

Tilburg University

Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat

Barendrecht, J.M.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (2004). Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en Aandelenlease als voorbeelden. *Nederlands Juristenblad*, 79(42), 2180-2193.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en Aandelenlease als voorbeelden

Nederlands Juristenblad 2004, p. 2180 e.v.

Maurits Barendrecht¹

Centrum voor aansprakelijkheidsrecht Universiteit van Tilburg

Samenvatting

De juridische, organisatorische of politieke verantwoordelijkheid voor dingen die fout gaan komt meestal bij één of meer personen terecht, die de gehele 'schuld' krijgen. Tusseloplossingen, waarbij de verantwoordelijkheid wordt verdeeld, komen minder vaak voor. Het is meestal 'alles of niets'.

Dit artikel brengt eerst de steeds sterker wordende argumenten in kaart voor verdeling van verantwoordelijkheid als hoofdregel in complexere situaties. Dan is verdeling vaak redelijker, lijkt beter aan te sluiten bij opvattingen over rechtvaardigheid en vergemakkelijkt het vinden van oplossingen. Verdeling van verantwoordelijkheid hoeft niet ten koste te gaan van preventie, en hoeft ook geen 'sorry-cultuur' te betekenen waarin verantwoordelijken er af komen met alleen een excuus.

Vervolgens geeft het artikel een aanzet voor een systeem van verdeling voor situaties waarin verschillende betrokkenen meerdere gelegenheden hebben gehad om schade te vermijden of te verminderen. Het is een hulpmiddel voor partijen, mediators, rechters en andere beoordelaars van verantwoordelijkheid. Het systeem bouwt voort op het 'Culpable Control' model van Mark D. Alicke. Het helpt de gebruikers eerst om de mogelijke bijdragen aan het ontstaan van de nadelige situatie in kaart te brengen. Vervolgens kunnen gebruikers nagaan welke mate van controle ieder van de betrokkenen over deze oorzaak had. De te beantwoorden vraag is daarbij welke vrijheid om de uitkomst te beïnvloeden de betrokkene had, en wat de beperkingen van deze vrijheid waren, zoals fysieke, cognitieve, emotionele en situationele beperkingen. Dan wordt het relatieve gewicht van ieder van de bijdragen bepaald. Tenslotte kunnen de gebruikers van het systeem tot een verdelingspercentage komen.

I. ALLES OF NIETS TEGENOVER VERDELING VAN VERANTWOORDELIJKHEID

A. Toerekenen

Als er iets mis gaat, rekenen mensen dat intuïtief toe aan personen. Juristen onderscheiden daarbij tussen causaliteit (het oorzakelijk verband tussen handeling en resultaat), de verantwoordelijkheid daarvoor (een vorm van toerekening die voort kan

¹ De auteur dankt Rogier van Bijnen, Willem van Boom en Matthias Borgers voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel, dat tot stand kwam in het kader van het project 'De rekenende rechter' van het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg en ook zal verschijnen in de bijbehorende bundel, uit te geven door Boom Juridische Uitgevers.

spruiten uit een risico-verdeling), schuld (een vorm van verwijtbaarheid) en opzet.² Onder psychologen, die spreken van attributie, zijn modellen gemeengoed waarin ook een rangorde naar sterkere verantwoordelijkheid zit:³ van ‘controllability’, via ‘responsibility’ naar ‘blame’ en ‘intention’.⁴

Maar de orde is deels schijn. De begrippen zijn moeilijk van elkaar te onderscheiden.⁵ Oordelen over schuld zijn in hoge mate intuïtief.⁶ Zij worden beïnvloed door spontane evaluaties, die een affectieve reactie zijn op de gebeurtenis en de mensen in kwestie:⁷ schuld uitdelen gaat min of meer vanzelf en is vaak deels een emotionele reactie. Als hun emoties zijn getriggerd door akelige details over het gebeurde, of zelfs door een soortgelijke gebeurtenis, rekenen mensen gebeurtenissen bijvoorbeeld eerder toe aan daders.⁸ De bijna automatische beoordeling wordt verder in gang gezet door informatie over iemands intenties, iemands gedragingen en de gevolgen daarvan, maar ook door factoren als iemands aantrekkelijkheid, reputatie of sociale categorie,⁹ en schema’s van eerdere soortgelijke situaties die men in het hoofd heeft.¹⁰

Oordelen over schuld worden bovendien verstoord door wat in de psychologie ‘motivational’ en ‘cognitive biases’ heten.¹¹ Mensen gaan uit van een ‘just world’ waarin ieder het zijne verdient, zodat ze – zonder zich daarvan bewust te zijn – slachtoffers schuld in de schoenen schuiven, bijvoorbeeld in whiplash gevallen.¹² Zij laten zich bij toerekening aan de daderkant beïnvloeden door de zwaarte van de uitkomst,¹³ overschatten de mogelijkheden van mensen om uitkomsten te beïnvloeden,¹⁴ en beoordelen actief handelen strenger dan nalaten.¹⁵ Aan beide kanten

² Zie voor de begrippen, de onderscheidingen en de discussies daarover bijvoorbeeld Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht III*, nr. 27-92 en J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, 2^{de} druk, 2003, p. 272-278.

³ Piaget (*The Psychology of the Child*, London 1932), Heider (*The Psychology of Interpersonal Relations*, New York 1958) en Shaver (*The Attribution of Blame: Causality, Responsibility and Blameworthiness*, New York 1985) legden de basis voor deze benaderingen.

⁴ Janet Mantler, E. Glenn Schellenberg & J. Stewart Page, Attributions for Serious Illness: Are Controllability, Responsibility, and Blame Different Constructs? *Canadian Journal of Behavioural Science*, 2003, pp. 142-152.

⁵ Mantler c.s. 2003, 143.

⁶ Vgl. J. Haidt, The Emotional Dog and its Rational Tail, *Psychological Review* 2001, 814-834 en David A. Pizarro & Paul Bloom, The Intelligence of the Moral Intuitions: Comment on Haidt, *Psychological Review* 2003, 193-196.

⁷ M. D. Alicke, Culpable control and the psychology of blame, *Psychological Bulletin* 2000, p. 558.

⁸ Alicke 2000, p. 566.

⁹ Alicke 2000, p. 564 e.v.

¹⁰ P.J. van Koppen & D.J. Helsing, De schuld krijgen, In: P.J. van Koppen, D.J. Helsing, H. Merckelbach & H.F.M. Crombag (red.), *Het recht van binnen: Psychologie van het recht*, Deventer 2002, p. 25-40.

¹¹ Alicke 2000, p. 556.

¹² M.J. Lerner, *The Belief in a Just World*, New York 1980; Alicke 2000, p. 566; Valerie P. Hans & Juliet Dee, Whiplash: Who’s to Blame?, *Brooklyn Law Review* 2003, p. 1093-1120.

¹³ Alicke 2000, p. 556 en 567

¹⁴ Alicke 2000, p. 558 en 568.

¹⁵ Jonathan Baron, *Thinking & Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 3rd edition 2000, p. 400. Thomas Gilovich, Dale Griffin & Daniel Kahneman (Ed.) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

wordt dus spontaan al snel te veel schuld uitgedeeld. Zelfs professionele beoordelaars zoals rechters ontkomen daar niet aan.¹⁶

B. Exclusieve toerekening aan één persoon

Deze mechanismen zijn waarschijnlijk één van de redenen waarom er vaak 'een' verantwoordelijke wordt gevonden, ook als de werkelijkheid een complexe is. De minister treedt af voor dingen die diep in zijn ministerie zijn fout gegaan, de voetbaltrainer heeft het gedaan vanwege een verkeerde wissel, en de eigenaar van de vuurwerfabriek waar brand ontstond wordt voor alle gevolgen verantwoordelijk gehouden.

Rechtsnormen en instituties als de ministeriële verantwoordelijkheid zijn dan ook vaak nog gericht op een alles of niets beslissing. De gedachte is dat bepaald handelen of nalaten foutief is geweest, of dat een bepaalde schade voor iemands risico komt. Dan volgt toedeling van de volledige schade aan de veroorzaker. Er wordt een digitale beslissing genomen: de verantwoordelijk treedt af, of blijft aan; is aansprakelijk, of niet; is strafbaar, of gaat vrijuit.

Voor sommige situaties is dat een goed systeem. Wie niet betaalt wat hij contractueel heeft afgesproken, moet natuurlijk zo worden aangepakt. En ook voor opzettelijke schadetoebrenging of fraude is moeilijk iets anders dan volledige toerekening te rechtvaardigen.

C. Graduele verantwoordelijkheid en verdeling: Volendam en Aandelenlease als voorbeelden

Maar in de veel gevallen waarin iets mis gaat, zijn er meerdere factoren die een rol spelen. De meeste verkeersongevallen ontstaan al uit een combinatie van factoren: iets hogere snelheid, iets lagere oplettendheid, een vergefelijke verkeersfout en een ongelukkige wijze van bekneld raken. Als een consument een geschil heeft met een leverancier, is er vaak iets te zeggen over de kwaliteit van het product of de dienst, maar ook over de manier waarop de klant zijn wensen heeft uitgedrukt, de te snelle aannames van de leverancier over wat de klant zou willen, of over de wijze waarop de klant zijn beklag heeft gedaan.

Deze complexiteit doet zich steeds vaker voor in het aansprakelijkheidsrecht en dat is ook goed te verklaren:¹⁷

- De risico-beheersing verbetert. De meest voor de hand liggende veiligheidsrisico's en risico's van leveranciersbedrog kunnen tegenwoordig worden beheerst. De overblijvende risico's komen vooral voort uit een toch nog onvoorziene samenloop van factoren. Of uit situaties die ambigu zijn.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld C. Guthrie, J. Rachlinski & A. Wistrich, Inside the Judicial Mind, 86 *Cornell L. Rev.* 2001, p. 777 e.v.

