de definitie van handelaar.⁸¹ Zo ziet de definitie van aanbieder in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG, Richtlijn OHP) mede op *degene die in naam van of voor rekenschap van de aanbieder optreedt* en de Timeshare richtlijn (2008/122/EC) mede op *degene die in naam van of ten behoeve van hem optreedt*. Naar de letter genomen staat hier dat *degene die in naam van of ten behoeve/voor rekening*⁸² van de handelaar optreedt zelf als

69 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, NJ 2018/12 m.nt. Vranken, r.o. 5.3. Deze uitspraak wordt gezien als het vervolg op de fel besproken *Paalman/Lampenier*-uitspraak (HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 m.nt. Vranken) waarin art. 6:76 BW ongeschikt werd bevonden als grondslag voor aansprakelijkheid omdat er op de franchisegever geen verbintenis rustte om aan de franchisegever een winstprognose te verstrekken.

70 Parl. Gesch. Boek 6, p. 268-269. De Rechtbank Noord-Holland leidt uit de wetgeschiedenis af dat de principaal ook aansprakelijk is voor fouten van tussenpersonen in de precontractuele fase.: Rb Noord-Nederland 10 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6915, r.o. 4.6.

71 P. Watt, F.M.B. Reynolds & W. Bowstead, *Bowstead and Reynolds on agency*, London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2014 (Bowstead & Reynolds 2014), par. 1-003 & 1-022; R. Goode, *Commercial law*, London: LexisNexis UK 2004 (Goode 2004), p. 163.

72 Bowstead & Reynolds 2014, par. art. 1(1)-(2), 1-002-003, 1-014 & 6-034; Goode 2004, p. 164-165.

73 Bowstead & Reynolds 2014, par. 1-019.

74 *Branwhite v Worcester Works Finance Ltd* [1969] 1 A.C. 552, Morris of Borth-y-Gest, Guest and Upjohn, punt 559.

75 *Plevin v Paragon Personal Finance Ltd. Conlon v Black Horse Ltd* [2014] UKSC 61, Lord Sumption, punt 33.

76 Y. Chittenden, ‘Legal liability of travel agents: are they agents at all?’ *Auckland University Law Review* 1999, afl. 4, p.1061-1089.

77 G.H.L. Fridman, ‘Abuse and Inconsistent Use of Agency’, *University of Western Ontario Law Review* 1982, afl. 1, p. 23-52; S. Robinson, ‘Estate Agents – Agents?’, *U. Queensland L.J* 1988-1989 afl. 1, p. 46 en 53.

78 F. Reynolds, ‘Agency Theory and Practice’, *Law Quarterly Review* 1978, vol. 94, p.224-238.

79 G.H.L. Fridman, ‘Abuse and Inconsistent Use of Agency’, *University of Western Ontario Law Review* 1982, afl. 1, p. 23-52

80 Gelet op *Plevin v Paragon Personal Finance Ltd. Conlon v Black Horse Ltd* [2014] UKSC 61, Lord Sumption, punt 33.

81 Zie hierover mijn bijdrage: A. de Vries, ‘Travel intermediaries and responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture’, *EuCML* 2016, afl. 3 (De Vries 2016b), par. III. Uitgebreid over de definitie van handelaar, zie: M.Y. Schaub, ‘Wie is handelaar?’, *Tvc* 2019, afl. 1, p. 5-13.

82 ‘Ten behoeven van’ wordt door de Nederlandse wetgever gelezen als synoniem voor ‘voor rekening van’. Beiden zouden verwijzen naar middellijke vertegenwoordiging (*Kamerstukken* 2009/10, 32422, nr. 3, p. 6).

aanbieder kwalificeren.⁸³ Dit is opmerkelijk aangezien veel remedies in deze richtlijnen slechts effectief zijn in relatie tot de handelaar.⁸⁴ In de literatuur is daarom wel geopperd dat de definitie mogelijk beoogt te verduidelijken dat de aanbieder primair verantwoordelijk blijft voor tussenpersonen die in zijn belang handelen.⁸⁵ Binnen de EU bestond hierover aanvankelijk echter geen consensus.⁸⁶ Het Europees Parlement stond positief tegenover het inlezen van een dergelijke aansprakelijkheidsregel in de Richtlijn OHP: *“The directive must cover the promotion of actions by other firms, since more and more often unfair practices are being employed by third parties which have contractual links to a trader”*.⁸⁷ De Raad meent evenwel dat hiervan geen sprake is: *“taking into account that the present Directive does not regulate liability.”*⁸⁸

Inmiddels is de handelaarsdefinitie iets aangepast. Zo wordt in de Richtlijn Consumentenrechten (2011/83/EU), de Richtlijn Pakketreizen (2015/2302), de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770) en de Richtlijn consumentenkoop (2019/771) verwezen naar de handelaar die handelt *mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt*. Volgens de Raad moet dit verzekeren dat *“the trader is covered by the provisions of the directive every time he acts through his representative. At the same time, the wording of the phrase avoids making the representative of the trader personally liable for the fulfilment of the trader’s obligations.”*⁸⁹ Een aansprakelijkheidsregel dus.

Voor bemiddelaars zonder volmacht zijn de gevolgen van de nieuwe handelaarsdefinitie echter nog steeds niet helemaal duidelijk. Volgens de Nederlandse wetgever maakt de definitie de handelaar namelijk alleen verantwoordelijk voor

middellijke en onmiddellijke vertegenwoordigers:⁹⁰ *“als er sprake is van een ontoereikende volmacht kan de consument zich uitsluitend wenden tot de tussenpersoon”*.⁹¹ Echter in de *Crailsheimer Volksbank*-uitspraak oordeelde het Hof van Justitie dat de definitie ook zag op een bemiddelaar zonder volmacht, zodat de handelaar het risico droeg voor diens schending van de Richtlijn Colportage.⁹² Een verklaring voor deze ruimere interpretatie zou kunnen zijn dat de term ‘on behalf’ in de Engelse definitie van handelaar een ruimere betekenis (namelijk: in het belang van) heeft dan het Nederlandse ‘voor rekening’.

