Causaliteitsperikelen

Preadviezen van de
Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)
staan onder redactie van

Prof. mr. C.J.M. Klaassen
Prof. mr. J. Spier

Prof. mr. C.J.M. Klaassen

Hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Radbouduniversiteit Nijmegen

Prof. mr. J.S. Kortmann

Hoogleraar European Tort Law aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe, Amsterdam.

Causaliteitsperikelen

Kluwer
a Wolters Kluwer business

Deventer – 2012

Omslagontwerp: H2R+ creatieve communicatie bv

ISBN 978-90-13-10995-5
Ebook 978-90-13-10996-2
NUR 822-206

© 2012 Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16*h* t/m 16*m* Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

INHOUDSOPGAVE

De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid / 1

Preadvies van prof. mr. C.J.M. Klaassen

1 Inleiding / 1
2 “Back to basics” / 2
3 Het procesrechtelijk kader / 5
4 De omkeringsregel, of wat daarvan nog resteert… / 9
5 Nog een andere “regel”? / 10
6 Proportionele aansprakelijkheid / 15
6.1 Vaste voet aan de grond, maar in gelegenheidsschoen / 15
6.2 Enkele opmerkingen over de reikwijdte / 16
6.3 Proportionele aansprakelijkheid, vergoeding van kansschade, de omkeringsregel: kiest u maar? / 23
7 Een enkele nadere opmerking over de ratio voor afwijkingen van de bewijsrechtelijke hoofdregel / 26
8 Afronding / 29
9 Stellingen VASR-bijeenkomst d.d. 24 november 2011 / 30

Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden / 31

Preadvies prof. mr. J.S. Kortmann

1 Opdracht & uitgangspunten / 31
2 Onverkorte toepassing van art. 6:99 BW (*DES*) / 33
3 De ‘omkeringsregel’ / 37
4 Kansschade / 41
4.1 Inleiding: kansschade versus proportionele aansprakelijkheid / 41
4.2 Kans versus onzekerheid / 45
4.3 Kans versus onzekerheid, uitgedrukt in cijfers / 47
4.4 Kansschade; afronding / 51
5 Nefalit/Karamus; proportionele aansprakelijkheid? / 52
6 Stelllingen en aanbevelingen / 58

De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader?[1] Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid[2]

C.J.M. Klaassen

1 Inleiding

Het debat over het causaal verband tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gegrond en de schade vormt regelmatig het springende punt bij de afwikkeling van schadeclaims, in het bijzonder als er naast de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd nog een of meerdere andere mogelijke oorzaken zijn aan te wijzen van de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd. Het hoofdstuk over causaliteit in mijn proefschrift (uit 1991)[3] begint met het volgende citaat van Schut (uit 1990):

> "Over het causaliteitsprobleem zijn boekenkasten vol geschreven…Wie zich erin verdiept, dreigt al gauw alle grond onder zich te verliezen".[4]

In de ruim 20 jaar die er sindsdien zijn verstreken, is het er niet beter op geworden. Nieuwe figuren, zoals de "omkeringsregel" en "proportionele aansprakelijkheid", hebben het er niet overzichtelijker op gemaakt, om nog maar niet te spreken van de laatste lood aan de stam, het door de Hoge Raad geformuleerde "uitgangspunt" in zijn effectenlease-arresten en het Wordonline-arrest. Al een geruim aantal jaren mag ik het onderdeel causaliteit verzorgen voor de Grotius

1 Vrij naar Annie A.G. Schmidt, De dader heeft het gedaan, musical. Overigens is mijn betoog niet beperkt tot de situatie waarin wel duidelijk is wat de oorzaak van de schade is, maar er slechts onduidelijkheid over de daders) bestaat, maar ziet dit op causaliteitsonzekerheid meer in het algemeen.

2 Inleiding gehouden op de najaarsvergadering van de VASR, Den Haag 24 november 2011.

3 C.J.M. Klaassen, Risico-aansprakelijkheid, diss. KUN (thans RU), Zwolle 1991, p. 259.

4 G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad, Zwolle 1990, p. 73.

specialisatie-opleiding Personenschade en sinds enkele jaren ook voor de specialisatie-opleiding Onderneming & Aansprakelijkheid. Het is opmerkelijk om te zien hoe volstrekt uiteenlopend door de wol geverfde en terdege voorbereide advocaten en andere praktijkjuristen de huiswerkcasus op dit gebied vaak beantwoorden en het er regelmatig op neerkomt dat er een "soepje" van wordt gemaakt, met velerlei ingrediënten, variërend van bijvoorbeeld: causaal verband aannemen op grond van redelijke toerekening, hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade van alle mogelijke veroorzakers, toepassing van de omkeringsregel tot proportionele aansprakelijkheid. Regelmatig wordt de indruk gewerkt dat dit uitwisselbare oplossingen voor dezelfde problemen zijn waaruit min of meer naar believen kan worden gekozen. Processtukken zie ik slechts in beperkte mate, maar daarmee lijkt het regelmatig niet beter te zijn gesteld, zo hoor ik advocaten nog al eens over de processtukken van hun confréres zeggen. En ook vanuit de rechterlijke macht wordt soms verzucht dat partijen met een beetje geluk nog een ordening tussen primaire en subsidiaire standpunten aanbrengen, om een en ander vervolgens op het bord van de rechter neer te leggen, die in min of meer vergelijkbare gevallen eveneens regelmatig tot uiteenlopende oordelen (b)lijkt te komen, mede afhankelijk van de "sympathie" voor de ene of de andere oplossing.

Het is te makkelijk om dit af te doen met de mededeling dat zij er allemaal niets van begrijpen. Ook op hoog niveau verschillen de meningen over de in een bepaalde zaak toe te passen regel en de daaruit voortvloeiende oplossing in geval van causaliteitsonzekerheid regelmatig. Illustratief zijn de uiteenlopende conclusies van de diverse Advocaten-Generaal over causaliteitskwesties, maar bovenal ook de van deze conclusies regelmatig afwijkende uitspraken van de Hoge Raad, óók bij die Advocaten-Generaal die in hoge mate gevolgd plegen te worden. En met de rechtsgeleerde literatuur is het al niet veel beter gesteld. De literatuur over causaliteitskwesties loopt op diverse punten volstrekt uiteen, zowel daar waar het gaat om de interpretatie van de rechtspraak van de Hoge Raad als ten aanzien van het antwoord op de vraag wat een wenselijke ontwikkelingsrichting is.

Graag wil ik over enkele van deze causaliteitskwesties met u van gedachten wisselen. Ik haast mij in dit verband op te merken dat ook ik de wijsheid in deze niet in pacht heb, en wellicht is er ook niet één, uit de wetten der logica voortvloeiende oplossing voor deze weerbarstige materie. Wel wil ik enkele gedachten aan u voorhouden over de richting die we naar mijn mening op zouden moeten.

2 "Back to basics"

Omdat de aandacht in de rechtspraak en de literatuur de laatste jaren vooral is uitgegaan naar bijzondere regels en constructies ter oplossing van problemen

van causaliteitsonzekerheid dreigen we de basis soms uit het oog te verliezen.[5] Ik zou daarom allereerst even "back to basics" willen gaan, ook om aldus het kader te markeren van waaruit ik verder zou willen denken.

Uitgangspunt is nog steeds dat iemand alleen die schade behoeft te vergoeden die door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, is veroorzaakt. Er bestaat in het algemeen geen goede grond om iemand aansprakelijk te houden voor schade die hij niet heeft veroorzaakt, óók niet als deze persoon wél onrechtmatig heeft gehandeld of er anderszins sprake is van een grond voor aansprakelijkheid.[6] Dit is niet anders in geval van personenschade.