¹⁷ Vgl. Iris Marion Young, *Responsibility and Structural Injustice*, Discussion Paper for Political Theory Workshop, Princeton University 2003, die er op wijst dat een 'liability model' van verantwoordelijkheid veronderstelt dat schade min of meer eenduidig te herleiden is tot de acties van enkelen en dat vaak sprake is van door de situatie en maatschappelijke structuren veroorzaakte onrechtvaardigheid.

- Er vindt steeds meer specialisatie en taakverdeling plaats, waarbij verschillende personen en instanties in een ‘keten’ componenten van producten en diensten leveren. Bij de onderlinge afstemming in de keten kan het misgaan, en dat is vooral een kwestie van communicatie tussen mensen, minder van duidelijke fouten van individuele personen.
- Bij de risico-beheersing zijn alle mogelijke hulppersonen en toezichthouders betrokken, die enerzijds geen volledige beheersing hebben over de processen die zij controleren, en anderzijds wel vertrouwen scheppen dat risico’s worden beheerst (denk bijvoorbeeld aan toezichthouders).

In dergelijke situaties, waarin het vooral schort aan de onderlinge afstemming van handelingen, ligt exclusieve toedeling minder voor de hand. Dat geldt niet alleen voor juridische toerekening, maar ook voor andere processen waarin verantwoordelijkheid wordt toegerekend. Een keten van ambtenaren van verschillende ministeries heeft een reeks van jaren aan een project gewerkt, ondersteund door uitbesteed onderzoek en bedrijven die een deel van de uitvoering hebben gedaan. Is het dan nog zinnig om een goed functionerende minister verantwoordelijk te houden, die halverwege het project is aangetreden en zijn werk goed deed door zich alleen op hoofdlijnen te laten informeren?

D. Verdeling: een nog weinig bestudeerde tendens

Doel van dit artikel is de wenselijkheid en de praktische uitvoerbaarheid van verdeling in kaart te brengen. Ik neem twee algemeen bekende casussen als voorbeeld: de Nieuwjaarsbrand te Volendam en de Aandelenlease-affaire. De voorbeelden lijken misschien extreem, maar dat zit hem vooral in de omvang van de gevolgen. De casussen lijken wel representatief voor wat er kan misgaan door een serie van factoren. Volendam is in die zin een ‘gewoon’ ongeval; de Aandelenlease affaire een ‘gewone’ mislukte leverantie.

Over verdeling is nog weinig geschreven, misschien wel omdat Paul Scholten er een losse flodder op afvuurde in het Algemeen Deel. Hij zet de tussenoplossing daar neer als ‘onrecht’. Een rechter die onzekerheid over de beslissing toont, ‘deugt niet voor rechter’.¹⁸ Het juridische onderzoek naar verdeling is sinds die tijd vooral volgend: de jurisprudentie over (bijvoorbeeld) eigen schuld in het verkeer wordt in kaart gebracht.

In een studie uit 1997 was de constatering dat tussenoplossingen vooral voorkwamen in overgangssituaties, bij verwevenheid van het handelen van partijen en bij onzekere situaties.¹⁹ Moeilijkheden bij verdeling waren volgens de auteurs:

- dat verdeling een symmetrische maatstaf vergt, die gelijk op beide partijen kan worden toegepast, terwijl de aan hen toe te rekenen omstandigheden vaak ongelijk van aard zijn;
- dat verdeling een ingewikkelder juridisch kader vergt dan een zwart/wit toedeling; er is niet slechts één grens tussen wit en zwart nodig, maar een eerste grens tussen

¹⁸ P.Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle 1974, p. 134.

¹⁹ W.H. van Boom c.s. (red.), *Tussen alles en niets; Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer 1997.

wit en grijs, dan een graduele maatstaf die bepaalt welke grijstint het moet zijn, en tenslotte een tweede grens tussen grijs en zwart.

Maar in de praktijk van het privaatrecht vindt intussen steeds vaker een verdeling van ontstaan nadeel plaats over meerdere partijen. Voorbeelden zijn:

- Beëindigingsvergoedingen in duurrelaties die maar een deel van het nadeel dekken: alimentatie, ontslagvergoedingen, of vergoedingen bij het einde van distributieovereenkomsten.
- Verdeling via het leerstuk van eigen schuld bij ongevallen.
- Verdeling van nadeel over aanbieder en afnemer in de rechtspraak over beleggingsproducten aan de hand van een lijst van factoren.²⁰
- Verdeling van nadeel bij onzeker causaal verband.²¹
- Partijen in een geschil schatten hun kans op winst in een procedure en komen op die basis tot een schikking.

Op andere terreinen is die verdeling van verantwoordelijkheid ook zichtbaar. Ministeriële verantwoordelijkheid wordt in zekere zin gespreid over minister en ambtenaren: de minister kan eerder terugkomen op een mooie nieuwe functie naar mate hem minder kan worden verweten; naar mate de betrokken ambtenaren meer kan worden verweten zullen sancties tegenover hen zwaarder zijn.²² De mate van strafrechtelijke verantwoordelijkheid en de eigen rol van het slachtoffer kunnen tot uitdrukking komen in de hoogte van de straf. Genoeg aanleiding dus, voor een diepgaander onderzoek.

II. WAAROM VERDELING?

Wat zijn de voor- en nadelen van oplossingen waarbij verantwoordelijkheid over meerdere personen of instanties wordt verdeeld?

A. Mogelijke voordelen van verdeling

1. Passender bij complexe interacties

Zoals we zagen, gaat het in contractuele geschillen die de rechtszaal bereiken, maar ook in onrechtmatige daadzaken, relatief vaak om een complexe interactie waarin beide partijen, in ieder geval achteraf gezien, mogelijkheden hadden schade te voorkomen. Hugo de Groot stelde al verdeling van nadeel voor in geval van aanvaringen waarbij de schuld moeilijk vast te stellen was.²³ Calabresi pleitte daarvoor

²⁰ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabobank/Everaars).

²¹ Zie *Schadevergoeding* (Losbladig), Artikel 96 (S.D. Lindenbergh en T.E. Deurvorst), aant. 135 en Artikel 98, aant. 13.2 (R.J.B. Boonekamp) voor de literatuur en de toepassingen in de rechtspraak en ook M.S.A. Vegter, Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2004, p. 73 e.v.

²² Zie voor een overzicht van de literatuur E. van Thijn en P. van Dijk, Parlementaire controle en ministeriële verantwoordelijkheid, *Bestuurskunde* 2000, p. 209-218.

²³ Zie Francesco Parisi & Vinci Fon, Causation and Responsibility: The Compensation Principle from Grotius to Calabresi, 2004 <http://ssrn.com/abstract=529042>.

in zijn ‘The Costs of Accidents’, het belangrijkste boek over aansprakelijkheidsrecht van de afgelopen eeuw.²⁴ Zijn argument is dat het redelijk en welzijnsverhogend is om een slachtoffer een vergoeding te geven naar rato van de wederzijdse bijdragen aan het ontstaan van de schade. Er zijn immers situaties waarin de dader het ongeval wel had kunnen voorkomen, maar geen zodanige mate van onzorgvuldig handelen kan worden vastgesteld dat hij alle schade zou moeten dragen. Want een dader die weinig onzorgvuldigheid kan worden verweten alle schade te laten dragen is ook onredelijk.

Hoewel de zeer flexibele zorgvuldigheidsnorm en eigen schuldregeling daar alle ruimte toe bieden, is de rechtspraktijk nog steeds primair gericht op een ‘alles of niets’. Rechters rekenen in complexe situaties zelden ieder van de beweerdelijk gemaakte fouten door op mate van onzorgvuldigheid en causale bijdrage aan de schade.²⁵ Zij plegen er één aspect uit te halen. In de belangrijkste uitspraak tot nu toe over de Aandelenlease-affaire²⁶ focust de rechtbank op de waarschuwingen in de advertentie voor de gevolgen van een koersdaling. Die vielen echter in het totaalbeeld van de advertentie weinig op. De rechtbank redeneert de schreeuwerige aanprijzing met de term ‘Winstverdriedubbelaar’ weg als een ‘niet misleidende overdrijving’. Dat is op zijn minst betwistbaar gezien de eerdere jurisprudentie.²⁷ Maar een rechtbank die kiest tussen de labels misleidend en niet-misleidend voor de advertentie in zijn geheel, zal al gauw selectief naar één van beide uitkomsten toe redeneren, ook als voor beide standpunten iets te zeggen is. Want verdeling van aansprakelijkheid in dit type zaken is niet gebruikelijk, hoewel gemakkelijk zou kunnen worden geoordeeld dat bepaalde elementen van een advertentie wel misleidend zijn, en andere niet, waarna het een kwestie van causaal verband en schadeberekening is welk gedeelte van de schade door de misleidende onderdelen veroorzaakt is.

In de kwestie Volendam is het (nog) niet tot een gerechtelijke uitspraak gekomen. Gemeente, eigenaars van het pand, de uitbater en de vereniging die de slachtoffers vertegenwoordigt zijn dichtbij een overeenkomst waarbij de gevolgen over de betrokkenen zijn verdeeld.²⁸ Maar als de rechter had moeten oordelen, dan was wellicht de focus komen te liggen op de wijze waarop de gemeente de naleving van de brandveiligheidseisen heeft gecontroleerd, of op de nalatigheid van de uitbater om die eisen na te leven. Waarschijnlijk was de Gemeente óf voor de hele schade, óf helemaal niet aansprakelijk geacht.

²⁴ Zie ook Guido Calabresi & Jeffrey Cooper, *New Directions in Tort Law*, *Valparaiso University Law Review* 1996, p. 859 e.v.

²⁵ Maar het gebeurt wel, zie noot 20.