Het is duidelijk dat de verkapte aansprakelijkheidsregel in de handelaarsdefinitie tot veel discussie en onzekerheid kan leiden. Het zou beter zijn als deze complexe materie expliciet geregeld zou worden. De Richtlijn pakketreizen is hiervan een voorbeeld. In deze richtlijn wordt in de meeste artikelen expliciet verduidelijkt dat de reisorganisator primair verantwoordelijk is voor de naleving, waarbij de consument soms ook de doorverkoper kan aanspreken.⁹³ De Richtlijn pakketreizen zou hiermee als voorbeeld kunnen dienen voor andere EU consumentenrichtlijnen.

3.5 Conclusie

In alle drie de rechtstelsels is onzekerheid over de vraag of de principaal het risico draagt voor zijn bemiddelaar zonder volmacht. Het gebrek aan duidelijke regels is opmerkelijk omdat er op grote schaal via bemiddelaars gecontracteerd wordt. In Nederland lijkt het erop dat de wederpartij de principaal vaak niet verantwoordelijk kan houden voor diens bemiddelaar. Dit betekent dat de wederpartij hiervoor het risico draagt en eventuele schade op de bemiddelaar moet verhalen. Dat is een weinig bevredigende uitkomst. Dit vraagt om herbezinning op het BW. Mogelijk kan daarbij inspiratie worden opgedaan uit het Engelse systeem, dat de regels over agents soms ook toepast op bemiddelaars, of uit het EU-recht, waar de verantwoordelijkheid voor bemiddelaars primair bij de professionele partij wordt gelegd.

4. Absolute aansprakelijkheid voor concerns: een Indiaas initiatief

De derde presentatie geeft Stijn Jonasse, docent-onderzoeker aan de Vrije Universiteit Amsterdam, die een proefschrift voorbereidt over de aansprakelijkheid van een moederverenootschap voor de onrechtmatige daad van haar dochterverenootschap. Zijn presentatie gaat over risicoaansprakelijkheid voor concerns voor een onrechtmatige daad gepleegd door één van de daartoe behorende vennootschappen naar Indiaas recht.

83 Over de gelijklopende handelaarsdefinitie uit de Richtlijn Colportage: Opinion of the Economic and Social Committee on the proposal for a Council Directive to protect the consumer in respect of contracts which have been negotiated away from business premises, [1977] OJ C180/39, 40.

84 Zo ook H. Schulte-Nölke, ‘Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR’, in: G. Howells & R. Schulze (red.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 38 over de aanvankelijk gelijklopende definitie van aanbieder in art. 2 lid 2 van het voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten.

85 T. Wilhelmsson, *European fair trading law: the unfair commercial practices directive*, Aldershot: Ashgate Publishing 2006, p. 68; B. Keirnsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011 (Keirnsbilck 2011), p. 239-241.

86 Zie hierover ook: Keirnsbilck 2011, p. 240-241.

87 Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a European Parliament and Council directive concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending Directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive) (COM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)), amendment 14.

88 Common Position (EC) No 6/200 adopted by the Council on 15 November 2004 with a view to the adoption of the Unfair Commercial Practices Directive, (*Pb EU* 2005, C 38E/1), p. 17. Zie over deze kwestie: Keirnsbilck 2011, p. 240-241.

89 Council, ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, First reading Preparation for the next informal trilogue’ 10481/11 CONSOM 80 JUSTCIV 138 CODEC 859. Loos merkt op dat het onwenselijke gevolg is dat de principaal ook aansprakelijk wordt voor middellijke vertegenwoordigers: M. Loos, ‘Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht’, *NJB* 2013, /2205, afl. 38, p. 2685.

90 Bij de Nederlandse implementatie van de richtlijn werd bij “voor rekening” verwezen naar de situatie van lastgeving (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 17) en bij ‘namens’ naar de gevolmachtigde ex art. 3:60 lid 1 BW (*Kamerstukken I* 2007/08, 30 928, nr. C, p. 9).

91 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 16-17.

92 HvJ EG 25 oktober 2005, C-229/04, ECLI:EU:C:2005:640 (*Crailsheimer Volksbank t. Klaus Conrads*), r.o. 41-45.

93 Zie hierover uitgebreid: De Vries 2016b, par. V.

In de praktijk is in India de moedervernootschap aansprakelijk voor de onrechtmatige daden van haar dochtervernootschappen. Deze vorm van aansprakelijkheid stamt uit de jaren 80 van de vorige eeuw en is geïntroduceerd naar aanleiding van één van de grootste industriële rampen uit de geschiedenis: de Bhopal-giframp, waarover later meer. Om het Indiase aansprakelijkheidsregime te kunnen begrijpen en dit te kunnen vergelijken met de Nederlandse situatie, moeten eerst een aantal stappen worden gezet. Achtereenvolgens wordt besproken: (1) het onderscheid tussen een contracts-schuldeiser en een OD-schuldeiser, (2) de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid naar Nederlands recht, (3) de Bhopal-giframp, (4) de rechtsontwikkeling volgend op de Bhopal-giframp, en (5) de Shell/Nigeria-zaak.