In principe is voor het aannemen van een schadevergoedingsplicht niet voldoende dat de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid wordt gegrond de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd kán hebben veroorzaakt en evenmin dat de kans op deze schade door de desbetreffende gebeurtenis is verhoogd.[7] Zou dat anders zijn, dan zou de pleger van een onrechtmatige daad of wanprestatie regelmatig aansprakelijk zijn voor schade die hij in het geheel niet heeft veroorzaakt, omdat de kans op schade een element vormt van de gedragsnorm. Met de schending van de gedragsnorm zou dan de aansprakelijkheid voor de schade met het oog waarop iemand zich van bepaald gedrag had dienen te onthouden eenvoudigweg zijn gegeven, ook al is deze schade in het onderhavige geval door een andere omstandigheid veroorzaakt, bijvoorbeeld door een fout van een derde of een omstandigheid in de eigen risicosfeer van de benadeelde. Welke schade feitelijk door iemands onrechtmatige daad of wanprestatie is veroorzaakt, plegen we vast te stellen aan de hand van het condicio sine qua non-criterium, ook wel aangeduid als de "wegdenkoefening".[8] De schade die zonder de bewuste onrechtmatige daad of wanprestatie niet zou zijn ontstaan, dient door de veroorzaker hiervan – als aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan – in beginsel te worden vergoed, en wel volledig. Indien partijen het over de uitkomst van de csqn-toets niet eens zijn en

---

5 In vergelijkbare zin, naar aanleiding van de omkeringsregel, W.D.H. Asser, o.a. noot onder HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 (Provincie Fryslân) alsmede I. Giesen, De aantrekkingskracht van de Lorely. Over de opkomt en ondergang (?) van de "omkeringsregel", in: Tien pennenstreken over personenschade, red. A. J. Akkermans e.a., Den Haag 2009, p. 85. Illustratief is bijv. Hof Den Haag 27 mei 2004, *NJ* 2004, 470 (Vie d'Or), waar na een processueel debat over de omkeringsregel en afwijzing van de toepasselijkheid hiervan door het hof, alsnog causaal verband werd aangenomen op basis van een "klassiek" feitelijk vermoeden. Vgl. ook HR 8 juli 2011, *LJN* BQ3519, *RvdW* 2011, 916 (NAK/X). In deze zaak was door het hof reeds causaal verband aangenomen en werd derhalve zonder belang geageerd tegen de vermeende onjuiste toepassing van de omkeringsregel door het hof.

6 Uitzonderingen kunnen zich bijvoorbeeld voordoen als gevolg van de zogenoemde 50- of 100%-regel in het kader van art. 185 WVW of, meer in het algemeen, de billijkheidscorrectie op grond van art. 6:101 lid 1 BW.

7 Anders bijv. L.H. Pals, Na Hoge Raad 16 juni 2000: proportionele causaliteit? Nee dus!, Verkeersrecht 2000, p. 396 en L.E.M. Charlier, Het bewijs in beroepsziektezaken (I), Letsel & Schade 2006, p. 6.

8 Terecht merkt Kortmann op dat deze benadering soms wat te ongenuanceerd is. J.S. Kortmann, PETL: General Conditions of Liability, Causation ("In Fact"), *AV&S* 2007, p. 153.

hierover procederen, is het conform de hoofdregel van art. 150 Rv in principe aan de eisende partij om feiten te stellen en bij betwisting te bewijzen om de rechter van de aanwezigheid van dit csqn-verband te overtuigen.

Het csqn-criterium biedt in het algemeen een goed aanknopingspunt om het feitelijk oorzakelijk verband tussen een gebeurtenis en een bepaalde schadepost vast te stellen, maar vormt om diverse redenen tegelijkertijd een probleem bij de vaststelling en afbakening van de aansprakelijkheid of schiet hierbij althans tekort. De eerste reden voor het tekortschieten van het csqn-criterium op dit punt is dat de csqn-toets van technische, min of meer wiskundige of natuurwetenschappelijke aard is en daarom niet bepalend dient te zijn, en ook niet is, voor het uiteindelijke juridische oordeel omtrent de aansprakelijkheid. Daartoe is, zoals bekend, het normatieve criterium van de "toerekening naar redelijkheid" zoals neergelegd in art. 6:98 BW bepalend. Als regel wordt op de toerekening naar redelijkheid een beroep gedaan ter inperking van de uitkomst van de csqn-toets en dus ter begrenzing van de omvang van de aansprakelijkheid, maar een enkele keer leidt dit criterium tot een uitbreiding, in die zin dat aansprakelijkheid wordt aangenomen ondanks een negatieve uitkomst van de csqn-toets. Dit geschiedt met name in bepaalde gevallen van meervoudige causaliteit,[9] waar de csqn-toets niet voldoet en onverkorte toepassing hiervan er toe zou leiden dat geen van de betrokken "foutenmakers" schadeplichtig zou zijn, zoals bijvoorbeeld in geval van samenlopende oorzaken.

Het tweede probleem dat zich ten aanzien van het csqn-criterium kan voordoen, is dat het bewijs van het csqn-verband problematisch kan zijn. Dit kan zich eveneens voordoen in geval van meervoudige causaliteit, maar ook in gevallen waarin het antwoord op de vraag naar de bestaande situatie als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis wordt weggedacht, zich niet laat beantwoorden door waarheidsvinding, in de zin van vaststelling van feiten die zich daadwerkelijk hebben voorgedaan, maar slechts door middel van veronderstellingen. Dit speelt in het bijzonder als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis bestaat uit een nalaten: wat zou er zijn gebeurd als de arts de patiënt wel naar behoren had geïnformeerd over de operatieriscio's of als de vermogensbeheerder de belegger wel had gewaarschuwd voor de risico's verbonden aan de door hem verkozen beleggingsportefeuille etc.? Deze situatie laat zich slechts aan de hand van veronderstellingen inkleuren.

Er zijn overigens wel meer problemen rond het csqn-verband te bedenken, zowel op materieelrechtelijk als op bewijsrechtelijk vlak, maar ik wil het hier in dit verband bij laten. Hoe dan ook, zowel op materieelrechtelijk vlak als in het kader van het bewijsrecht is de vraag bij het zoeken van een oplossing in de

9 Hieronder versta ik in dit verband de situatie dat er sprake is van meerdere aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen. Een vergelijkbaar probleem doet zich echter voor indien er sprake is van één of meer aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen die de oorzaak van de schade kunnen zijn en een gebeurtenis in de risicosfeer van de benadeelde waarvoor dit evenzeer geldt.

kern steeds in hoeverre we het wenselijk vinden af te wijken van het uitgangspunt dat enerzijds iemand alleen die schade behoeft te vergoeden die daadwerkelijk door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, is veroorzaakt en anderzijds dit oorzakelijk verband door degene die schadevergoeding vordert moet worden bewezen. In het vervolg ga ik op enkele bewijsrechtelijke aspecten rond het csqn-criterium nader in.