²⁶ Rechtbank Amsterdam 7 juli 2004, NJ Feitenrechtspraak 2004, nr. 411 (Leaseverlies en Consumentenbond/Dexia)

²⁷ Vgl. bijvoorbeeld de toelichting op Art. 1 van de Nederlandse Reclame Code: “Voor de beoordeling van het element aanprijzing speelt de totale uiting een rol” en College Van Beroep RCC 8 oktober 2001 (kogelvrije vesten) over het in zijn geheel beschouwen van reclame-uitingen.

²⁸ De Gemeente heeft het pand aangekocht en aan de slachtoffers is een nazorgovereenkomst voorgelegd, waarin de Gemeente haar aansprakelijkheid afkoopt en Veerman ook aanzienlijk bedrag in een waarborgfonds stort (zie berichten in het Noord Hollands Dagblad van 23 april 2004 en 27 augustus 2004 en ook de website van de Stichting die optreedt ten behoeve van de slachtoffers: www.ssnv.nl).

2. Opvattingen over verdelende rechtvaardigheid

Wat vinden mensen een rechtvaardige verdeling en hoe plegen zij voor- en nadelen te verdelen? Economen deden veel experimenten met verdeling van sommen geld over twee partijen. Zij vonden – verrassend genoeg voor wetenschappers die plegen aan te nemen dat ieder alleen zijn eigen winst maximaliseert – dat zelfs mensen die elkaar niet kennen vaak min of meer gelijk delen. Dat geldt ook als zij de macht hebben zich een groter deel dan de ander toe te eigenen. Gemiddeld geven zij dan een derde deel aan de ander, wat betekent dat veel paren gelijk delen, en er slechts een minderheid is die in zo'n situatie alles voor zichzelf houdt.²⁹

Wel speelt een belangrijke rol hoe de verdelende partij de intenties van de andere partij beoordeelt.³⁰ Als de wederpartij als onredelijk wordt gezien, zal het aandeel dat zij ontvangt kleiner zijn.³¹ Een ander probleem is de aan het begin van dit artikel besproken moeite die mensen hebben als zij intuïtief verantwoordelijkheid toerekenen. Zij achten zichzelf sterker verantwoordelijk voor positieve uitkomsten en minder verantwoordelijk voor negatieve uitkomsten. Zij zien zichzelf als 'beter' dan anderen.³² Dit geldt in het bijzonder in situaties die ambigu zijn.³³ Een reactie daarop in situaties waarin mensen harmonie wensen te bewaren, is het terugvallen op gelijke verdeling.³⁴

Ook psychologen doen onderzoek naar wat mensen als rechtvaardig beschouwen.³⁵ Mensen blijken zichzelf te vergelijken met anderen en vinden verdelingen aanvaardbaarder als zij gebaseerd zijn op objectieve criteria.³⁶ De volgende criteria komen in aanmerking.

- De eerste studies namen aan dat *gelijke verdeling* de voorkeursregel zou zijn in situaties waarin harmonie belangrijk is, zoals in lange termijnrelaties. Dat werd bevestigd: veel experimenten lieten zien dat zelfs mensen die een verhoudingsgewijs grote bijdrage leveren, meestal gelijk willen delen in situaties waarin zij nog vaker met de andere persoon te maken hebben. Degene die een lagere bijdrage leveren wilden dan liever verdeling naar geleverde bijdrage in

²⁹ Zie voor overzichten van de literatuur: E. Fehr and K. Schmidt, A Theory of Fairness, Competition and Cooperation, *Quarterly Journal of Economics* 1999, p. 817-868; E. Fehr, A. Falk and U. Fischbacher, On the Nature of Fair Behavior, *Economic Inquiry* 2003, p. 20-26.

³⁰ Fehr, Falk and Fischbacher 2003, t.a.p.

³¹ Madan M. Pillutla & J.Keith Murnighan, Fairness in Bargaining, *Social Justice Research* 2003, p. 241-262 op p. 254

³² Pillutla & Murnighan 2003, p. 241 ff.

³³ T.R. Tyler, Social Justice, In: R. Brown and S. Gaertner (Eds.), *Blackwell Handbook of Social Psychology*, Volume 4 Intergroup processes, London 2001, p. 344-366.

³⁴ Tyler 2001, t.a.p.

³⁵ Morton Deutsch, Justice and Conflict, In: Peter T. Coleman & Morton Deutsch (Eds.), *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, San Francisco 2000 en Nancy Welsh, Perceptions of Fairness in Negotiations, *Marquette Law Review*, 2004, 753-768 geven handzame overzichten.

³⁶ T.R. Tyler, Citizen discontent with legal procedures, *American Journal of Comparative Law* 1997, p. 869-902; Vgl. Harris Sondak, Margaret A. Neale & Robin Pinkley, The Negotiated Allocation of Benefits and Burdens: The Impact of Outcome Valence, Contribution, and Relationship 64 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1995, pp. 249-260.

sommige studies,³⁷ en vroegen een gelijk deel in andere experimenten.³⁸ Deze resultaten verklaren bijvoorbeeld het hardnekkige gelijk delen in maatschappen, ook als de bijdrage van partijen aan de winst uiteen gaat lopen.³⁹ Binnen relaties blijft gelijke verdeling de sterkste norm.⁴⁰

- Als de schaarste (behoefte) groter wordt – zoals waarschijnlijk in veel situaties waarin schadevergoeding moet worden betaald – gaan degenen die meer positieve bijdragen leverden geleidelijk sterker aandringen op verdeling *naar rato van het bijgedragene*. Gelijke verdeling is kennelijk een luxe.⁴¹ Degenen die veel bijdragen willen ook sterker worden beloond naar bijdrage als de relatie geleidelijk lossier wordt.⁴² Verdelingssystemen die bijdrage als criterium gebruiken zijn bijvoorbeeld de winst- (en verlies-)verdelingsmechanismen in vennootschappen. Zij plegen aan te sluiten bij investeringen in kapitaal en in arbeid. Ook nadeel kan worden verdeeld naar rato van de inspanning die een partij zich heeft getroost om het nadeel te voorkomen. De verhoging van de kans op schade door het wederzijdse handelen is bijvoorbeeld het criterium dat de Hoge Raad gebruikt als het gaat om de verdeling van schade bij verkeersongevallen. De primaire verdelingsmaatstaf is nu ‘causaliteit’, die wordt ingevuld als gevaarverhoging.⁴³ Maar de kans op schade lijkt niet de enige relevante factor. Ook de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen bepaalt immers of van iemand meer had kunnen worden verwacht om de schade te voorkomen. In de meeste rechtssystemen wordt inmiddels een invulling aan het eigen schuld leerstuk gegeven waarin zowel de mate van causale bijdrage als de mate van schuld een rol speelt.⁴⁴
- In familie-relaties wordt verdeling *naar behoefte* in het algemeen als het redelijkst gezien, gevolgd door gelijkheid en geleverde bijdrage als verdelingsnormen.⁴⁵ Behoeft is een verdelingscriterium dat bijvoorbeeld terugkomt in het alimentatierecht. Impliciet speelt het ook mee wanneer eerder aansprakelijkheid wordt aangenomen ten gunste van zwaardere slachtoffers, of ten laste van verzekerde daders.

Het geheel gelijk of ongelijk krijgen, dat inherent is aan veel juridische normen, lijkt slecht te rijmen met deze onderzoeksresultaten. Mensen zijn redelijk genuanceerd, zij

³⁷ E.G. Shapiro, Effect of Expectations of Future Interaction on Reward Allocations in Dyads: Equity or Equality, *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, p. 873–880; Sondak, Neale & Pinkley 1999, t.a.p.

³⁸ W. Austin, Friendship and Fairness: Effects of Type of Relationship and Task Performance on Choice of Distribution Rules, *Personality and Social Psychology Bulletin* 1980, p. 402–408.

³⁹ Sondak, Neale & Pinkley 1999, p. 492 voor een overzicht van de literatuur.

⁴⁰ Sondak, Neale & Pinkley 1999, t.a.p.

⁴¹ Sondak, Neale & Pinkley 1999, t.a.p.

⁴² Harris Sondak, Margaret A. Neale & Robin Pinkley, Relationship, input, and resource constraints: Determinants of distributive justice in individual preferences and negotiated agreements, *Group Decision and Negotiation* 1999, p. 489-510.

⁴³ Voor het verkeersrecht heeft de Hoge Raad beslist dat het bij de causaliteitsafweging aankomt op de mate waarin de gedragingen over en weer het gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven hebben geroepen. Zie HR 5 december 1997, NJ 1998, 400, 401 en 402.

⁴⁴ Zie de literatuur en rechtspraak op artikel 6:101 BW en verder Parisi & Fon, t.a.p., p. 11 e.v.

⁴⁵ M.R.Fondacaro, S.L Jackson, & J. Luescher, Toward the Assessment of Procedural and Distributive Justice in Resolving Family Disputes, *Social Justice Research* 2002, p. 341-371.

het dat zij naar zichzelf toerekenen. Zij rekenen meer naar zichzelf toe naar mate zij de anders gedrag onbillijker vinden, naar mate er minder te verdelen valt en naar mate zij een minder sterke relatie met de ander hebben. En zij hebben systematisch een te positief beeld van zichzelf. Maar afgezien daarvan willen zij eerder verdelingen die gelijk zijn dan proportioneel naar ieders bijdrage, dan ongelijker uitvallen dan dat. ‘Alles of niets’ verdelingen komen in hun repertoire kennelijk niet voor.