4.1 *Het onderscheid tussen een contracts-schuldeiser en een OD-schuldeiser*

Omdat de risicoaansprakelijkheid voor concerns naar Indiaas recht slechts bestaat in het geval dat een daartoe behorende vennootschap een onrechtmatige daad heeft gepleegd en niet geldt in het geval dat een schuldeiser iets te vorderen heeft op basis van een overeenkomst, is het zaak om kort stil te staan bij het onderscheid tussen deze twee type schuldeisers.

De positie van een contracts-schuldeiser is anders dan die van een OD-schuldeiser. Daar liggen drie redenen aan ten grondslag. Ten eerste is het zo dat een contracts-schuldeiser zijn wederpartij kiest evenals de inhoud waar hij over contracteert. De OD-schuldeiser doet dat niet. Hij kiest noch voor zijn wederpartij, noch voor “de inhoud” van de OD. Anders gesteld: een contracts-schuldeiser is dat op vrijwillige basis, een OD-schuldeiser op een onvrijwillige basis. Ten tweede geldt dat een contracts-schuldeiser onderzoek kan doen naar zijn wederpartij. Hij kan bijvoorbeeld in zijn overweging meenemen wat de kredietwaardigheid van zijn wederpartij is – denk in het kader van concerns aan eventueel door de moedervernootschap afgegeven 403-verklaringen – en wat de kans is dat er iets misgaat in de uitvoering van de overeenkomst. Een OD-schuldeiser heeft naar zijn aard geen onderzoek gedaan naar de wederpartij waar hij zich onvrijwillig mee geconfronteerd ziet. Ten derde hoopt de contracts-schuldeiser, als alles volgens plan verloopt, winst te behalen uit de overeenkomst die hij gesloten heeft. Hij hoopt op een win-win-situatie. Die vlieger gaat voor een OD-schuldeiser niet op; hij kan hoogstens gecompenseerd worden voor de schade die hem is aangedaan, maar zal hoogstwaarschijnlijk liever hebben dat de onrechtmatige daad die hem is aangedaan in zijn geheel niet voorgevallen zou zijn. Een contracts-schuldeiser kiest zijn wederpartij en de inhoud van de overeenkomst, kan daarvoor onderzoek doen, en hoopt daar voordeel uit te behalen. De OD-schuldeiser is dat onvrijwillig, heeft geen onderzoek kunnen doen, en ligt geen potentieel voordeel in het verschiet. Komt dit onderscheid terug in doorbraakkwesties naar Nederlands recht?

4.2 *Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid naar Nederlands recht*

Het Nederlandse recht kent geen concernaansprakelijkheid, maar wel doorbraak van aansprakelijkheid. De indirecte doorbraak van aansprakelijkheid vertoont de meeste gelijkenissen met de casuïstiek die in India heeft geleid tot concernaansprakelijkheid. Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid vindt plaats als de moedervernootschap zelf een onrechtmatige daad heeft gepleegd ten opzichte van een schuldeiser van een dochtervernootschap. In het *Sobi/Hurks*-arrest⁹⁴ heeft de Hoge Raad, om vast te kunnen stellen of sprake is van indirecte doorbraak van aansprakelijkheid, vier stappen geformuleerd: (1) beoordelen en vaststellen van de hechte aard van de concernstructuur en de daarbij horende macht van de moeder om dingen bij de dochtervernootschap gedaan te krijgen; (2) concluderen tot een zorgplicht van de moeder tegenover de schuldeisers van de dochter vanwege die hechte concernstructuur in combinatie met moeders voorafgaande intensieve bemoeienis; (3) bepalen van het tijdstip waarop de moeder van de deplorabele toestand van haar dochter geacht mag worden op de hoogte te zijn en haar zorgplicht daarom werd geactiveerd (*peildatum*); en (4) beslissen of moeder haar zorgplicht in voldoende mate is nagekomen.⁹⁵ Een moedervernootschap heeft dus vanaf de peildatum een zorgplicht ten opzichte van schuldeisers van een noodlijdende dochtervernootschap. Deze bijzondere verplichting van de moedervernootschap is het gevolg van de (potentiële) macht⁹⁶ die de moedervernootschap heeft om invloed op de dochtervernootschap uit te oefenen.

De overwegingen van de Hoge Raad in het *Sobi/Hurks*-arrest zijn algemeen geformuleerd en lijken, in ieder geval in theorie, toepasbaar op elk type schuldeiser. Wel is het zo dat het in de *Sobi/Hurks*-zaak, evenals de voorgaande en daaropvolgende zaken die aan de hoge Raad zijn voorgelegd, ging om contracts-schuldeisers.⁹⁷ De vereisten om

94 HR 21 december 2001, NJ 2005/96; JOR 2002/38, m.nt. NEDF en Steef M. Bartman (*Sobi/Hurks II*).

95 Zie over dit stappenplan ook D.R.C. Smit, *MvO* 2020/3-4, B.E.L.J.C. Verbunt & R.F. van den Heuvel, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *VCL-bundel 2006-2007* (VDHI nr. 93), p. 211 en F. van Liere, *O&F* 2015, afl. 3, p. 61. Zie voorts *Compendium*, p. 2282, waar nog verdere onderscheidingen worden aangebracht. Barneveld, diss., p. 469 e.v., ziet daarentegen weinig in ‘geformuleerde kaders’ vanwege de sterk casuïstische aard van de doorbraak-jurisprudentie.