3 Het procesrechtelijk kader

Alvorens de grenzen op dit punt te verkennen, lijkt het goed voor ogen te houden dat de aard en de inrichting van het (Nederlandse) burgerlijk proces en in het bijzonder ook het bewijsrecht reeds meebrengt dat geenszins ondenkbaar is dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die niet door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is – hierna veelal gemakshalve aangeduid als "fout" of "onrechtmatige daad" – is veroorzaakt. Evenals aan de andere kant denkbaar is dat als gevolg hiervan een benadeelde van schadevergoeding verstoken blijft ter zake van schade die feitelijk terdege door de door hem aansprakelijk gestelde pleger van een onrechtmatige daad is veroorzaakt. Immers, in een civiele procedure worden door de rechter per definitie knopen doorgehakt op basis van de feiten die de rechter als "vaststaand" kwalificeert vanuit de context van het procesrecht. Dit betekent niet per definitie dat die feiten overeenstemmen met de werkelijkheid. Uiteraard is het wel de bedoeling dat rechterlijke uitspraken gebaseerd zijn op de werkelijke feiten ofwel "de waarheid", maar waarheidsvinding is als zodanig geen doel van de civiele procedure. Dit vertaalt zich bijvoorbeeld in de regel dat de rechter zijn beslissing dient te baseren op de feiten zoals die door partijen in de procedure naar voren zijn gebracht en het hem in principe niet is toegestaan zelfstandig onderzoek te doen naar eventuele andere relevante feiten en ook deze mee te wegen bij zijn beslissing.[10]

Verder geldt, zoals bekend, als uitgangspunt dat de rechter een feit als vaststaand dient aan te nemen als dit door de ene partij is gesteld en door de andere partij onvoldoende gemotiveerd is betwist; hiermee is echter niet gegeven dat dit feit zich ook daadwerkelijk zo heeft voorgedaan, maar slechts dat dit aldus in rechte vaststaat.[11] Aan bewijslevering wordt dan in het geheel niet toegekomen, evenmin als in het geval dat eiser zijn stellingen onvoldoende gemotiveerd onderbouwt, mede bezien in het licht van het verweer van gedaagde. Maar ook als de rechter eerst tot vaststelling van de feiten komt na bewijslevering kan het voorkomen dat de rechter tot een feitenvaststelling komt die niet strookt met hetgeen zich werkelijk tussen partijen heeft voorgedaan, alsook, andersom, dat de rechter oordeelt dat hij niet de overtuiging heeft verkregen dat een bepaald,

10 Zie art. 25 (a contrario) en art. 149 Rv. Vgl. ook art. 24 Rv.

11 Art. 149 lid 1 Rv. Hier past overigens de relativerende opmerking dat de soep in de praktijk aanmerkelijk minder heet gegeten wordt, doordat de rechter, bijvoorbeeld ter gelegenheid van de in eerste aanleg gebruikelijke comparitie na antwoord (art. 131 Rv) bij partijen zal informeren naar gestelde en niet (voldoende) betwiste feiten die hem onwaarschijnlijk voorkomen.

voor het gevorderde rechtsgevolg noodzakelijk feit zich heeft voorgedaan, terwijl dit in werkelijkheid wel het geval is. Toegespitst op het bewijs van causaal verband – in de zin van csqn-verband[12] –: voor het in rechte bewezen zijn hiervan is voldoende dat de rechter op basis van de door hem als vaststaand aangenomen feiten oordeelt dat het csqn-verband met een *redelijke mate van waarschijnlijkheid* is komen vast te staan. Volledige zekerheid – voor zover al mogelijk – is voor het bewijzen van csqn-verband niet vereist.[13]

Zij die het criterium "een redelijke mate van waarschijnlijkheid" trachten meer handen en voeten te geven door hieraan een percentage te koppelen, zoals bijvoorbeeld Giesen, komen veelal niet hoger uit dan 75%.[14] Hoewel het werken met een percentage naar mijn mening een vruchteloze poging is tot het vinden van houvast en slechts schijnzekerheid biedt, illustreert dit wel, en wellicht scherper dan de "redelijke mate van waarschijnlijkheid", de reële mogelijkheid dat de pleger van een onrechtmatige daad wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die in feite niet door hem is veroorzaakt.

Naar mate bij de vaststelling van de feiten aan de hand waarvan de rechter oordeelt dat het bewijs van causaal verband is geleverd – in de zin dat de schade met een redelijke mate van waarschijnlijkheid door de onrechtmatige daad is veroorzaakt – direct bewijs van deze feiten niet aanwezig is, maar de aanname hiervan berust op vermoedens, die door de aansprakelijk gestelde partij niet ontzenuwd konden worden, neemt de kans toe dat csqn-verband wordt aangenomen ten aanzien van schade die feitelijk niet door de bewuste onrechtmatige daad is veroorzaakt. Dat geldt des te sterker als het vermoeden niet is gebaseerd op de feiten van de zaak in concreto maar vooral normatieve overwegingen hierbij gewicht in de schaal leggen. Dit neemt niet weg dat voor het aannemen van een dergelijk vermoeden een goede grond kan bestaan, maar betekent mijns inziens wel dat hiermee behoedzaam dient te worden omgesprongen, zeker als dit vermoeden in zekere zin wordt losgekoppeld van de voorliggende zaak en in algemene zin als "regel" wordt geformuleerd, zoals door de Hoge Raad is gebeurd in wat is gedoopt tot de omkeringsregel alsook – zij het in beperktere zin – lijkt te zijn gebeuren in de effectenlease-arresten en het Worldonline-arrest (waarover nader onder 5).

Behoedzaamheid, of sterker nog terughoudendheid, is eens te meer op zijn plaats en wordt door de feitenrechter als regel, in de lijn van de rechtspraak van de Hoge Raad, ook betracht, als niet alleen de bewijsleveringslast wordt verschoven, zoals in geval van een vermoeden, maar ook het bewijsrisico wordt

12 Ten aanzien van de "toerekening naar redelijkheid" is bewijslevering als zodanig niet aan de orde. Zie ook HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 831 (Nacap/Shellfish).

13 Zie nader C.J.M. Klaassen, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Mon. BW B35, Deventer 2007, nr. 20.

14 I. Giesen. Bewijs en Aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht, diss. UvT, Den Haag 2001, p. 59.

verplaatst en de bewijslast in afwijking van de hoofdregel van art. 150 Rv wordt omgekeerd en in plaats van op de eiser op de gedaagde wordt gelegd.[15]

Bij het uitgangspunt dat iemand alleen aansprakelijk is voor de schade die daadwerkelijk is veroorzaakt door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, past dat het in principe aan degene is die schadevergoeding vordert om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat zijn schade door deze gebeurtenis is veroorzaakt en een mogelijk "non liquet" voor diens risico te laten komen.

Een en ander neemt niet weg dat, ook in mijn visie, een uitzondering op of althans een tegemoetkoming in het door de benadeelde te leveren causaliteitsbewijs in sommige gevallen aangewezen is. Echter, vanuit mijn visie dat causaliteit in de kern een feitelijk begrip is en dat wat betreft de csqn-toets in beginsel zo veel als mogelijk dient te blijven, meen ik dat terughoudendheid op zijn plaats is bij het aannemen van uitzonderingsregels hierop, althans past terughoudendheid bij het formuleren van min of meer algemene uitzonderingsregels in de rechtspraak, ofwel jurisprudentiële vermoedens. De wispelturige rechtspraak rond de omkeringsregel en de U-bocht die de Hoge Raad heeft gemaakt om deze weer binnen redelijke proporties terug te dringen, illustreert dit. Wat een redelijke benadering is van problemen rond causaliteitsonzekerheid en wat een goede balans is tussen de belangen van de aansprakelijke partij en degene die meent door deze gedupeerd te zijn, is erg casusgebonden. De feitenrechters, maar ook de Hoge Raad, spitsen hun oordeel vanzelfsprekend toe op de hen voorgelegde zaak. Hun beslissing kan ook niet anders dan daarop toegespitst zijn. Daarom past voorzichtigheid, in het bijzonder daar waar het de Hoge Raad betreft, bij het formuleren van algemene regels, hoe zeer de praktijk dit ook aantrekkelijk vindt en de wetenschap de Hoge Raad daartoe ook oproept. De werkelijkheid is diverser dan in abstracto te bedenken valt en in algemene termen geformuleerde beslissingen, uiteindelijk toch geformuleerd tegen de achtergrond van het voorliggende feitencomplex, blijken bij een daarvan afwijkend feitencomplex regelmatig niet goed te passen. En de praktijk blijkt in dit opzicht vaak veel gevariëerder dan wie dan ook achter zijn of haar pc kan verzinnen.