Alles of niets verdeling is kennelijk zo’n buitenbeentje, dat er zelfs nog nauwelijks mee is geëxperimenteerd. Een enkele studie die dit wel deed (rechtenstudenten die nog geen aansprakelijkheidsrecht hadden gekregen beoordeelden casussen van aansprakelijkheid wegens nalaten) concludeert dat er sterke aanwijzingen zijn dat mensen proportionele aansprakelijkheid – naar ieders bijdrage aan de ontstane schade – rechtvaardiger vinden dan alles of niets.⁴⁶

3. Vergemakkelijken onderhandelingen

Een volgende reden om vaker te streven naar tussenoplossingen zou kunnen zijn dat zij het gemakkelijker maken om in onderling overleg een oplossing te bereiken. Op rechtsgebieden die zo zijn ingekaderd dat het vooral gaat om de omvang van vergoedingen – alimentatie, ontslagrecht, letselschade als aansprakelijkheid onbetwist is – lijkt een cultuur zichtbaar waarin onderhandelen gebruikelijk is, en meestal tot een resultaat leidt. In de onderhandelingstheorie wordt aanbevolen gebruik te maken van ‘objectieve criteria’ als het gaat om verdelingsvraagstukken.⁴⁷ Maar dit concept is weinig uitgewerkt, al lijkt men het wel steeds te hebben over criteria die verdeling over partijen mogelijk maken.

Dat onderhandelingen in de schaduw van verdelingscriteria gemakkelijker zijn dan onderhandelingen waarbij een eventueel ingeroepen beslisser een alles of niets beslissing geeft, is intussen aannemelijk.⁴⁸ De laatste vorm van onderhandelingen heeft meer het karakter van een gokspel, waarbij onderhandelingsstrategieën als bluff en commitment effectief kunnen zijn, zeker als er verschil is in de geneigdheid van partijen om risico’s te nemen.⁴⁹ Meer in het algemeen is aannemelijk dat onderhandelingen in de schaduw van ‘alles of niets’ normen gepolariseerder zullen verlopen.

4. Verlaging beslissingskosten voor partijen

Dat geschiloplossing in een ‘alles of niets’ setting moeilijker wordt, en de kosten om tot een beslissing te komen waarschijnlijk hoger zullen uitvallen, wordt ook duidelijk als we kijken naar de manier waarop partijen dan zullen trachten de beslisser – de rechter, de baas, de publieke opinie – te beïnvloeden. Als beide partijen in een procedure de hoofdprijs kunnen winnen, zullen zij tegen elkaar op gaan bieden met investeringen in proceskosten. Er ontstaat een soort wapenwedloop, waarin partijen elkaar gaan overbieden met een nog beter pleidooi, een nog beter geoefende media-

⁴⁶ Lawrence M. Solan en John M. Darley, Causation, Contribution and Legal Liability, 64 *Law and Contemporary Problems* 2001, p. 265 e.v. op p. 298.

⁴⁷ H. Raiffa c.s., *Negotiation Analysis: The Science and Art of Collaborative Decision Making*, Cambridge Mass. 2002, p. 202; Roy J. Lewicki c.s., *Negotiation*, Fourth Edition, Boston 2003.

⁴⁸ N. Vidmar, The Mediation of Small Claims Court Disputes: A Critical Perspective, In: R.J. Lewicki c.s. (ed.), *Research on Negotiation in Organisations*, Greenwich CT: JIT; Tyler 1997, p. 881.

⁴⁹ J.M. Barendrecht & E.J.M van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Deventer 2000, p. 101-146.

presentatie, of een nog beter deskundigenrapport. Een extra investering kan immers tot laat in het proces goed zijn voor de hele winst. Uit oogpunt van verbetering van de kwaliteit van de beslissing zijn die investeringen wellicht niet erg zinvol. Neem de Amerikaanse Presidentsverkiezingen, een mooi voorbeeld van een ‘winner takes all’ procedure, of een andere situatie waarin het politieke leven van een persoon op het spel staat. Dan wordt heel veel energie besteed aan het achterhalen van de kleinste details (over het oorlogsverleden van een kandidaat), of andere minieme onderdelen van het overtuigingspel (de kiezers in een klein district in één van de ‘swing-states’), omdat dit net de doorslag zou kunnen geven.

In een procedure waarin nadeel (of voordeel) verdeeld wordt volgens een glijdende schaal, zal een extra investering in pogingen de beslisser te overtuigen aanvankelijk goed zijn voor een aanmerkelijk vergroting van het aandeel in wat er te winnen valt. Maar als beide partijen de rechter of andere beslisser enigermate geïnformeerd hebben, zal extra informatie waarschijnlijk vooral het effect hebben dat een klein percentage van de één naar de ander verschuift. De prikkel om dat soort investeringen te doen is dus geringer, en beide partijen zullen minder proceskosten maken. De ministers, of de bestuurders van een bedrijf, die zwarte pieten om de toedeling van verantwoordelijkheid voor iets dat is misgegaan, hebben ook andere prikkels om in dat spel te investeren als verantwoordelijkheid wordt verdeeld, in plaats van exclusief toebedeeld.

Dit effect van minder investeren in gelijk krijgen zal zich waarschijnlijk ook voordoen in de schaduw van het proces, als partijen nog onderhandelen. Bij onderhandeling in de schaduw van een alles of niets regel is het gunstig om elkaar op achterstand te zetten in de onderhandelingen door informatie te produceren die, als er geen tegenzet wordt gedaan, tot winst in de eventueel volgende procedure zal leiden. De advocatenwijsheid dat je pas moet onderhandelen na het nemen van een conclusie of de overlegging van een deskundigenrapport getuigt daarvan. Onder een verdelingsregel heeft dat minder effect.

B. Mogelijke nadelen

Maar verdeling in plaats van exclusieve toedeling van verantwoordelijkheid zou ook nadelen kunnen hebben. Waar zouden die kunnen zitten?

1. Preventie

Als we verantwoordelijkheid voor nadeel spreiden over meerdere personen, worden dan nog wel voldoende voorzorgsmaatregelen genomen om nadeel te voorkomen? Op het eerste gezicht is het goed om de verantwoordelijkheid bij één persoon te leggen, die dan vervolgens zorgt dat ieder het zijne doet om nadeel te voorkomen. Anders gaat men afwachten tot de ander voorzorgsmaatregelen gaat nemen.

Het is echter de vraag of het de exclusief verantwoordelijke ook daadwerkelijk zal lukken om de andere betrokkenen tot het nemen van hun deel aan voorzorgsmaatregelen te nemen. Bij eenvoudige, goed te definiëren taken, zoals het aanbrengen van een hek op een plaats waar iemand kan vallen, zal dat wel gaan. Maar waar voorzorg complexer is, minder goed te definiëren, en meer eigen initiatief vereist, ligt dat mogelijk anders. Als de verantwoordelijkheid bij de ene persoon ligt,

zal de andere persoon minder doen om voorzorgsmaatregelen te nemen, zo is een stelling uit de organisatie-theorie.⁵⁰ Exclusieve toedeling van verantwoordelijkheid zou samenwerking verminderen, en zou zelfs leiden tot verhoogd wantrouwen in organisaties alsmede tot vermindering van het vermogen goede beslissingen te nemen.

Het thema van preventie bij verdeling van aansprakelijkheid is ook onderzocht door rechtseconomen. Na aanvankelijke twijfels, is de tendens in de literatuur nu dat verdeling van aansprakelijkheid per saldo geen ongunstige effecten op preventie heeft, maar wel invloed heeft op het soort nadelen dat wordt voorkomen.⁵¹ Men onderscheidt drie situaties naar de wijze waarop het nadeel het beste kon worden voorkomen:

- Eén partij kon het nadeel met voorzorgsmaatregelen voorkomen, maar het is onzeker welke partij dat kon doen (denk aan de gevallen die vaak worden aangeduid met alternatieve causaliteit: het ongeval of de predispositie van het slachtoffer is de oorzaak van de rugklachten). In situaties van onzekerheid is verdeling aan de hand van de kans dat beide partijen voorzorgsmaatregelen kon nemen, gunstiger dan exclusieve toedeling, omdat dan vooral de meest schadelijke ongevallen worden voorkomen.⁵²
- Beide partijen kunnen voorzorgsmaatregelen nemen; als één van beide dat doet, is dat voldoende om het nadeel te voorkomen. Het probleem is hier dat beide partijen liever zullen zien dat de ander de kosten van preventie maakt (de automobilist ziet liever dat de voetganger wacht en omgekeerd; de minister had de ongelukkige uitspraak in de nota kunnen ontdekken, maar de opsteller van de nota en de voorlichter ook). De wenselijke situatie is dat degene maatregelen neemt die dat tegen de laagste kosten kan doen. In dit geval is exclusieve toedeling (of hoofdelijkheid) wellicht beter, ook in situaties van onzekerheid.⁵³ Maar het is de vraag of dat ook geldt als het verminderen van de gevaarlijke activiteit (minder – snel – autorijden op plaatsen waar veel voetgangers zijn) een alternatief is.⁵⁴
- Beide partijen moeten voorzorgsmaatregelen nemen; alleen als beiden dat doen, is dat voldoende om het nadeel te voorkomen. In dat geval is er weinig twijfel dat verdeling de beste oplossing is, omdat dit ook daadwerkelijk beide partijen prikkelt om zorg in acht te nemen.⁵⁵

Een interessante vraag is welke situatie het meeste voorkomt. Wat zijn de voorzorgsmaatregelen die tegen de minste kosten het meeste nadeel voorkomen en

⁵⁰ Voor Roger L. Martin, *The Responsibility Virus*, Prentice Hall 2003, p. 45 e.v. is zelfs een centraal thema dat verantwoordelijkheid bij de één en bij de ander communicerende vaten zijn.

⁵¹ Zie voor een algemene inleiding Stephen Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge Mass 2004, p. 182 e.v. en verder Michael Abramowicz, A Compromise Approach to Compromise Verdicts, 89 *California Law Review* 2001, p. 231 e.v.; Giuseppe Dari Mattiacci Gerrit De Geest, The Filtering Effect of Sharing Rules, George Mason University School Of Law Law And Economics Working Paper Series 04-24, 2004 down te loaden van www.ssrn.com; Francesco Parisi & Vincy Fon, Comparative Causation, *American Law and Economics Review* 2004, p. 345 e.v.