96 Uit het arrest *Sobi/Hurks II* van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat ook een ‘potentiële ingrijpmacht’ van de moedervernootschap onder omstandigheden voldoende kan zijn om tot het oordeel te komen dat de moedervernootschap nalatig – en daardoor onrechtmatig – heeft gehandeld jegens de schuldeisers van haar dochtervernootschap. HR 21 december 2001, NJ 2005/96; JOR 2002/38, m.nt. NEDF en Steef M. Bartman (*Sobi/Hurks II*). Zie ook uitgebreid de conclusie van A-G Timmerman bij HR 12 september 2008, RO 2008/78; JOR 2008/297, m.nt. M.H.J. van Maanen (*Coutts*).

97 HR 25 september 1981, NJ 1982/443, m.nt. Maeijer (*Osby*); HR 19 februari 1988, NJ 1988/487, m.nt. Van der Grinten (*Albada Jelgersma II*); HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (*Nimox*); HR 18 november 1994, NJ 1995/170, m.nt. Maeijer (*NBM/Securicor*); HR 12 juni 1998, NJ 1998/727, m.nt. Van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*); HR 21 december 2001, JOR 2002/38, m.nt. Faber/Bartman (*Sobi/Hurks*); HR 12 september 2008, JOR 2008/297 (*Coutts Holding*); HR 11 september 2009, NJ 2009/656, m.nt. Van Schilfgaarde (*Comsys Holding*); HR 19 april 2019, JOR 2019/244, m.nt. Bartman (*Xando*).

doorbraak van aansprakelijkheid te bewerkstelligen zijn dus vastgesteld en gevormd binnen een kader waarin de gestelde feiten en omstandigheden specifiek verband houden met de situatie van een contracts-schuldeiser. Hoewel de Hoge Raad dus een algemene regel lijkt te formuleren, lijkt die regel naar zijn inhoud toch te zijn toegespitst op een contractuele verhouding; het gaat om het vaststellen van voorafgaande bemoeienis en de bepaling van een moment waarop de zorgplicht van de moeder geactiveerd wordt mede op basis van die voorafgaande bemoeienis en de deplorabele toestand van de dochter. Bij onrechtmatige gedragingen van de dochter zal veelal geen sprake zijn van voorafgaande intensieve bemoeienis, noch hoeft er sprake te zijn van een insolvente dochter. Dit wordt geïllustreerd door de Bhopal-giframp.

4.3 Bhopal-giframp

Gedurende twee decemberdagen in 1984 lekte uit een bestrijdingsmiddelenfabriek van Union Carbide of India nabij Bhopal, een miljoenenstad in India, 47 ton methylisocyaanaat (MIC). Door de wind werd dit toxische gas het meest dichtbevolkte gedeelte van Bhopal ingedragen. Al snel bleek MIC inderdaad buitengewoon giftig te zijn; tussen vierduizend en zestienduizend mensen stierven aan de gevolgen van MIC. Tussen de honderdvijftigduizend en zeshonderduizend mensen raakten gewond.⁹⁸

Naar aanleiding van de ramp werden honderden rechtszaken geïnitieerd, welke vervolgens zijn geconsolideerd voor de US District Court for the Southern District of New York. De Indiase overheid nam *parens patriae* aan en voerde de rechtszaak namens haar ingezetenen verder.⁹⁹ Aangezien Union Carbide of India niet genoeg verhaal bood voor de schuldeisers, restte voor de Indiase overheid de zware taak om een doorbraak van aansprakelijkheid naar de Amerikaanse moedervernootschap, Union Carbide Corporation, te bewerkstelligen. In haar dagvaarding pleitte de Indiase overheid voor concernrisicoaansprakelijkheid en legde daar twee argumenten aan ten grondslag.

Ten eerste beargumenteerde ze dat een onderscheid tussen moedervernootschap en dochtervernootschap in een dergelijke multinational fictief was:¹⁰⁰

“Multinational corporations [. . .] have it within their power to make decisions and take actions that can result in industrial disasters of catastrophic proportion and magnitude [...] In reality, there is but one entity, the monolithic multinational, which is responsible for the design, development and dissemination of information and technology worldwide, acting through a forged network.”

98 Upendra Baxi, *Mass Torts, Multinational Enterprise Liability and Private International Law*, 276 Rec. Des Cours 297 (1999), p. 354-355.

99 Upendra Baxi, *Mass Torts, Multinational Enterprise Liability and Private International Law*, 276 Rec. Des Cours 297 (1999), p. 355.

100 Brief of the Plaintiffs, *Union of India v. Union Carbide Corp.*, reprinted in The Indian Law Inst. Mass Disasters and Multinational Liability: The Bhopal Case (1986), p. 4-5.

Ten tweede beargumenteerde ze dat het concern beter in staat is om het risico en de schade te dragen van de ramp dan de getroffen personen dat zijn:¹⁰¹

“Persons harmed by the acts of a multinational corporation are not in a position to isolate which unit of the enterprise caused the harm, yet it is evident that the multinational enterprise that caused the harm is liable for such harms. The multinational must necessarily assume the responsibility, for it alone has the resources to discover and guard against hazards and to provide warnings of potential hazards.”

Op de inhoudelijke rechtsvraag die voorlag – is de Union Carbide Corporation aansprakelijk voor de door de ramp veroorzaakte schade – is nooit antwoord gegeven, daar India en Union Carbide Corporation een schikking hebben getroffen.