Jurisprudentiële regels, ofwel in algemene termen geformuleerde oplossingen, zijn mijns inziens vaak ook niet nodig om problemen rond causaliteitsonzekerheid in een concrete zaak op te lossen. Allereerst is van belang dat de eisen die worden gesteld in het kader van de toets of er sprake is van een "redelijke mate van waarschijnlijkheid" dat er oorzakelijk verband bestaat tussen de gepleegde onrechtmatige daad en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd – en het csqn-verband dus bewezen is – kunnen verschillen al naar gelang de aard en de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de

15 Ik laat omkering van de bewijslast op grond van de wet, zoals wat betreft het causaal verband tussen normovertreding en schade bijvoorbeeld voortvloeit uit art. 7:658 lid 2 BW, hier rusten. Ook dit is, evenals de overige wettelijke afwijkingen van de uit. art. 150 Rv voortvloeiende bewijslastverdeling, uitzonderlijk.

aard van de schade.[16] De lat kan al naar gelang hiervan hoger of lager worden gelegd.[17] Vergelijk bijvoorbeeld het arrest Zwolsche/De Greef, betreffende de aan het bewijs van causaal verband te stellen eisen in geval van een post whiplash-syndroom.[18] Het hof heeft daar tot uitgangspunt genomen dat in geval van een post whiplash-syndroom geen al te hoge eisen aan het bewijs van het oorzakelijk verband tussen het ongeval en de gezondheidsklachten kunnen worden gesteld. Daarop voortbordurend heeft het hof aangenomen dat het ontbreken van een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor die klachten in die zin voor risico van de veroorzaker komt dat dit niet in de weg staat aan het oordeel dat oorzakelijk verband tussen de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van De Greef en het ongeval voldoende is komen vast te staan. Het hof baseert zich hierbij enerzijds op deskundigenrapporten, die naar zijn oordeel voldoende duidelijk maken dat er weliswaar van objectiveerbare stoornissen geen sprake is, maar dat er wel sprake is van klachten die "naar hun aard subjectief van aard zijn doch waarvan niettemin objectief vastgesteld kan worden dat zij aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn", en anderzijds op de eigen bevindingen van De Greef, waarvan "niet is gebleken dat hij zou simuleren of overdrijven". Na voorop te hebben gesteld dat het uitgangspunt, dat in een geval als dit geen al te hoge eisen aan het bewijs van het oorzakelijke verband tussen het ongeval en de gezondheidsklachten kunnen worden gesteld, in cassatie niet is bestreden, oordeelt de Hoge Raad dat het hof zijn oordeel voldoende duidelijk heeft gemotiveerd. Daarmee "staat" de koers van het hof en ondertussen wordt het arrest Zwolsche/De Greef meer in het algemeen in de letselschadepraktijk als richtinggevend beschouwd in causaliteitskwesties betreffende niet objectiveerbare klachten.[19]

Ook de mate van verwijtbaarheid zou bij de waardering van het bewijs kunnen worden meegewogen. Weliswaar vormt ernstige verwijtbaarheid geen zelfstandig argument voor het aannemen van causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, maar de aanwezigheid hiervan zou wel gewicht in de schaal kunnen leggen als de overige feiten en omstandigheden die zijn komen vast te staan weliswaar in de richting van oorzakelijk verband wijzen, maar hiervoor net niet voldoende zijn.[20]

16 Vgl. ook Snijders Klaassen en Meijer (2011), nr. 199 (in algemenere zin) alsmede C.J.M. Klaassen, noot onder HR 22 februari 2008, *NJ* 2010, 534.

17 Vgl. ook AG Wissink, conclusie voor HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), m.nt. T.F.E. Tjong Tjin, Tai.

18 HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433.

19 Dit laat overigens onverlet dat uit het arrest Zwolsche/De Greef naar mijn mening niet de algemene conclusie mag worden getrokken dat aan het bewijs van causaal verband in geval van letselschade geen hoge eisen mogen worden gesteld, noch dat dit in algemene zin als uitgangspunt heeft te gelden in zaken betreffende niet objectiveerbaar letsel. Vgl. ook HR 19 april 2004, *NJ* 2004, 308, m.nt. DA. Anders bijv. Charlier, Letsel & Schade 2006, p. 6.

20 Aldus ook J. Spier, conclusie voor HR 8 juli 2011, *LJN* BQ3514 (NAK/X).

Ook als, met inachtneming van het bovenstaande, te weinig aanknopingspunten bestaan om aan de hand van de in concreto voorliggende feiten de lat van de "redelijke mate van waarschijnlijkheid" te passeren, heeft de (feiten)rechter diverse middelen ter beschikking om een passende oplossing te zoeken voor eventuele bewijsproblemen als de zaak daarom vraagt. Afhankelijk van het partijdebat zoals dat in concreto is gevoerd, kan de rechter immers instrumenten aanwenden zoals verzwaring van de motiveringsplicht van de aansprakelijk gestelde partij (veelal, maar eigenlijk onzuiver, aangeduid als "verzwaring van diens stelplicht") of het aannemen van een "ad hoc" vermoeden op grond van hulpfeiten die wél aannemelijk zijn geworden dan wel op basis van ervaringsfeiten (ook wel aangeduid als rechterlijk of feitelijk vermoeden).

4 De omkeringsregel, of wat daarvan nog resteert…

Het bovenstaande betekent voor de goede orde niet dat ik de omkeringsregel verwerp en geheel in de ban zou willen doen. Het terrein waarop aan deze regel, althans wat daarvan nog over is, behoefte bestaat wordt hiermee echter wel (nog) kleiner. Hoewel de Hoge Raad de reikwijdte van deze regel niet expliciet heeft teruggedrongen naar gevallen van schending van verkeers- en veiligheidsnormen, moet worden toegegeven dat dit de facto wel de gevallen zullen zijn waarin, gelet op het specificiteitsvereiste, de kans om een succesvol beroep op deze regel te doen het grootst is. Niettemin wordt in de praktijk ook in andere gevallen nog steeds regelmatig een beroep op deze regel gedaan en worden procedures met een debat hierover gecompliceerd.

Terecht is er van verschillende zijden – ik noem Akkermans en Giesen – op gewezen dat de ratio van deze regel mede bepalend is voor het toepassingbereik hiervan. Over deze ratio verschillen beiden echter van mening en verschil ik op mijn beurt met hen van mening. In mijn visie ziet deze regel op "het laatste restje onzekerheid over het causale verband dat resteert na de constatering dat er een reële mogelijkheid is dat de normschendende gedraging de schade heeft veroorzaakt", om met de woorden van Vranken te spreken.[21] Dit betekent wat mij betreft dat deze regel aan de orde kan zijn in die gevallen waarin de feiten van het onderhavige geval de rechter onvoldoende handvatten bieden om het bewijs voorshands geleverd te achten of een feitelijk vermoeden aan te nemen, maar het gelet op de aard en de strekking van de overtreden norm en de aard van de opgetreden schade wel in de lijn ligt dat de schade door de normovertreding is veroorzaakt. Anders gezegd: het algemene ervaringsfeit dat de overtreden norm tot schade als aan de orde pleegt te leiden, en deze norm er ook toe strekt bescherming tegen dit soort schade te bieden – en wellicht zelfs speciaal met het oog daarop is geschreven –, kan, als hetgeen door de aansprakelijke partij in het kader van het processuele debat is aangevoerd geen grond biedt voor een andere conclusie, het aannemen van een vermoeden van causaal verband in een concreet geval rechtvaardigen.