⁵² Dari Mattiacci en De Geest, t.a.p., p. 18.

⁵³ Oren Bar-Gill en Omri Ben-Shahar, The Uneasy Case for Comparative Negligence, *American Law and Economics Review*, 2003, p. 433 e.v. Dari Mattiacci en De Geest, t.a.p., p. 18.

⁵⁴ Parisi & Fon (noot 25), p. 28.

⁵⁵ Dari Mattiacci en De Geest, t.a.p.

wie kon die nemen? In een complexere maatschappij zal het wellicht vaker de laatste, gecoördineerde, vorm van schadepreventie zijn die het het minste kost. De brandweer stuurt een brief naar de horeca-ondernemer waar op te letten bij brandpreventie. De horeca-ondernemer bekijkt die onderdelen van zijn bedrijf. Eén van de verantwoordelijke ambtenaren vraagt of de nota is bekeken op mogelijk verkeerd te interpreteren uitspraken. De anderen antwoorden daarop en kijken het stuk eventueel nog een keer door. Verdeling prikkelt dan ieder om zijn rol te pakken.

2. Diffuse verantwoordelijkheid: een 'sorry-cultuur'?

Men zou ook een verband kunnen leggen tussen verdeling en een 'sorry-cultuur', waarin verantwoordelijken wel hun aandeel in het ontstaan van het nadeel erkennen, maar vervolgens weggelaten met een excuus. Dit verband lijkt niet terecht: het probleem is daar dat verantwoordelijkheid wel wordt erkend, maar niet wordt vertaald in het dragen van een deel van de gevolgen. Dat kan zowel spelen bij exclusieve toedeling, als bij verdeling van verantwoordelijkheid.

Uit de psychologische literatuur is bekend dat mensen gemakkelijker een deel van de verantwoordelijkheid aanvaarden, dan de volle verantwoordelijkheid. Daar zijn ze ook niet kinderachtig in. In een onderzoek naar het gezamenlijk uitvoeren van een taak waarin de deelnemers niet hun eigen bijdrage aan het geheel kenden, bleek dat de betrokkenen over het algemeen gezamenlijk rond 100% verantwoordelijkheid aanvaardden, zowel voor positieve uitkomsten als voor negatieve uitkomsten. Bij verdeling van negatieve resultaten onder viertallen werd in het totaal zelfs ruim meer verantwoordelijkheid aanvaard dan 100%.⁵⁶ Het is wel aannemelijk dat deze bereidheid om gedeelde verantwoordelijkheid te dragen, die in veel meer onderzoeken werd gevonden, weer afneemt in situaties van grote schaarste (bij grote schades), als men elkaars intenties negatief beoordeelt, of als de situatie ambigu is.⁵⁷

3. Minder compensatie

Verdeling kan leiden tot minder dan volledige schadevergoeding. In gevallen waar aansprakelijkheid (of een andere vorm van verantwoordelijkheid) vooral een middel is om schade te kunnen compenseren, kan verdeling ongunstig uitpakken.

Dit geldt mogelijk voor verkeersongevallen, en voor andere situaties waarin de aansprakelijkheid snel wordt aangenomen, ook bij geringe fouten, om het slachtoffer aan een vergoeding te helpen. Aan de andere kant kan verdeling het gemakkelijker maken om benadeelden die 'een punt hebben' in de interactie met iemand die een steek heeft laten vallen, toch gedeeltelijk tegemoet te komen.⁵⁸ Waarschijnlijk zal verdeling betekenen dat meer slachtoffers worden tegemoetgekomen zodat zij kunnen voorzien in hun basale behoeften, maar dat sommige slachtoffers geen volledige schadevergoeding meer krijgen.⁵⁹

⁵⁶ Donelson Forsyth, Linda E. Zyniewski & Cheryl A. Giammanco, Responsibility Diffusion in Cooperative Collectives, *Personality and Social Psychology Bulletin* 2002, p. 54-65.

⁵⁷ Vgl. hiervoor paragraaf II.A.2.

⁵⁸ Zie hiervoor onder II.A.1.

⁵⁹ Zie J.M. Barendrecht, *Aansprakelijkheid en welzijn*, NJB 2002, p. 605-617.

4. Grotere complexiteit en beslissingskosten

Verdeling maakt beslissen ingewikkelder. Er is meer te beslissen en te motiveren voor de rechter of andere beslisser, en dus ook voor de partijen om aan te voeren zo lijkt het. Maar we moeten preciezer zijn. Het gaat uiteindelijk om de beslissingskosten voor de rechter en partijen. Zij kunnen meer of minder informatie verzamelen om tot een oordeel te komen: meer getuigen horen, preciezer de feiten reconstructueren. Wanneer verdeling een optie is bij onzekerheid over wie ‘de dader’ is, kan een deel van die informatie-kosten worden uitgespaard. Het nadeel dat voortvloeit uit een verkeerde beslissing is bij alles-of-niets immers veel groter dan bij verdeling. In het laatste geval zal degene die benadeeld wordt door een beslissingsfout maar een gedeelte verliezen van het belang dat hem toekwam. De beslisser en partijen zullen dus eerder kunnen stoppen met informatie-verzamelen. De besparing op de kosten van informatie-verzameling is waarschijnlijk groter dan de extra kosten om te kiezen voor een bepaalde wijze van verdeling.

Een voorbeeld van dit mechanisme is de wijze waarop de rechter omgaat met de beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Er vindt hier geen (voor iedereen kostbare) precieze reconstructie van het arbeidsverleden plaats, maar aan de hand van een globaal oordeel wordt de factor C in de kantonrechtersformule bepaald. Zou de rechter slechts kunnen kiezen tussen wel of geen vergoeding, dan zou hij wellicht preciezere informatie willen hebben, en zouden deze procedures veel tijdrovender zijn.

Deze besparingsmogelijkheid door verdeling is er alleen in situaties met onzekerheid hoe de ‘alles-of-niets toedeling’ zou uitvallen: situaties waar nader bewijs of informatie-verzameling nodig zou zijn, of waarin het onaannemelijk is dat ooit voldoende zekerheid kan worden bereikt. Als de zaak voor alle betrokkenen min of meer duidelijk ligt, is exclusieve toedeling waarschijnlijk gemakkelijker.

Aan de andere kant moet worden bedacht dat verdeling vooral een mogelijkheid van extra beslissingskosten oplevert in geval van een beslissing door een rechter of een andere neutrale beoordelaar. De beslissingskosten worden dan groter voorzover meer gegevens nodig zijn en een ‘berekening’ moet worden gemaakt. Dat wordt echter deels of wellicht volledig gecompenseerd door besparingen uit eenvoudiger onderhandelingen en minder strategisch tegen elkaar op investeren in een procedure, zie hiervoor onder II.A.4. Per saldo is het dus zeker niet zo dat verdeling van verantwoordelijkheid meer beslissingskosten oplevert. Er zijn gevallen waarin exclusieve toedeling gunstiger is, maar vaak zal de mogelijkheid van verdeling het besluitvormingsproces vergemakkelijken.

5. Meer claims?

Denkbaar is wel dat de mogelijkheid van verdeling een groter aantal claims aantrekt, en daardoor ook meer kosten van uitvoering veroorzaakt. In welke mate dit gebeurt, is onder meer afhankelijk van de het percentage verantwoordelijkheid dat men als drempel over moet om een claim te kunnen indienen. Om een hantaarbaar systeem te krijgen, is het waarschijnlijk onwenselijk dat bij zeer lage percentages verantwoordelijkheid voor één van de betrokken partijen een verdeling plaats vindt. Dan is exclusieve toedeling waarschijnlijk wenselijker. In de praktijk ziet men bij eigen schuld – dat wil zeggen verdelingen over twee partijen – ook zelden uitkomsten

waarbij één partij minder dan 15% van het nadeel krijgt toebedeeld. Dan pleegt naar 0 of 100 te worden afgerond.⁶⁰

III. VERDELINGSCRITERIA

A. Een hulpmiddel bij verdeling op basis van bijdrage en controle

We hebben nu de voor- en nadelen van verdeling besproken. Het beeld lijkt tamelijk positief, al is het niet voor alle situaties geheel eenduidig. Maar welk verdelingsmechanisme is geschikt voor de complexe situaties waarin nadeel vaak ontstaat, en sluit ook aan bij gebruikelijke verdelingscriteria als schuld en kansverhoging. Deze paragraaf geeft een voorbeeld van een aanpak die aan deze eisen beantwoordt, zonder te pretenderen dat het de enige mogelijke aanpak zou zijn.

De gedachte is dat nadeel ontstaat door een combinatie van factoren, die ieder een bijdrage hebben geleverd. Het verdelingsmechanisme kent vijf stappen: (1) Vaststellen van bijdragen, (2) van betrokkenheid bij bijdragen, (3) van de mate van controle over bijdragen, (4) toekenning van gewicht aan bijdragen en (5) vertaling in verdelingscriteria. In de volgende vijf sub-paragrafen worden de stappen uiteengezet. De stappen leiden geleidelijk tot een soort schema of kaart van de verschillende bijdragen aan het ontstaan van het nadeel en de rol van ieder van partijen daarin.

Het systeem kan als hulpmiddel kan worden gebruikt door partijen als zij over verdeling onderhandelen, door mediators of andere bemiddelaars in die onderhandelingen, of door neutrale beslissers, zoals rechters. Het mechanisme is ontwikkeld met het oog op verdeling civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar kan ook – zij het met enige aanpassingen – daarbuiten worden gebruikt. Te denken valt aan bepaling van de mate van strafrechtelijke verantwoordelijkheid, van politieke verantwoordelijkheid, of van verantwoordelijkheid binnen organisaties.