4.4 Rechtsontwikkeling na de Bhopal-giframp

Toch heeft de Bhopal-giframp grote invloed gehad op het in India geldende aansprakelijkheidsregime. De Supreme Court of India heeft namelijk een jaar na de Bhopal-giframp in *M.C. v. Shiram Food and Fertilizer Industries* een vorm van concernaansprakelijkheid aangenomen voor bedrijven die betrokken zijn bij riskante of inherent gevaarlijke industrie en activiteiten. In deze zaak, die gelijkenissen vertoonde met de Bhopal-giframp, stond de aansprakelijkstelling van een moedervernootschap voor de dood van één persoon ten gevolge van een gaslek bij een dochtervernootschap centraal. Toen de Supreme Court of India hier een arrest overging wijzen, lagen de Bhopal-giframp en haar gevolgen nog vers in het geheugen. Het is waarschijnlijk dat mede daardoor de Supreme Court of India de eerdergenoemde vorm van concernaansprakelijkheid heeft aangenomen.¹⁰²

“[A]n enterprise [...] engaged in a hazardous or inherently dangerous industry [...] owes an absolute and non-delegable duty to the community that no harm results to any one on account of the dangerous nature of the activity it has undertaken [...] If the enterprise is permitted to carry on the hazardous or inherently dangerous activity for its profit, the law must presume that such permission is conditional on the enterprise absorbing the cost of any accident.”

Concerns die schadelijke of gevaarlijke activiteiten¹⁰³ ondernemen zijn als geheel aansprakelijk voor eventuele schade die uit die activiteiten voortvloeit. Daar zijn geen uitzonderingen op mogelijk. De door de Supreme Court of India uitgezette lijn in *M.C. v. Shiram Food and Fertilizer Industries* is in de daaropvolgende jaren meermaals bevestigd en bestendigd. Meest recent in 2020 in wederom een gaslekzaak: de

101 Brief of the Plaintiffs, *Union of India v. Union Carbide Corp.*, reprinted in The Indian Law Inst. Mass Disasters and Multinational Liability: The Bhopal Case (1986), p. 4-5.

102 A.I.R. 1987 S.C. 1086.

103 De overheid kan per besluit bepalen of een industrie als schadelijk of gevaarlijk is aan te merken.

Vizag Gas Leak case.¹⁰⁴ Deze lijn betekent een *de facto* risico-aansprakelijkheid voor concerns die opereren in schadelijke of gevaarlijke industrieën. Hierna wordt middels de Shell/Nigeria-zaken het Indiase aansprakelijkheidsregime kort vergeleken met het Nederlandse.

4.5 De Shell/Nigeria-zaak

De Shell/Nigeria-zaak¹⁰⁵ biedt een mooi aanknopingspunt om het Indiase met het Nederlandse systeem te vergelijken. In deze zaak ging het mede om de aansprakelijkheid van de moeder voor de door haar dochter veroorzaakte schade ten gevolge van olie lekkages – de schuldeisers waren dus OD-schuldeisers. Naar Indiaas recht is het vrij duidelijk of de moeder voor dergelijke schade zal moeten opdraaien: dat moet ze. Shell opereert in een schadelijke industrie en de schade komt voort uit de activiteiten van Shell. Naar Nederlands recht is dat evenwel niet geheel duidelijk. Daarvoor zal onder meer eerst moeten komen vast te staan dat sprake was van (1) voorafgaande intensieve bemoeienis van de moedervennootschap RDS bij het beleid van de dochtervennootschap SPDC, (2) een hechte concernstructuur, en (3) RDS's wetenschap van de deplorabele staat van SPDC voorafgaand aan de olie lekkages. Het is nog maar de vraag of aan die vereisten kan worden voldaan en dat zou betekenen dat de Nigeriaanse gedupeerde boeren met de schade blijven zitten. Het Indiase systeem voelt duidelijker en eerlijker, dus valt daar niet wat voor te zeggen?

5. Secundaire aansprakelijkheid

De laatste spreker van de middag is Kirsten Maes, advocaat bij Van Benthem & Keulen en daarnaast als onderzoeker en docent verbonden aan de Universiteit Utrecht. Aan deze universiteit promoveerde Maes op 30 oktober 2020 op een proefschrift over de secundaire aansprakelijkheden van beheerders van private ruimten.¹⁰⁶ Zij presenteert haar belangrijkste (rechtsvergelijkende) conclusies over de wenselijke omgang met secundaire aansprakelijkheden in het Nederlandse recht.¹⁰⁷

5.1 Belangstelling, maar ook terughoudendheid

5.1.1 Populariteit secundaire aansprakelijkheid

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.¹⁰⁸ Zo'n 'secundaire partij' wordt dan verweten het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij – de directe of *eigenlijke* veroorzaker van de schade – niet te hebben voorkomen. Het gaat dus in essentie om de vraag of de secundaire partij voldoende toezicht heeft gehouden op de primaire partij.

Bekende voorbeelden waarin overheidsinstellingen als secundaire partij in procedures zijn betrokken, zijn de procedure tegen de Staat en de Gemeente Enschede vanwege de vuurwerkramp in Enschede¹⁰⁹ en de procedure tegen de politie vanwege het schietincident in Alphen aan den Rijn.¹¹⁰ Naast deze overheidsinstellingen, worden vandaag de dag ook (steeds) meer (semi-)private partijen als scholen, sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen, horecagelegenheden, winkels en diverse soorten recreatieruimten als secundaire partij in rechte betrokken.¹¹¹

Secundaire aansprakelijkheidsvragen dringen zich bovendien op in actuele maatschappelijke thema's, zoals de verantwoordelijkheid van secundair betrokken actoren als ouders, scholen en online platformen voor de (steek)incidenten in de drillrapsce.¹¹² Ook in het maatschappelijke debat over seksueel grensoverschrijdend gedrag staan verantwoordelijkheden van secundaire actoren ter discussie, veelal naast het gedrag van de primaire partij.¹¹³

5.1.2 Bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid

Alhoewel er dus een toenemende interesse bestaat voor secundaire aansprakelijkheid (sclaims), bestaan er ook de nodige bezwaren die tegen een (ruime) aanvaarding van secundaire aansprakelijkheden pleiten.