21 Noot onder HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnink Motors). Zie tevens de conclusie van A-G Bakels voor dit arrest onder 2.6.

De ratio van de omkeringsregel is dus mijns inziens vooral gelegen in de feitelijke waarschijnlijkheid dat de normovertreding ook in dit concrete geval de oorzaak van de schade is.[22] Daardoor leidt de omkeringsregel wat mij betreft slechts tot een hele geringe uitbreiding van de mogelijkheden om op basis van de feiten in een concreet geval tot het aannemen van een vermoeden van causaal verband te komen, met de daaraan voor de aansprakelijke partij verbonden risico's.

5 Nog een andere "regel"?

En dan zijn daar enerzijds de zogenoemde effectenlease-arresten Levob/Bolle[23] en De Treek/Dexia [24] en anderzijds het Worldonline-arrest.[25] Wat gebeurt hier?

Na in Levob/Bolle[26] te hebben overwogen dat het hof met juistheid heeft geoordeeld dat Levob Bolle onvoldoende heeft gewaarschuwd voor het aan de gesloten overeenkomst klevende restschuldrisico alsmede dat Levob gehouden was onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van Bolle, om hem al naar gelang de uitkomst hiervan te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan, wordt met betrekking tot het oorzakelijk verband door de Hoge Raad (onder andere) overwogen dat hiervan eerst sprake kan zijn als is voldaan aan de eis van csqn-verband. De Hoge Raad voegt daar vervolgens aan toe dat voor de gevallen waarin door de aanbieder van het effectenleaseproduct is aangevoerd dat de afnemer de overeenkomst tóch zou hebben gesloten, ook indien hij aan de op hem rustende zorgplicht had voldaan, het volgende aantekening verdient:

> "4.7.9 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat – behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel – *ervan kan worden uitgegaan* dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.
>
> 4.7.10 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplich-

22 In vergelijkbare zin ook bijv. T. Hartlief, noot onder Ter Hofte/Oude Monnink Motors, AA 2001, p. 454 en W.D.H. Asser, noot onder Kastelijn/Achtkarspelen, *NJ* 2004, 305. Anders (enigszins) A.J. Akkermans, m.n. in De "omkeringsregel" bij het bewijs van causaal verband, oratie VU, Den Haag 2002, m.n. p. 123-133 en Giesen, o.a. in De aantrekkingskracht van de Lorely, p. 83.

23 HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 183, m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2012, 184.

24 HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182, m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2012, 184.

25 HR 27 november 2009, *LJN* BH2162, *RvdW* 2009, 1403.

26 Ik neem dit arrest in het vervolg tot uitgangspunt. In De Treek/Dexia heeft de Hoge Raad een min of meer gelijk oordeel ten aanzien van het bewijs van causaal verband gegeven; r.o. 5.5.2 en 5.5.3. In het met voormelde arresten samenhangende arrest HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 184, m.nt. J.B.M. Vranken (GeSp/Aegon) komt de causaliteit in cassatie niet aan de orde.

> tingen uit die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal – in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingsplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's – het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer voldoende concreet moeten zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, kan eveneens *tot uitgangspunt worden genomen* dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten. " (curs. CJMK).

In het Worldonline-arrest wordt in het kader van prospectusaansprakelijkheid (op grond van de oude regeling van art. 6:194 e.v. BW) eveneens gewerkt met een "uitgangspunt" ten aanzien van het causaal verband. In dit arrest wordt daarvoor bovendien een expliciete rechtvaardiging gegeven.

Allereerst wordt, verkort weergegeven, overwogen:

> "4.11.1 (…) In beginsel draagt de belegger (…) de stelplicht en bewijslast ter zake van het condicio sine qua non-verband. Dat bewijs is evenwel problematisch, omdat een belegger zich bij zijn beleggingsbeslissing in het algemeen door een veelheid van factoren zal laten leiden, terwijl bovendien vaak niet valt aan te tonen dat hij daadwerkelijk heeft kennisgenomen van de misleidende mededeling, laat staan dat hij daadwerkelijk door de misleidende mededeling is beïnvloed. De beïnvloeding kan ook indirect hebben plaatsgehad, doordat de belegger is afgegaan op adviezen of op heersende opinies in de markt, die op hun beurt door de misleidende mededeling in het leven zijn geroepen. De door deze factoren veroorzaakte bewijsproblemen ter zake van het condicio sine qua non-verband brengen mee dat de door de (oude en nieuwe) prospectusrichtlijn beoogde bescherming van beleggers (…) in de praktijk illusoir kan worden. Daarbij verdient opmerking (…) dat de nieuwe prospectusrichtlijn aan de Lidstaten (…) de verplichting oplegt ervoor zorg te dragen dat de nationale wettelijke bepalingen inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op degenen die verantwoordelijk zijn voor de in het prospectus vermelde informatie (…). *Dat brengt mee dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden volgens de regels van het nationale recht* (curs. CJMK)."

Om daaraan wat betreft het causaliteitsbewijs toe te voegen:

> "4.11.2 Met het oog op die *effectieve rechtsbescherming* en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal *tot uitgangspunt mogen dienen dat condicio sine qua non-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is.*
>
> Dit betekent derhalve dat *in beginsel* aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet – of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden – tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan. De rechter kan echter naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten (…) tot de conclusie komen dat voormeld uitgangspunt in het concrete geval niet opgaat. (…)" (curs. CJMK).[27]

27 Opmerkelijk is tevens de hierop volgende overweging, inhoudende dat ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade, *alsmede het causaal verband als bedoeld in art. 6:98 BW*, in beginsel de gewone bewijsregels blijven gelden. Ten aanzien van de toerekening naar redelijkheid als bedoeld in art. 6:98 BW is het bewijsrecht immers als zodanig niet van toepassing. Zie reeds noot 12.

De vraag kan worden gesteld wat de Hoge Raad precies bedoelt met het "tot uitgangspunt nemen" van het causaal verband. Van een rechterlijk of feitelijk vermoeden, in de gebruikelijke betekenis van het woord, lijkt – uit de mond van de Hoge Raad – geen sprake, evenmin als van een voorshands bewijsoordeel (voor zover deze figuren al te onderscheiden zijn[28]). Er lijkt veeleer (weer) een nieuwe "regel" te worden geformuleerd, zij het van beperktere strekking dan de in heel algemene woorden vervatte omkeringsregel.[29] Immers een jurisprudentieel vermoeden toegespitst op een tweetal specifieke normen en in een tweetal specifieke situaties: een grote groep gedupeerden en – in het bijzonder wat betreft de effectenlease-overeenkomsten – vele procedures waarin soortgelijke causaliteitskwesties spelen.