1. Bijdragen aan nadeel

In de literatuur wordt regelmatig aangedrongen op het neutraal in kaart brengen van bijdragen aan de schade op het moment dat nadeel verdeeld dient te worden.⁶¹ Neutraal, in de zin dat nog geen toedeling van verantwoordelijkheid plaatsvindt, maar eerst analyse van oorzaken. Oorzaken kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in handelingen, eigenschappen, ingesleten interacties tussen mensen, organisatiesystemen, technische voorzieningen en onverwachte gebeurtenissen. Deze vorm van analyse is overigens niet alleen geschikt om nadeel te verdelen. Mensen kunnen ervan leren, en oplossingen gaan zien om toekomstig nadeel te vermijden.⁶²

In de onderstaande schema's staan de verschillende bijdragen opgesomd aan het ontstaan van nadeel in de Aandelenleaseaffaire en Volendam.

⁶⁰ Bij grotere schades, of bij meer partijen waarover moet worden verdeeld, moet het wellicht wel mogelijk zijn om kleinere aandelen toe te rekenen.

⁶¹ Douglas Stone, Bruce Patton & Sheila Heen, *Difficult Conversations*, New York 2000, p. 58 e.v. Parisi & Fon, t.a.p. (noot 25).

⁶² Stone, Patton & Heen 2000, t.a.p. en in het verband van medische fouten: Institute of Medicine (IOM), *To Err Is Human: Building a Safer Health System*, The National Academies Press 2000.

Aandelenlease
Mogelijke bijdragen aan ontstaan koersverlies:⁶³
Onverwacht sterke koersval
'Irrational exuberance': onredelijk optimisme over ontwikkeling koersen
Gebrekkig keuzeproces product, waaraan bijdroegen:
- Optimistisch gestelde advertenties
- Verdere voorlichting
- Ontbreken toestemming eega
- Onderzoek bestedingsruimte klant
- Risicobereidheid klant
Saldobewaking
Etcetera

Nieuwjaarsbrand Volendam
Mogelijke bijdragen aan ontstaan letsel ⁶⁴
Aanwezigheid kerstversiering
Uitdroging versiering
Gebruik sterretjes
Volle kroeg
Geblokkeerde vluchtwegen
Niet voldoen aan eisen brandveiligheid
Onvoldoende brandveilige kleding
Etcetera

Over deze lijsten van bijdragen is uiteraard discussie mogelijk. Sommige bijdragen kunnen anders worden geconstrueerd of geformuleerd, bijvoorbeeld door dieper te graven in achterliggende oorzaken. De slechte keuze die de afnemers van aandelenlease-producten maakten kan nader worden ontleed in achterliggende oorzaken als de verschillende bronnen van informatie waarop zij zich baseerden. Men kan er over twisten of 'Irrational exuberance', de term waarmee Alan Greenspan aangaf dat de aandelenmarkt aan het einde van de 90-er jaren de realiteit uit het oog verloor, nu al dan niet een belangrijk factor was bij het ontstaan van de aandelen-lease problematiek. Er zijn misschien nog meer oorzaken aan te wijzen. Maar het lijkt mogelijk om de belangrijkste bijdragen aan het ontstaan van het nadeel te verzamelen op een wijze die in grote lijnen voldoende objectief is. Daarbij moet worden bedacht dat het toevoegen van extra oorzaken steeds minder invloed zal hebben op het eindresultaat.

Stel dat één van de partijen nog vijf oorzaken van de Aandelen-lease affaire zou aandragen. Zou dat deze aanpak ontwrichten? Zeer waarschijnlijk niet, want bij de volgende stappen in het verdelingsproces krijgen de verschillende oorzaken

⁶³ Bron: Over lenen, leasen en verliezen, Eindrapport van de Commissie Geschillen Aandelenlease, juni 2004, te raadplegen via www.minfin.nl

⁶⁴ Bron: rapport Commissie Onderzoek Cafébrand nieuwjaarsnacht 2001 (Commissie-Alders) te raadplegen via www.minbzk.nl.

geleidelijk een gewicht toegekend. Verder verwijderde oorzaken zullen een steeds kleiner gewicht krijgen, zodat het aanvoeren van extra oorzaken geleidelijk minder effect zal hebben. Net als in de nu gebruikelijke debatten over oorzaken van schade worden argumenten en verweren ‘vergezochter’ naar mate er meer worden aangevoerd.

2. Betrokkenheid bij bijdragen

De volgende stap bij het in kaart brengen is de bijdragen koppelen aan personen. De vraag is nu: wie van de betrokken personen of instellingen kon controle over de betreffende ontstaansoorzaak uitoefenen? Het gaat er niet om of het nemen van voorzorgsmaatregelen daadwerkelijk kon worden verwacht, en in welke mate. De analyse daarvan komt in de volgende fase aan de orde.

Aandelenlease: een kaart van bijdragen					
Bijdragende partijen: Mogelijke bijdragen koersverlies:	Bank	Klant	Tussen- persoon	Toezicht- houder	Extern
Onverwacht sterke koersval					X
‘Irrational exuberance’	X	X	X		
Gebrekkig keuzeprocess product, waaraan bijdroegen:					
- Optimistisch gestelde advertenties	X			X	
- Verdere voorlichting			X	X	
- Ontbreken toestemming eega	X	X			
- Onderzoek bestedingsruimte klant	X	X	X		
- Risicobereidheid klant		X			
Saldbewaking	X	X			
Etcetera					

Eenzelfde overzicht van bijdragen kan worden gemaakt voor de ramp te Volendam. Ook hier gaat het weer niet om de vraag wat van de verschillende betrokkenen mocht worden verwacht, maar alleen om het afbakenen van de invloedssfeer van ieder van de betrokkenen. Over welke oorzaken konden zij controle uitoefenen?

De rollen kunnen zonodig ook nog verder worden uitgeplitst. Binnen de gemeente kan worden uitgesplitst naar de rol van de gemeente, de ambtenaren belast met vergunningverlening en de gemeenteraad, als dat nodig is. Aan het wezen van het schema verandert dat niets.

Volendam: een kaart van bijdragen					
Bijdragende partijen: Mogelijke bijdragen:	Uitbater café	Bezoekers café	Gemeente	Bezoeker	Extern
Aanwezigheid kerstversiering	X				
Uitdroging versiering	X				
Gebruik sterretjes				X	

Volle kroeg	X	X	X		
Geblokkeerde vluchtwegen	X		X		
Niet voldoen aan eisen brandveiligheid	X		X		
Onvoldoende brandveilige kleding		X			
Etcetera					

Wie een rol heeft bij welke oorzaak, is ook weer een kwestie waarover men op sommige onderdelen van mening kan verschillen. Maar op de meeste onderdelen zal dat duidelijk liggen. Een verschil van mening kan worden beslecht. Beter is het waarschijnlijk om het geschilpunt te verschuiven naar de volgende fase, want de discussie zal waarschijnlijk vooral gaan over de mate van controle die de betrokkene over de oorzaak kon uitoefenen. Een extra verantwoordelijke toevoegen, zal voor de einduitkomst daarom weer steeds minder gaan uitmaken, net als dat gold voor een extra oorzaak.

3. Mate van controle over bijdragen

De derde stap is nagaan hoeveel vrijheid een persoon had om de bijdrage aan de negatieve uitkomst te beïnvloeden, en wat de beperkingen van die vrijheid waren. Deze vrijheid kan eerst positief worden omschreven: de aanbieders van een aandelenlease-product hadden uiteraard een grote invloed op de formulering van de advertenties. De toezichthouders hadden daar wellicht ook invloed op kunnen uitoefenen, door van bepaalde bevoegdheden gebruik te maken, maar die invloed was veel beperkter. De mate van controle die de bezoekers van café ‘Het Hemeltje’ hadden over de brandveiligheid van de door hen gedragen kleding is nog weer geringer. De mate van vrijheid kan worden uitgedrukt in woorden (groot/klein), of in symbolen (+, ++, of +++) dan wel op een schaal (van 1 tot 5) om tot een zekere mate van vergelijkbaarheid te komen.

De negatieve kant is hoe de vrijheid om bijdragen aan het nadeel te beïnvloeden werd beperkt. Alicke spreekt van physical, cognitive, emotional, and situational constraints'.⁶⁵ Onder fysieke beperkingen kan men klassieke verweren tegen aansprakelijkheid rangschikken, zoals een lichamelijke handicap. Cognitieve beperkingen zijn bijvoorbeeld de gebreken van mensen om bepaalde informatie te verwerken, zoals fouten bij het schatten van risico's, met name als dat snel moet gebeuren. Beperkingen kunnen ook voortvloeien uit iemands emotionele toestand. Het gaat hier dus steeds om beperkingen die maken dat mensen andere afwegingen maken dan gewone, rationeel (redelijk) handelende mensen idealiter zouden doen. Dat kan komen door individuele tekortkomingen, of door tekortkomingen in de oordeelsvorming die mensen in dat type situaties over het algemeen hebben, zoals overschatting van het eigen vermogen om risico's te beheersen.

Een andere categorie beperkingen vat Alicke samen onder de term 'situational'. Die categorie zal voor ons doel nader moeten worden uitgewerkt. Belangrijk voor verantwoordelijkheid is immers wat de alternatieve handelingsmogelijkheden (te treffen voorzorgsmaatregelen) precies waren, en wat de kosten daarvan zouden zijn

⁶⁵ Zie Alicke 2000, p. 556.

geweest in verhouding tot de kans op het nadeel en de omvang van het verwachte nadeel.⁶⁶ Dit is in het huidige aansprakelijkheidsrecht meestal de centrale vraag.