104 *Lg Polymers India Private Limited vs Andhra Pradesh Pollution Control*, NGT 8 June 2020.

105 Arresten van Gerechtshof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132-134.

106 Promotoren: prof. mr. I. Giesen en prof. mr. R. Rijnhout.

107 Deze bijdrage is gebaseerd op het achtste hoofdstuk van het proefschrift 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 (hierna: Maes 2020 of 'het proefschrift'). Een uitgebreidere versie van deze bijdrage is bovendien te vinden in K.L. Maes, 'Secundaire aansprakelijkheid. Een samenvattende weergave van het proefschrift van mr. dr. K.L. Maes', *VR* 2021/41, p. 98-105.

108 Zie onder meer I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Ennekking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014 (hierna: Giesen 2014), p. 109; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid', *RMThesis* 2019, afl. 1 (hierna: Tjong Tjin Tai 2019), p. 31 en 32.

109 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 (*Vuurwerkramp Enschede*).

110 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.

111 Voor voorbeelden en een overzicht van de hierover gewezen rechtspraak, wordt verwezen naar Maes 2020, hoofdstukken 3-6.

112 Zie hierover K.L. Maes & J. den Hartog, 'De opkomst van de drillrapsce: een schets van de zorgen en zorgplichten', *NTBR* 2021/28, afl. 8.

113 Te denken valt aan de vragen die zijn gesteld over de betrokken productie maatschappijen rondom het seksueel grensoverschrijdend gedrag bij The Voice of Holland (zie bijvoorbeeld: 'RTL en ITV: grensoverschrijdend gedrag The Voice-bandleider Rietbergen niet bij ons gemeld', *nrc.nl* 16 januari 2022). In de rechtspraak over secundaire aansprakelijkheid vanwege seksueel grensoverschrijdend gedrag zijn overigens met name uitspraken bekend tegen zorg- en onderwijsinstellingen. Voorbeelden zijn Gerechtshof Arnhem 8 april 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AC0331; Rechtbank Leeuwarden 6 juni 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BW8279; Rechtbank Rotterdam 16 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2975; Rb. Noord-Holland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11921.

Te denken valt allereerst aan de (on)voorzienbaarheid van het schade-incident voor de secundaire partij. 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. De schending van die belangen is immers per definitie afhankelijk van het niet (altijd of precies) voorspelbare en gekende handelen van de primaire partij (B). 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.¹¹⁴

Ook kan de beperkte voorzienbaarheid van de schade consequenties hebben voor de vraag of de secundaire aansprakelijkheid enig preventief (afschrikkend) effect genereert.¹¹⁵ De preventiedoelstelling veronderstelt immers dat een partij op de hoogte is van de norm die moet worden nageleefd,¹¹⁶ terwijl het aansprakelijkheidsrecht juist relatief slecht aangeeft hoe secundaire partijen zich moeten gedragen om schade te voorkomen.

Tot slot kan worden gedacht aan zogenoemde morele bezwaren die tegen secundaire aansprakelijkheden pleiten. Zo wordt er door verschillende auteurs op gewezen dat het niet de bedoeling kan zijn dat degene die het schadevoorzakend voorkomt, op dezelfde wijze aansprakelijk is als degene die het veroorzaakt.¹¹⁷ De ellende begint immers met het handelen of nalaten van een ander, aldus Hartlief.¹¹⁸ Dit morele argument tegen de aanname van secundaire aansprakelijkheden wordt in de Angelsaksische literatuur aangeduid met de frase: 'Why pick on me?'¹¹⁹

5.3 Secundaire aansprakelijkheid in het huidige systeem

5.3.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid

De hiervoor genoemde bezwaren klemmen temeer daar waar (of worden gevoed door het feit dat) het huidige Nederlandse hoofdelijkheidssysteem tot gevolg heeft dat de secundaire partij – naast of in plaats van de primaire partij – door de benadeelde voor de volledige schade aangesproken kan worden, ook al heeft zij verhoudingsgewijs een veel kleiner deel van de schade veroorzaakt. 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.¹²⁰ De benadeelde partij kan dus zowel de primaire als de secundaire partij voor de *gehele* schade aanspreken, en niet slechts voor het door elke partij specifiek veroorzaakte gedeelte daarvan.

Daarbij dient bedacht te worden dat secundaire partijen vaak partijen betreffen die met toezichhoudende taken en verantwoordelijkheden zijn belast (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.

Uiteraard kan de secundaire partij wel regres nemen op de primaire partij voor dat deel van de schade dat haar niet aangaat. De relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij speelt immers wel een rol in hun onderlinge regresverhouding (conform art. 6:10-6:14 BW). De door elk van de partijen te betalen som wordt dan (pas) vertaald in een percentage van 0% tot 100%. Voor de secundaire partij is dit regresrecht echter in feite een lege huls als de primaire partij niet liquide, 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 ook is. Het resultaat van dit systeem is dat de secundaire partij in de praktijk voor het vaak aanwezige risico op een insolvente primaire partij heeft in te staan.

De hiervoor besproken bezwaren kunnen zich – zeker gezien de verstrekkende gevolgen van het hoofdelijkheidssysteem – vertalen in een restrictieve (rechterlijke) toetsing in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid. In de Nederlandse rechtspraktijk wordt dan ook

114 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.

115 Volstaan wordt met de 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.

116 T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 8.

117 I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 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'.

118 T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJB* 2010/490 afl. 10 (hierna: Hartlief 2010), p. 603.

119 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.