In elk geval roepen deze arresten de vraag op naar het uitstralingseffect hiervan naar andersoortige zaken. Immers het beroep op "effectieve rechtsbescherming" ofwel "waarborging van een effectieve handhandhaving van de geschonden norm" is breder inzetbaar. De vraag naar de mogelijkheid deze benadering door te trekken, dringt zich allereerst op ten aanzien van andere gevallen waarin een informatie- of waarschuwingsplicht is geschonden en er voor de benadeelde problemen opdoemen rond het bewijs van het csqn-verband die volgens de heersende rechtspraak niet kunnen worden gemitigeerd door middel van de omkeringsregel. Te denken valt aan de schending van de op een arts rustende informatieplicht alvorens een medische behandeling te verrichten (vgl. de Informed Consent-uitspraken[30]) alsook aan de advocaat die nalaat zijn cliënt te informeren over de riscio's verbonden aan de executie van een nog niet onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak (vgl. Juresta Nederland[31]). Maar evenzeer in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten zou een "in beginsel gegeven csqn-verband" tussen bijvoorbeeld de aanwezigheid van voor de gezondheid gevaarlijke stoffen in een bedrijf en de gezondheidsklachten van een individuele werknemer behulpzaam kunnen zijn in die gevallen waarin de werknemer moeilijkheden ondervindt bij het door hem te leveren bewijs dat *hij* (persoonlijk) in zijn werk in relevante mate is blootgesteld aan voor zijn gezondheid schadelijke stoffen en zijn klachten of ziekte door deze blootstelling kunnen zijn ontstaan, hetgeen immers

28 Van een rechterlijk of feitelijk vermoeden wordt als regel gesproken als het rechterlijk oordeel is gebaseerd op indirect bewijs ofwel hulpfeiten, ontleend aan de concrete zaak die aan de rechter is voorgelegd. Anders gezegd: de rechter leidt dan uit een hem als vaststaand gekwalificeerd feit, een ander, niet-vaststaand feit af, behoudens tegenbewijs (zie nader Snijders, Klaassen, Meijer (2011), nr. 214). Het voorshandse bewijs wordt hiervan dan in die zin onderscheiden dat dit is gebaseerd op direct bewijs. Bij het praktisch nut van dit onderscheid worden wel kanttekeningen geplaatst. Zie W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, nr. 44. Anders Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, p. 68-69.

29 Schild introduceert in dit verband de aanduiding "informele toepassing van de omkeringsregel". A.J.P. Schild, Het 'condicio sine qua non'-verband bij de schending van een zorgvuldigheidsverplichting: enige wegen naar Rome, RM Themis, 2009, p. 263.

30 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, m.nt. JBMV.

31 HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92.

is vereist om een beroep te kunnen doen op de zogenoemde arbeidsrechtelijke omkeringsregel.[32]

Vooral omwille van de mij toekende ruimte, zal ik mijn visie op de mogelijkheden en de wenselijkheid om de door de Hoge Raad gevolgde benadering in de arresten Levob/Bolle en Worldonline door te trekken naar andere gevallen niet uitgebreid uitwerken. Ik volsta met de volgende kanttekeningen.

Wat betreft het doortrekken van de lijn uit het Worldonline-arrrest naar andere gevallen van schending van een informatieplicht is van belang dat bij de (destijds geldende) prospectusaansprakelijkheid met de constatering dat er sprake is van een normschending (c.q. een misleidende mededeling) tevens is gegeven dat aannemelijk is dat de gemiddelde consument[33] in zijn handelen door deze informatie is beïnvloed. In het kader van de vaststelling van het csqn-verband gaat het dan (nog "slechts") om de individualisering: is de onderhavige belegger ook daadwerkelijk beïnvloed? Dit ligt bij bijvoorbeeld de Informed Consent-zaken, maar ook bij het arrest Juresta Nederland anders.

Wat betreft de hiervóór geschetste casus in het kader van art. 7:658 lid 2 BW past wat mij betreft terughoudendheid om, geabstraheerd van de voorliggende feiten en omstandigheden, bij wijze van uitgangspunt een vermoeden van causaal verband tussen de gezondheidsschade en de werkomstandigheden aan te nemen, gelet op de bewijsrechtelijke tegemoetkoming die in art. 7:658 lid 2 BW reeds ten gunste van de werknemer ligt besloten. Zie tevens onder 7. Meer in het algemeen geldt dat, met name ook gelet op de bijzonderheden van zowel de effectenlease-arresten als het Worldonline-arrest alsook de ontwikkelingen rond de omkeringsregel, de verdere ontwikkeling, bij wijze van "uitgangspunt", van een dergelijk normatief en meer op algemene ervaringsfeiten dan op de concrete feiten gefundeerd bewijsvermoeden mijns inziens niet wenselijk is, maar ook minder voor de hand ligt.[34] Wat betreft de effectenleasezaken is in verband met de vraag naar de reikwijdte hiervan van belang voor ogen te houden dat deze zaken bij wijze van proefproces aan de Hoge Raad zijn voorgelegd en de Hoge Raad expliciet is gevraagd een oordeel te geven "op een zo hoog mogelijk abstractie-niveau" om een zo groot mogelijke "precedent-werking" te bereiken in de duizenden andere min of meer vergelijkbare effectenleasezaken die speelden en die al dan niet reeds aan de rechter waren voorgelegd. Zie ook r.o. 4.1 van de Hoge Raad in De Treek/Dexia, waarin de Hoge Raad zijn beslissing uitdrukkelijk in deze context plaats, met de toevoeging dat in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden

32 Zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596 (Unilever/Dikmans) en nader HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354 (Havermans/Luyckx) alsmede HR 9 januari 2009, *NJ* 2011, 252, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Landskroon/BAM).

33 Door de Hoge Raad in Worldonline aangeduid als de "maatmanbelegger"; r.o. 4.10.3. Thans geldt voor de consument die meent te zijn misleid art. 6:193a-art. 193j BW en ziet het vigerende art. 6:194 BW betreffende misleidende reclame nog slechts op gedupeerde professionele partijen. Het Wordonline-arrest is evenwel gebaseerd op het oude art. 6:194 BW.

34 In dezelfde zin I. Giesen, Effectieve rechtsbescherming en causaliteit, *AV&S* 2010, p. 128.

geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, maar door hem met inachtneming van dit voorbehoud, met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent effectenlease-overeenkomsten in een algemene beschouwing op diverse kwesties wordt ingegaan, bij wijze van "handreiking" aan de praktijk voor de beslechting daarvan.[35] Met andere woorden: de meer algemene, van de onderhavige zaak in een bepaalde mate geabstraheerde overwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van (onder andere) het bewijs van het causaal verband zijn kennelijk in belangrijke mate ingegeven door de vele effectenleasezaken waarin deze problematiek eveneens speelt en de door de Hoge Raad opgepakte handschoen om bij te dragen aan een zo efficiënt mogelijke oplossing van deze massaschade en zich daarbij ten dienste te stellen van de rechtsontwikkeling en het belang van een uniforme rechtshandhaving.

Tot slot wil ik in dit verband een enkele opmerking maken over de door de Hoge Raad genoemde ratio in Worldonline. Allereerst geldt dat de toepassing van het effectiviteitsbeginsel in het Wordonline-arrest is terug te voeren op het feit dat het hier gaat om een op het Europese recht gebaseerde aansprakelijkheid. Het beginsel van effectiviteit is in het kader van de ontwikkeling van het Europees privaatrecht een belangrijk, zo niet het belangrijkste beginsel, dat daarin op verschillende manieren doorwerkt.[36] Deze grond voor toepassing van dit beginsel ontbreekt in niet europeesrechtelijk gekleurde aansprakelijkheidszaken. Hiermee is uiteraard niet gezegd dat dit beginsel of althans de gedachtegang daar achter in andersoortige zaken niet kán worden toegepast, slechts dat dit niet hoeft.[37] Hiernaast geldt dat een effectieve rechtsbescherming veelal ook geboden kan worden zonder het formuleren van min of meer algemene regels, al dan niet toegespitst op bepaalde categorieën normen. Ik verwijs naar hetgeen hiervoor is opgemerkt over de klassieke gereedschapskist van de rechter. Belangrijker is nog dat in het argument van effectieve rechtsbescherming naar ik meen geen zelfstandige rechtvaardiging kan worden gevonden voor de ene of de andere oplossing in geval van causaliteitsonzekerheid. We komen dit argument bij sommige schrijvers dan ook tegen als ratio voor de omkeringsregel, maar evengoed als ratio voor proportionele aansprakelijkheid.[38] Nu kan men weliswaar zeggen dat dit

35 Vgl. ook de na het houden van deze inleiding verschenen noot van Vranken bij de effectenlease-arresten, *NJ* 2012, 184

36 Zie A.S. Hartkamp, Asser 3-I*, Europees recht en Nederlands vermogensrecht (2011), nr. 109 e.v.

37 Ons nationale recht ken het effectiviteits*beginsel* (ook wel aangeduid als het doeltreffendheidsbeginsel) als zodanig niet. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht, *WPNR* 2011 (6901), p. 790-797.