Er zijn vele manieren om al deze beperkingen mee te wegen. Iedere soort beperking kan apart worden benoemd, of beperkingen van verschillende soorten kunnen samen worden genomen. Er kan verschil worden gemaakt tussen meer individuele beperkingen (de zeer oude of jonge afnemer van aandelenlease) en de beperkingen van de gemiddelde redelijke persoon in een dergelijke situatie (de gemiddelde neiging tot onderschatting van risico's bij alle afnemers). Ook hier is er weer de optie om de beperkingen te waarderen in woorden, of op een kortere dan wel langere schaal. Bij wijze van voorbeeld is in de navolgende schema's de volgende waardering gekozen:

- De mate van controle over de bijdrage is weergegeven met één, twee of drie sterren (*). Zo ligt de controle over de inhoud van de advertenties bij de aandelenlease bij de bank, met een veel zwakkere controle-mogelijkheid van de toezichthouders die de advertenties hadden kunnen signaleren en mogelijk op aanpassing ervan hadden kunnen aandringen.
- Als sprake is van cognitieve, emotionele en fysieke beperkingen is dat heel globaal weergegeven met een $-C$ (minus C). In Volendam konden de bezoekers van het café theoretisch invloed uitoefenen op de volte van de kroeg door niet naar binnen te gaan. Maar een bezoeker van een café op 31 december aan het einde van de avond zal niet erg stil staan bij de risico's daarvan, gezien de normale emotionele toestand op zo'n moment en de ingewikkelde afweging die dan gemaakt zou moeten worden (Hoe vol is nog veilig? Wat zijn de vluchtroutes als zich wat voordoet? Wat mis ik als ik niet met mijn vrienden mee naar binnenga?).
- De situationele beperkingen zijn geïnterpreteerd als de beperkingen in verband met de kosten voor de persoon in kwestie van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Als die kosten aanzienlijk waren in verhouding tot het risico van schade en te verwachten omvang daarvan, zodat men zou kunnen twifelen of van de persoon in kwestie een dergelijke voorzorgsmaatregel kon worden verwacht, is dat aangegeven met een $-K$ (staat voor vermindering controle-mogelijkheden in verband met Kosten van voorzorg, of – zo men wil – in verband met Kelderluik). Een onderzoek naaar de bestedingsruimte van iedere klant levert bijvoorbeeld aanzienlijke kosten op voor de bank. Hetzelfde geldt voor intensivering van toezicht op brandveiligheid door gemeenten.

Aandelenlease: een kaart van bijdragen met controlemogelijkheden					
Bijdragende partijen:	Bank	Klant	Tussen-persoon	Toezicht-houder	Extern
Mogelijke bijdragen koersverlies:					
Onverwacht sterke koersval					*
'Irrational exuberance'	* -C	* -C	* -C		
Gebrekkig keuzeprocess product,					

⁶⁶ De Kelderluik-criteria, respectievelijk de Learned Hand formule voor aansprakelijkheid.

waaraan bijdroegen:					
- Optimistisch gestelde advertenties	***			* -K	
- Verdere voorlichting			**	* -K	
- Ontbreken toestemming eega	**	*			
- Onderzoek bestedingsruimte klant	** -K	*	*		
- Risicobereidheid klant		** -C			
Saldobewaking	**	*			
Etcetera					

De beide kaarten worden dan weer een stukje verder ingevuld, en er ontstaat geleidelijk een beeld van het gewicht en de aard van ieders verantwoordelijkheid.

Volendam: een kaart van bijdragen met controlemogelijkheden					
Bijdragende partijen:	Uitbater café	Bezoekers café	Gemeente	Bezoeker	Extern
Mogelijke bijdragen					
Aanwezigheid kerstversiering	*** -K				
Uitdroging versiering	** -K				
Gebruik sterretjes				*** -C	
Volle kroeg	** -K	* -C-K	* -K		
Geblokkeerde vluchtwegen	***		* -K		
Niet voldoen aan eisen brandveiligheid	***		** -K		
Onvoldoende brandveilige kleding		* -C-K			
Etcetera					

4. Vaststellen gewicht bijdragen

Een volgende stap kan zijn om het belang van ieder van de bijdragen voor het ontstaan van het nadeel te wegen. Hoe men causale bijdragen weegt, is een onderwerp waar al veel over is nagedacht. Een probleem daarbij is bijvoorbeeld dat sommige oorzaken cumulatief nodig waren om het nadeel te laten ontstaan. Hoe dan de relatieve bijdrage van ieder van die oorzaken te wegen? Vergroting van de kans op schade is waarschijnlijk het meest voor de hand liggende criterium, maar lang niet altijd gemakkelijk toepasbaar. Andere oorzaken hebben slechts een deel van de schade veroorzaakt, zoals bijvoorbeeld bij de aandelenlease de gebrekkige saldobewaking en bij Volendam het niet goed opgezette rampenplan.

Aandelenlease: een kaart van bijdragen met controlemogelijkheden en gewicht bijdragen						
Bijdragende partijen:	G	Bank	Klant	Tussen-persoon	Toezicht-houder	Extern
Mogelijke bijdragen koersverlies:						
Onverwacht sterke koersval	3					*

'Irrational exuberance'	2	* -C	* -C	* -C		
Gebrekkig keuzeproces product, waaraan bijdroegen:						
- Optimistisch gestelde advertenties	2	***			* -K	
- Verdere voorlichting	2			**	* -K	
- Ontbreken toestemming eega	1	**	*			
- Onderzoek bestedingsruimte klant	2	** -K	*	*		
- Risicobereidheid klant	2		** -C			
Saldobewaking		**	*			
Etcetera						

In het bovenstaande schema voor aandelenlease is het relatieve gewicht van ieder van de bijdragen geordend op een schaal van 1 tot en met 3. Andere opties zijn bijvoorbeeld toekenning van percentages, of van kwalificaties in woorden: klein, middelmatig, groot. Over het gewicht van verschillende bijdragen aan het totstandkomen van een keuze voor aandelenlease kan men twisten. We zouden misschien meer moeten weten over de wijze waarop een keuze voor zo'n financieel product tot stand komt. Nemen de meeste mensen de beslissing voor een groot deel op basis van de advertentie? Of is dat slechts een eerste stap in het besluitvormingsproces, waarin voorlichting van de tussenpersoon over het product en de analyse van de eigen financiële situatie cruciaal zijn?

Volendam: een kaart van bijdragen met controlemogelijkheden, gewicht bijdragen en verdelingspercentages						
Bijdragende partijen: Mogelijke bijdragen	G	Uitbater café	Bezoekers café	Gemeen- te	Bezoeker	Extern
Aanwezigheid kerstversiering	2	*** -K				
Uitdroging versiering	2	** -K				
Gebruik sterretjes	2				*** -C	
Volle kroeg	2	** -K	* -C-K	* -K		
Geblokkeerde vluchtwegen	3	***		* -K		
Niet voldoen aan eisen brandveiligheid	2	***		** -K		
Onvoldoende brandveilige kleding	1		* -C-K			
Etcetera						

Hetzelfde is gedaan voor Volendam. De aanwezigheid van kerstversiering schept op zichzelf al een risico van brand. Het gebruik van sterretjes, daarentegen, lijkt op zichzelf veel minder gevaarlijk. Blokkade van vluchtwegen in een volle kroeg lijkt, vergeleken met de andere bijdragen, weer veel gevaarlijker. De andere bijdragen waren minder gevaarlijk op zichzelf genomen, of droegen maar bij aan een deel van het ontstane nadeel.

5. Vertaling in verdelingscriteria

De laatste stap in de analyse is een verdeling van het nadeel over de verschillende betrokken partijen. Het gewicht van de bijdragen en de mate van controle daarover bij ieder van partijen staan daarbij centraal. Daar is uiteraard nog steeds veel discussie over mogelijk. Maar de kolommen, in combinatie met de gewichten die aan de verschillende rijen zijn toegekend, geven wel een indicatie van de omvang van de bijdrage van iedere betrokken partij, die in zekere mate objectief is gemaakt.

Het onderstaande schema geeft voor de aandelenlease een allereerste bepaling van de grenzen waarbinnen de aandelen in het nadeel bij verdeling zouden kunnen komen te liggen. Daarbij ben ik voorzichtig geweest, zoals een neutrale partij met weinig precieze kennis van de feiten past. Naar mate het schema preciezer – met meer kennis over de feiten en met meer overeenstemming over het onderlinge gewicht van bijdragen – kan worden ingevuld, zal die ‘range’ beperkter kunnen worden. In onderhandelingen kunnen partijen zo geleidelijk naar elkaar toegroeien. Een neutrale beslisser, een rechter bijvoorbeeld, zal vervolgens zo nodig tot een meer precies percentage kunnen komen. Tot welke percentages of welke bandbreedtes zou u als lezer komen?

Aandelenlease: een kaart van bijdragen met controlemogelijkheden, gewicht bijdragen en verdelingspercentages						
Bijdragende partijen: Mogelijke bijdragen koersverlies:	G	Bank	Klant	Tussen- persoon	Toezicht -houder	Extern
Onverwacht sterke koersval	3					*
‘Irrational exuberance’	2	* -C	* -C	* -C		**
Gebrekkig keuzeprocess product, waaraan bijdroegen:						
- Optimistisch gestelde advertenties	2	***	*		* -K	
- Verdere voorlichting	2			**	* -K	
- Ontbreken toestemming eega	1	**	*			
- Onderzoek bestedingsruimte klant	2	** -K	*	*		
- Risicobereidheid klant	2		** -C			
Saldobewaking		**	*			
Etcetera						
Aandeel bij verdeling: bandbreedte		20-70%	10-60%	5-25%	2-10%	20-40%
Aandeel bij verdeling: percentage						

Allerlei varianten zijn hier wederom denkbaar. Men kan bijvoorbeeld proberen om via een formule tot de bepaling van de percentages te komen.