120 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 ongelijkssoortige vormen van samenloop sprake is, zoals bij secundaire aansprakelijkheid in de regel niet het geval zal zijn.

een terughoudendheid geconstateerd bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheid.¹²¹

5.3.2 *Het huidige 'alles-of-niets' systeem*

Maes concludeert in haar onderzoek dat de besproken bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid in het huidige systeem niet op een genuanceerde manier verdisconteerd kunnen worden. De daarbij aangelegde aansprakelijkheids-toets leidt in deze gevallen immers in feite tot een 'alles-of-niets'-antwoord. Dit laat zich – samenvattend – toelichten als volgt.

De precieze intensiteit van het verwijt dat de secundaire partij treft, wordt bij de toetsing van de zorgplichtschending (aan de hand van de *Kelderluik*-factoren) niet in het aansprakelijkheidsantwoord vertaald. Ook een *beperkte* mate van verwijtbaarheid leidt in de relatie tot de benadeelde zodoende 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 devolledige schadelast – in de regresrelatie met de veelal insolvente primaire partij uiteindelijk in veel gevallen (ook) 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.¹²²

Het huidige systeem biedt dus 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.

5.4 *Een voorstel tot een (meer) wenselijke omgangswijze*

5.4.1 *Inleiding*

Maes doet tijdens haar voordracht, voortbouwend op haar proefschrift, concrete aanbevelingen voor 'alternatieve omgangswijzen' met de (toenemende) secundaire

aansprakelijkheden in het Nederlandse recht. Zij heeft zich daarbij laten inspireren door de resultaten uit haar onderzoek en met name uit de Amerikaanse rechtsvergelijking. In deze bijdrage worden de belangrijkste onderzoeksresultaten op hoofdlijnen geschetst. Noodzakelijkerwijze en ten behoeve van die hoofdlijn, zijn bepaalde nuances of verdiepingen die in het proefschrift wel zijn behandeld, in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

5.4.2 *De werking van een partieel systeem*

Maes heeft in haar onderzoek, geïnspireerd op de Amerikaanse rechtsfiguur van de 'several liability', een partieel systeem ontwikkeld en bepleit.¹²³ In een dergelijk systeem is elke partij (primair/secundair) aansprakelijk voor dat deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade (het 'veroorzakingsaandeel'). Partijen zijn dus niet samen (hoofdelijk) tot vergoeding van de *gehele* schade gehouden.

Maes bepleit 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.¹²⁴ In die gevallen spelen de bezwaren tegen het toewijzen van de secundaire aansprakelijkheid – de 'alles'-uitkomst – immers het meeste op, en wringt de schoen van het huidige systeem. Het gaat dus in feite om een uitzondering op het bestaande hoofdelijkheidssysteem, en vervangt het hoofdelijkheidssysteem (als vertrekpunt) dus niet.

5.4.3 *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 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 bijvoorbeeld met toepassing van art. 6:98 BW in de omvangsfase

121 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 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.

122 Aldus J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en Aandelenlease als voorbeelden', *NJB* 2004, afl. 42, p. 2186 ('Want een dader die weinig onzorgvuldigheid kan worden verweten alle schade te laten dragen is ook onredelijk') en D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichhouders?* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, p. 67 ('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').

123 Zie voor een 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.

124 In deze bijdrage wordt niet nader ingegaan op het antwoord op de vraag wanneer van een 'beperkt verwijt' sprake is, evenals op de bezwaarlijkheid van een dergelijke open norm als toetsingskader voor de partiële aansprakelijkheid. Zie daarover hoofdstuk 8, par. 5.3 van het proefschrift.

(schadepost A of schadepost B), kan.¹²⁵ Kortom, en daarin ligt de essentie, met een partieel systeem kan (wel) 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.

De rechter heeft in een partieel systeem bovendien meer 'grip' op de secundaire aansprakelijkheid en de daadwerkelijke omvang ervan, waardoor de geschetste angsten dat het spreekwoordelijke hek met toewijzing van dergelijke aansprakelijkheden van de dam zou zijn, ook minder reëel zijn. De secundaire aansprakelijkheid blijft bij toepassing van dit systeem dus goed (en beter) beheersbaar. Een partieel toedelingssysteem kan daarnaast 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.

5.4.4 De positie van het slachtoffer

Uiteraard kunnen wel vraagtekens bij de positie van het slachtoffer geplaatst worden, die – in elk geval op papier – door het hoofdelijkheidssysteem (wel) beschermd wordt tegen de problemen waar het slachtoffer in het verhaal van de schade bij een primaire partij mee te kampen kan hebben. In een hoofdelijkheidssysteem kan het slachtoffer zich dan voor het geheel tot de secundaire partij richten. Als het partiële systeem wordt toegepast, geldt die bescherming niet.

Daar kan echter tegenover geplaatst worden dat het slachtoffer zich in het huidige systeem met een terughoudende lijn in de rechtspraak geconfronteerd ziet, en vaak nul op rekest krijgt in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure (óók in de minder evidente gevallen). In een partieel systeem zal daarentegen geen of minder noodzaak bestaan om de secundaire zorgplicht principieel terughoudend te toetsen. Als de rechter de geschetste bezwaren op een meer genuanceerde manier in de daadwerkelijke schadelast van de secundaire partij kan vertalen in plaats van 'alles-of-niets', kunnen de redenen voor terughoudendheid bij de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid immers wegvallen.