38 M.n. Giesen, I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer 2008, p.66-67 alsook De aantrekkingskracht van de Lorely, p. 82-83. Meer in het algemeen wordt "verwezenlijking van de materieelrechtelijke norm" als argument aangevoerd voor uitzonderingen op de bewijsrechtelijke hoofdregel van art. 150 Rv of althans ten faveure van tegemoetkomingen op dit gebied. Zie bijv. Giesen. Bewijs en Aansprakelijkheid, m.n. hst. XIV. Zie mijn op dit punt kritische bespreking van deze dissertatie in *WPNR* 2003 (6555), p. 877-882. Overigens is "verwezenlijking van het materiële recht" het centrale doel van de civiele procedure en het civiele

beide instrumenten zijn om een zelfde probleem te regelen, in die zin dat deze beide figuren een oplossing bieden voor bewijsproblemen rond het csqn-verband, maar daarmee houdt de gelijkenis ook op. Beide figuren kunnen niet over een kam worden geschoren (zie nader onder 6.3).

Terugkerend naar de vraag naar het uitstralingseffect van de arresten Levob/Bolle, De Treek/Dexia en het Wordonline-arrest naar andersoortige zaken: voor een "veralgemenisering" van de door de Hoge Raad in de effectenleasezaken alsook in het Worlonline-arrest geformuleerde uitgangspunten ten aanzien van het bewijs van causaal verband door de hierin gevolgde lijn door te trekken naar andere terreinen vormen deze arresten naar mijn mening geen directe aanleiding en behoeft naar mijn mening vanwege de eigenaardigheden van deze arresten niet direct te worden gevreesd.

6 Proportionele aansprakelijkheid

6.1 Vaste voet aan de grond, maar in gelegenheidsschoen

Proportionele aansprakelijkheid, althans wat we als zodanig plegen aan te duiden, heeft in de rechtspraak van de Hoge Raad inmiddels vaste voet aan de grond gekregen, zij het getooid in een gelegenheidsschoen en niet in een alledaagse stapper. In het algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad deze figuur voor het eerst heeft toegepast in het arrest Nefalit/Karamus.[39] De crux was hier, zoals bekend, de vraag naar de aansprakelijkheid van werkgever Nefalit voor de schade die haar oud-werknemer Karamus ondervond vanwege zijn longkanker. Deze longkanker zou kunnen zijn ontstaan door de blootstelling aan asbest in het kader van zijn werkzaamheden voor Nefalit, maar zou ook te wijten kunnen zijn aan andere omstandigheden, zoals het roken van Karamus zelf, of een combinatie hiervan. Het was niet mogelijk om met een voldoende mate van zekerheid vast te stellen in welke mate de schade van Karamus door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan. De Hoge Raad leert dat de rechter in een dergelijk geval "de werkgever tot vergoeding van de gehele schade mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen". In het algemeen wordt de in Nefalit/Karamus gevolgde benadering beschouwd als de aanvaarding van een zogenoemde

procesrecht als zodanig, maar dit neemt niet weg dat bij de inrichting hiervan een balans moet worden gevonden tussen de belangen van alle betrokken partijen. Dit is wat betreft de eisen die worden gesteld aan het bewijs van causaal verband niet anders. Uitgebreider over de functies van het burgerlijk proces(recht) Snijders, Klaassen en Meijer (2011), nr. 9-15.

39 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

"proportionele aansprakelijkheid"[40] en ook ik zal hierna de in dit arrest gevolgde benadering op deze gebruikelijke wijze aanduiden.[41]

De proportionele aansprakelijkheid roept vele vragen op en biedt voer voor uitgebreide discussie. Ik beperk mij in deze context tot een enkele opmerking over enerzijds de reikwijdte van de proportionele aansprakelijkheid en anderzijds de verhouding hiervan tot andere figuren die zijn ontwikkeld om bewijsproblemen ten aanzien van het causaal verband op te lossen, zoals in het bijzonder de omkeringsregel.

6.2 Enkele opmerkingen over de reikwijdte

Wat betreft de reikwijdte heeft de Hoge Raad reeds in Nefalit/Karamus, maar in het bijzonder ook in zijn latere arrest Fortis/Bourgonje duidelijk aangegeven dat terughoudendheid bij de toepassing van proportionele aansprakelijkheid is geboden. In Nefalit/Karamus stelde de Hoge Raad voorop dat het, in het geval meerdere oorzaken mogelijk zijn voor de gezondheidsschade ter zake waarvan vergoeding van de werkgever wordt gevorderd, in het algemeen voor de hand ligt dat de rechter een deskundige benoemt om zich te laten voorlichten over de

40 Ik onderscheid deze figuur – zoals die in het arrest Nefalit/Karamus is ingevuld – van de zogenoemde "kansschade", die reeds langer in de rechtspraak is aanvaard en regelmatig (eveneens) onder de noemer van de proportionele aansprakelijkheid wordt geschaard. Hoewel moet worden erkend dat de kwestie óf er rechtens relevante schade is geleden dan wel de aanwezig geachte schade in causaal verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd regelmatig als verschillende zijden van dezelfde medaille kunnen worden beschouwd en de vraag welke kwestie speelt dan (slechts) afhankelijk is van de manier waarop het debat in het vat is gegoten – zoals m.n. Akkermans heeft geponeerd (zie bijv. Akkermans in: A. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief, Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag 2000, p. 87-101) – komt het de duidelijkheid ten goede deze beide routes om perikelen rond het causaliteitsbewijs op te lossen te onderscheiden. De proportionele aansprakelijkheid "á la Nefalit/Karamus" benadert deze kwestie vanuit het leerstuk van de causaliteit, het leerstuk van de kansschade zoals zich dat rond met name de aansprakelijkheid van beroepsfouten van advocaten en artsen heeft ontwikkeld, benadert deze kwestie vanuit een aangepast schadebegrip, immers de door de fout verloren gegane kans, in plaats van de daadwerkelijk door de fout geleden schade. Zie ook Klaassen, Mon. BW B35, nr. 57. Vgl. tevens Tjong Tjin Tai, noot onder Nefalit/Karamus, *NJ* 2011, 250.