Volendam: een kaart van bijdragen met controlemogelijkheden en gewicht bijdragen						
Bijdragende partijen:	G	Uitbater	Bezoe-	Gemeen	Bezoe-	Extern

Mogelijke bijdragen		café	kers café	-te	ker	
Aanwezigheid kerstversiering	2	*** -K				
Uitdroging versiering	2	** -K				
Gebruik sterretjes	2				*** -C	
Volle kroeg	2	** -K	* -CK	* -K		
Geblokkeerde vluchtwegen	3	***		* -K		
Niet voldoen aan eisen brandveiligheid	2	***		** -K		
Onvoldoende brandveilige kleding	1		* -CK			
Etcetera						
Aandeel bij verdeling: bandbreedte		50-90%	0-5%	5-30%	1-5%	
Aandeel bij verdeling: percentage						

Op de uitkomst kan men vervolgens, indien wenselijk, correcties toepassen. Externe, overmacht-achtige, oorzaken kunnen aan één van beide partijen worden toegerekend, of over hen worden verdeeld. Kleine bijdragen, zoals die van de omgekomen jongen die de sterretjes aanstak in het café, kunnen worden verwaarloosd. Waar men een billijkheidscorrectie wil toepassen om een bepaald deel van de schade sowieso te compenseren kan men dat ook alsnog doen.⁶⁷ De ene betrokkene kan verantwoordelijk of aansprakelijk worden gemaakt voor het aandeel van een ander (de Minister voor de ambtenaar; de werkgever voor een werknemer). Verdeling blijft een normatieve kwestie. De feitelijke basis voor verdelingsbeslissingen kan inzichtelijker worden gemaakt, maar uiteindelijk zal aan die feiten een oordeel moeten worden verbonden, dat moeilijk volledig te beredeneren zal zijn.

B. *Vergelijking met huidige systeem van verdeling*

De vraag is gerechtvaardigd in hoeverre deze manier van verdeling anders is dan die op basis van causaliteit, billijkheid en schuld, zoals die nu plaatsvindt binnen het kader van toerekening van eigen schuld in het civiele recht.⁶⁸ De verschillen zijn de volgende (waarbij de toegevoegde waarde van deze aanpassingen steeds is geëxpliciteerd):

- Het model beschouwt een breder scala aan oorzaken dan alleen (individueel) menselijk handelen. Dit plaatst dat menselijk handelen meer in perspectief en maakt de beoordeling daarvan realistischer.
- Alle oorzaken van het nadeel worden tegelijkertijd beschouwd en in hun onderlinge verhouding bekeken. Daardoor komt de focus niet op één handeling of op één persoon, maar op ieders rol in het geheel. Dit maakt het gemakkelijker voor de betrokken personen om een deel van de verantwoordelijkheid te aanvaarden, en mogelijk ook van de gevolgen.
- Eerst de bijdragen bepalen, dan de mate van verantwoordelijkheid, dan verdelen. In de gebruikelijke benadering van eigen schuld wordt eerst

⁶⁷ Vgl. de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake verkeersongevallen van fietsers en voetgangers.

⁶⁸ Art. 6:101BW.

vastgesteld wie wat heeft fout gedaan, dan de bijdrage bepaald en dan verdeeld. De stapsgewijze opbouw waarin eerst neutraal naar bijdragen wordt gekeken en dan geleidelijk de toerekening aan personen gebeurt, voorkomt mogelijk een deel van de in paragraaf I.A besproken beoordelingsfouten.

- De mate van controle die de verschillende betrokkenen konden uitoefenen, kan in dit systeem worden geobjectiveerd, door systematisch te kijken naar cognitieve en emotionele beperkingen, bij gemiddelde personen in een dergelijke situatie, en zonodig individueel.
- De verschillende ‘verweren’ die betrekking hebben op schuld kunnen in één beoordelingsmodel worden meegenomen.
- Het systeem maakt helder hoe verschillen van inzicht over de kwalificaties uitwerken in het geheel. Soms zal dan blijken dat nader bewijs niet erg zinvol is, omdat het effect op de einduitkomst klein is. Soms zal het omgekeerde gelden. Bewijslevering kan daardoor mogelijk doelgerichter plaatsvinden.

Maar een dergelijk verdelingssysteem heeft ook nadelen. Het maakt verdeling ingewikkelder en bewerklijker. Niet iedere zaak rechtvaardigt die complexiteit, al moet die wel worden afgewogen tegen de elementen in het systeem die onderhandelingen en besluitvorming over verdeling gemakkelijker maken.

IV. DISCUSSIE

Veel argumenten pleiten voor verdeling van nadeel als hoofdregel wanneer nadeel ontstaat door een complex van oorzaken. Verdeling is redelijker bij complexe interacties, lijkt te sporen met opvattingen van mensen over verdelende rechtvaardigheid, vergemakkelijkt onderhandelingen en verlaagt de beslissingskosten van partijen. Mogelijke nadelen als verminderde preventie, diffuus worden van verantwoordelijkheid, onvoldoende compensatie en verhoogde complexiteit lijken mee te vallen, of zijn beheersbaar.

In dit artikel is vervolgens een hulpmiddel gepresenteerd om nadeel te verdelen. Doel daarvan is het stapsgewijs in kaart brengen van verschillende bijdragen aan het ontstane nadeel en van de rol daarin van ieder van de betrokkenen. Dit is slechts een eerste aanzet voor de ontwikkeling van zo’n systeem. Op tal van punten zijn verbeteringen mogelijk, en kan gekozen worden voor complexere of eenvoudiger varianten.

Een dergelijk systeem zal zich moeten bewijzen. Een interessante test zou zijn hoe groot de variatie is in de wijze waarop zo’n schema wordt ingevuld door verschillende personen die dezelfde informatie over het gebeurde hebben. Ook de invloed op het onderhandelingsproces en besluitvormingsproces zou kunnen worden geïnventariseerd, bijvoorbeeld door gebruikers te vragen naar hun ervaringen. Wie van de in dit artikel ontwikkelde versie van het systeem gebruik wil maken, kan een

Excel versie daarvan opvragen bij de auteur, en daar zijn eigen wensen en verbeteringen in verwerken.⁶⁹

Een dergelijk systeem lijkt bruikbaar voor verschillende contexten waarin verantwoordelijkheid voor een bepaald nadeel moet worden bepaald. Te denken valt aan civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar ook aan straftoemeting, aan toedeling van politieke verantwoordelijkheid of aan verdeling van verantwoordelijkheid binnen organisaties. Het kan gebruikt worden door de betrokken partijen zelf, door bemiddelaars, of door neutrale beslissers als rechters. Een systeem als dit kan ook nuttig zijn bij gevallen van massaschade, waar het objectief kunnen vergelijken van verschillende slachtoffers met elkaar belangrijk is. Het kan zichtbaar maken waar individuele verschillen zitten, en waar niet. Het kan die verschillen ook op een inzichtelijke manier verdisconteren in de individuele afwikkeling, en zo voorkomen dat ieder zaak geheel individueel moet worden afgedaan (zoals nu dreigt te gebeuren in de aandelenlease-affaire).

In dit artikel is niet onderzocht hoe een dergelijk systeem in te passen zou zijn in het huidige recht. Ook daar is nader onderzoek voor nodig. Voor verdeling van nadeel in complexe situaties lijkt het BW voldoende mogelijkheden te bieden. Het kent enkele bepalingen waaruit een zekere voorkeur blijkt voor volledige aansprakelijkheid,⁷⁰ maar inpassing van aansprakelijkheid voor een deel is zonder meer mogelijk.⁷¹ De rechtspraak gaat in verschillende richtingen. De Hoge Raad heeft belangrijke beslissingen genomen die verdeling ondersteunen,⁷² maar heeft in andere gevallen de mogelijkheid van verdeling afgewezen,⁷³ en lijkt de mogelijkheid van verdeling in ieder geval niet systematisch te overwegen. Situaties van onzekerheid worden vaak nog aangepakt via de bewijslastverdeling,⁷⁴ terwijl een proportionele oplossing verband in veel opzichten een aantrekkelijk alternatief zou zijn, en ook toelaatbaar is.⁷⁵

Systematischer en inzichtelijker verdeling van nadeel in complexe situaties lijkt – afgezien van de merites van het hier geschetste systeem – wenselijk. De verdeling van financieel nadeel bij echtscheiding en bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst gebeurt via vergelijkbare systemen. Ook op het gebied van bepaling van de omvang van schadevergoeding zijn er binnen- en buitenlandse voorbeelden.⁷⁶ Een dergelijk systeem kan de kwaliteit van beslissingen en de verantwoording daarvan (motivering) aan partijen en aan het publiek verbeteren. De gegeven voorbeelden laten ook zien dat

⁶⁹ j.m.barendrecht@uvt.nl

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 6:6, 99 en 102 lid 1 BW die naar alles of niets tenderen. Maar vgl. *Schadevergoeding* (losbladig), Artikel 102, aant. 6.2 (R.J.B. Boonekamp), voor de druk die op dit uitgangspunt is ontstaan.

⁷¹ Art. 6:2 (vgl. J.B.M Vranken, Het alles of niets bij exoneratiebedingen, *WPNR* nr. 6142, p. 453), 6:98 (vgl. *Schadevergoeding* (losbladig) Art. 98, aant. 32 (R.J.B. Boonekamp)), 6:101, 6:102 en 6:109 maken verdeling mogelijk.

⁷² Zie noot 59.

⁷³ Vgl. HR 9 november 2001, NJ 2002, 79 (Van Doesburg/Tan) – wellicht te verklaren door het bijzondere karakter van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen.

⁷⁴ Vgl. de nauwelijks te doorgronden jurisprudentie en eindeloze debatten over de omkeringsregel.

⁷⁵ Vgl. A..J. Akkermans, Causaliteit bij letselschade en medische expertise, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2003, p. 93 e.v.

⁷⁶ I. Giesen c.s., Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld, in: M. Faure, & T. Hartlief (Red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag 2001, p. 131-165.

dergelijke systemen geleidelijk plegen te worden ontwikkeld. Dit artikel pretendeert dan ook niet meer dan het geven van een eerste aanzet voor redelijker en systematischer verdeling van verantwoordelijkheid.