Een van de voorbeelden is te vinden in de terughoudendheid in de rechtspraak bij secundaire aansprakelijkheidsprocedures tegen scholen wegens pestgedrag van leerlingen. Tot een secundaire aansprakelijkstelling van een school op die grond is geen Nederlandse rechter tot nu toe gekomen, ondanks dat deze kwesties toch zeer geregeld aan

de rechter worden voorgelegd.¹²⁶ Hier wordt een ingewikkelde kwestie geraakt: de invloed van scholen op pestgedrag van haar leerlingen is beperkt. Desondanks blijkt uit de rechtspraakanalyse ook dat er gevallen aan te wijzen zijn waarin het wel degelijk aan (pest)beleid of communicatie schortte¹²⁷ of de school anderszins op een verkeerde manier met het pestgedrag omging.¹²⁸ In een partieel systeem is denkbaar dat de rechter de in deze uitspraken wel vastgestelde fouten – zoals 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 wel het instrument van de partiële aansprakelijkheid toepast en de aansprakelijkheid op een specifiek percentage begroot.

Zodoende kan partiële aansprakelijkheid ook een alternatief bieden voor deze afwijzende lijn in de huidige rechtspraak, door in uitspraken als de voornoemde een meer specifiek oordeel te geven waarin het specifieke verwijt van de school tot uitdrukking wordt gebracht, zonder – zoals de slotsom in deze uitspraken (nu) luidde – de fouten wel te erkennen, maar de secundaire aansprakelijkheid desondanks volledig af te wijzen. Dat er in deze en andere gevallen bij de rechter geen of minder neiging tot voorzichtigheid of afwijzing in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheden zal bestaan, kan dus juist ook de belangen van het slachtoffer dienen.¹²⁹ Dat geldt temeer daar waar het hoofdelijkheidssysteem in het voorgestelde systeem als uitgangspunt blijft gelden in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt, maar een ernstiger verwijt treft.¹³⁰

Tot slot: zelfs als niet aangenomen kan worden dat het slachtoffer steeds gebaat is bij een partieel systeem, kan de vraag worden gesteld of het slachtoffergedachtegoed van het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem steeds dient te prevaleren boven het feit dat een dergelijke partiële toedeling een antwoord kan bieden op de toenemende secundaire aansprakelijkheidsclaims in het Nederlandse recht, evenals de bezwaren tegen de vestiging van een dergelijke aansprakelijkheid. Bij de beantwoording van deze vraag dient bovendien bedacht te worden dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen een middel is om leed met financiële tegemoetkomingen te verzachten, maar ook een gedragstoets gericht tot de (secundaire) dader omvat.¹³¹

125 Met dien verstande dat met de introductie van partiële aansprakelijkheid nadrukkelijk niet wordt bepleit dat art. 6:98 BW in secundaire aansprakelijkheidsprocedures buiten toepassing dient te blijven. Zie hierover hoofdstuk 8, par. 5.4 van het proefschrift.

126 B.M. Pajmans, 'Kroniek: aansprakelijkheidsrecht – de jongste loot aan de stam van de kronieken', *School & Wet* 2019, afl. 2, p. 24. Zie hierover nader hoofdstuk 3 van het proefschrift.

127 Zie de besproken uitspraken Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5344 en Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*).

128 Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5344.

129 Zie nader over de positie van het slachtoffer in een partieel systeem, hoofdstuk 8, par. 5.3.8 van het proefschrift.

130 Zie hoofdstuk 6, par. 5.3.4.3 over 'de wenselijkheid van de handhaving van (óók) een hoofdelijkheidssysteem'.

131 W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand (red.), *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 48.

5.5 Conclusie

Maes sluit haar bijdrage af met de stelling dat een (voorwaardelijk) partieel toedelingssysteem in het Nederlandse recht het genuanceerde antwoord kan bieden waar de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek om vraagt. Wat de partiële toedelingswijzen betreft, zijn de 'Amerikaanse toestanden' wellicht dus zo gek nog niet.

6. VBR-publicatieprijs 2021

Aan het einde van de middag werd de VBR-publicatieprijs uitgereikt door jurylid Sjoerd Meijer. De winnaar van de prijs is Ingeborg Haazen, die de prijs wint voor haar artikel "*Casualty of public health*": enige gedachten over compensatie van vaccinatieschade naar aanleiding van het Amerikaanse systeem' in het Tijdschrift voor Personenschade.¹³² Het artikel gaat over een actueel en maatschappelijk relevant onderwerp, namelijk de vraag hoe moet worden omgegaan met schade als gevolg van vaccinatie, zoals tegen COVID-19. In haar artikel bespreekt Haazen verschillende opties, te weten aansprakelijkheid, verzekering en (*no-fault*) schadefonds. In het bijzonder staat zij stil bij de wijze waarop in het Amerikaanse recht is vormgegeven aan een *no-fault* systeem en aan de verschillen tussen het Amerikaanse recht en het Nederlandse recht, die men in het oog moet houden bij het 'transplanteren' van een oplossing naar het Nederlandse recht. Zij komt tot aanbevelingen, waarbij zij met name gewicht toekent aan de maatschappelijke solidariteit waartoe in het kader van het vaccinatiebeleid werd opgeroepen.

De jury roemt het artikel vanwege de maatschappelijke relevantie en de durf om als eerste gedachten te uiten over vergoeding van vaccinatieschade in Nederland. De bijdrage laat zien dat de vergoeding van vaccinatieschade complex is, maar draagt ook oplossingen aan voor de problemen die daarbij kunnen rijzen. De combinatie van de maatschappelijke relevantie en de wetenschappelijke diepgang – Haazen verwijst ook veelvuldig naar niet-juridische bronnen – maken dat het artikel de basis legt voor het verder denken over vergoeding van vaccinatieschade en de winnaar is van de VBR-publicatieprijs 2021.

132 I. Haazen, "*Casualty of public health*": enige gedachten over compensatie van vaccinatieschade naar aanleiding van het Amerikaanse systeem', *TVP* 2021, afl. 3, p. 77-88.