41 Zie voor een ander geluid J.S. Kortmann, Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?, *NJB* 2006, p. 1404-1412. Kortmann meent dat uit het arrest Nefalit/Karamus niet kan worden afgeleid dat de Hoge Raad daadwerkelijk een proportionele aansprakelijkheid aanvaardt, in de zin van een aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Hij baseert zich in dit verband op de door de Hoge Raad gevolgde benadering: 100% aansprakelijkheid minus aandeel werknemer, in plaats van te spreken van een aansprakelijkheid van de werkgever overeenstemmend met diens waarschijnlijke bijdrage aan de schade. In een geval als aan de orde in Nefalit/Karamus maakt dit voor de uitkomst geen verschil en is dit vooral een "woordenstrijd". Wel zou dit tot een verschil in uitkomst kunnen leiden in het geval er sprake zou zijn van meerdere werkgevers bij wie een ongeoorloofde blootstelling aan asbest zou hebben plaatsgevonden die tot de klachten van de werknemer zou hebben kunnen lijden. Zijn de opeenvolgende werkgevers dan ieder voor 100% hoofdelijk aansprakelijk, onder aftrek van de geschatte bijdrage van mogelijke oorzaken die in de risicosfeer van de werknemer liggen, of is iedere werkgever aansprakelijk voor de schade die overeenstemt met de mate waarin hij waarschijnlijk tot de schade heeft bijgedragen? De eerste benadering lijkt mij – mede gelet op art. 6:99 BW – het meest waarschijnlijk en in elk geval het meest redelijk. Idem Kortmann, p. 1411.

grootte van de kans dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden door een toerekenbare tekortkoming van de werkgever. In geval van andersoortige schade en een andersoortige aansprakelijkheidsgrond zal dit niet anders zijn: voorop staat het streven, zo nodig door het inschakelen van een deskundige, de daadwerkelijke oorzaak van de schade te achterhalen, althans de meest waarschijnlijke oorzaak. Voortredenerend vanuit de situatie zoals aan de orde in Nefalit/Karamus: indien op basis van het ingewonnen deskundigenbericht moet worden geoordeeld dat de kans "zeer klein" is dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door het tekortschieten van de werkgever, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering van de werknemer afwijst, indien deze kans daarentegen "zeer groot" is, zal (volledige) toewijzing voor de hand liggen, aldus de Hoge Raad.[42] Slechts op het tussen deze twee uitersten gelegen terrein, kan een proportionele aansprakelijkheid aan de orde zijn omdat het uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid "in het algemeen" onaanvaardbaar is de onzekerheid over het causaal verband geheel voor risico van de werknemer dan wel de werkgever te laten komen. Wat betreft de onaanvaardbaarheid van een dergelijke gehele afwijzing van de vordering kent de Hoge Raad kennelijk ("mede") betekenis toe aan de strekking van de norm en de aard van de normschending, in Nefalit/Karamus respectievelijk het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer en de ongeoorloofde blootstelling van de werknemer aan een voor zijn gezondheid gevaarlijke stof in de uitoefening van diens werkzaamheden. Wat betreft de onaanvaardbaarheid van een algehele toewijzing van de vordering, legt kennelijk gewicht in de schaal de "niet zeer kleine kans" dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die voor risico van de werknemer komen de schade (mede) hebben veroorzaakt.[43] De Hoge Raad spitst zijn beslissing in Nefalit/Karamus zeer toe op de specifieke omstandigheden van deze zaak. Niettemin heeft de Hoge Raad ondertussen, in zijn arrest Fortis/Bourgonje,[44] duidelijk gemaakt dat een proportionele aansprakelijkheid niet is beperkt tot de situatie zoals in Nefalit/Karamus aan de orde, noch tot de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten. Ook in andere gevallen kan deze oplossing voor bewijsperikelen rond het csqn-verband c.q. onzekerheid over het csqn-verband redelijk zijn, zij het dat de Hoge Raad uitdrukkelijk vooropstelt dat de in Nefalit/Karamus geformuleerde rechtsregel met terughoudendheid moet worden toegepast en hiervoor uitsluitend ruimte is in uitzonderlijke – van geval tot geval te

42 Wanneer er volgens de Hoge Raad sprake is van een dusdanig kleine kans dat om die reden een proportionele aansprakelijkheid niet aan de orde is, maar de vordering afgewezen dient te worden, zal zich verder moeten uitkristalliseren. In Nefalit/Karamus werd een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 55% aangenomen. In CRvB 9 april 2009, *JB* 2009, 168, m.nt. C.L.G.F.H. Albers werd door de Centrale Raad in een met Nefalit/Karamus vergelijkbare casus een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% niet te klein bevonden om proportionele aansprakelijkheid van de werkgever aan te nemen.

43 In Nefalit/Karamus betrof dit: roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken. Deze factoren zouden, evenals of in combinatie met de blootstelling aan asbest, de oorzaak van de longkanker van Karamus kunnen zijn.

44 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

beoordelen – omstandigheden.[45] De rechtvaardiging voor toepassing van deze rechtsregel dient dan te worden gevonden in de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending, waaronder begrepen, zo herhaalt de Hoge Raad, de aard van de door de benadeelde geleden schade. De rechter die op grond hiervan tot toepassing van een proportionele aansprakelijkheid besluit, moet in zijn motivering verantwoorden dát voormelde gezichtspunten deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen. De terughoudende opstelling van de Hoge Raad ten aanzien van de toepassing van een proportionele aansprakelijkheid is duidelijk ingegeven door het door de Hoge Raad ook gememoreerde bezwaar wat hiertegen in de literatuur is aangevoerd: dat toepassing hiervan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. In Fortis/Bourgonje oordeelde de Hoge Raad dat voor toepassing van de rechtsregel uit Nefalit/Karamus geen rechtvaardiging aanwezig was en bestempelde hij het zelfs als "onaanvaardbaar" tegenover vermogensbeheerder Fortis om het in beginsel op haar cliënt Bourgonje rustende bewijsrisico omtrent de op zichzelf vaststaande normschending en de schade niet voor rekening van de cliënt te laten, maar toepassing te geven aan de rechtsregel van het arrest Nefalit/Karamus. Meegewogen werd in dit verband, in de lijn van hetgeen hiervoor is opgemerkt, de aard van de geschonden norm, in dat geval de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt, alsmede de strekking van deze norm, te weten het voorkomen van vermogensschade. Hiernaast werd expliciet gewicht toegekend aan de onbestreden vaststelling door het hof, dat de kans dat belegger Bourgonje zich zonder meer en onverwijld zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijke aanbeveling om de aandelen waarop het verlies was geleden dat de aanleiding vormde tot deze zaak dadelijk na afloop van de lock-up periode van de hand te doen, "niet bijzonder groot is te noemen". Vergelijk Nefalit/Karamus, waar de Hoge Raad reeds duidelijk maakte dat proportionele aansprakelijkheid slechts in beeld kan komen indien er sprake is van een "niet zeer kleine kans" dat de schade door de normovertreding is ontstaan.

Terwijl de Hoge Raad zijn beslissing in Nefalit/Karamus zeer toespitste op de omstandigheden zoals hierin aan de orde en kennelijk terughoudend was wat betreft het formuleren van meer algemene gezichtspunten, stelt hij zich in Fortis/Bourgonje wat vrijer op. Aan deze arresten tezamen kunnen, naast hetgeen hiervoor al aan de orde kwam, de volgende algemene gezichtspunten worden ontleend wat betreft de mogelijkheden (c.q. beperkingen) ten aanzien van de toepassing van een proportionele aansprakelijkheid. Allereerst geldt dat een proportionele aansprakelijkheid "á la Nefalit/Karamus" alleen in beeld komt in een situatie waarin i) de schade meerdere oorzaken kan hebben en ii) ook

45 Opmerkelijk is overigens dat de Hoge Raad in Fortis/Bourgonje steeds spreekt van "de rechtsregel van het arrest Nefalit/Karamus" of een vergelijkbare aanduiding gebruikt, in plaats van te spreken van een proportionele aansprakelijkheid. Vgl. de hiervoor weergegeven kanttekening van Kortmann, *NJB* 2006, p. 1404-1412. Ik handhaaf echter het gebruik van de aanduiding proportionele aansprakelijkheid, zoals ook in de overige literatuur gebruikelijk is.

met behulp van deskundigen niet met een voldoende mate van zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade door deze mogelijke oorzaken of één daarvan is ontstaan. Wat betreft de aanwezigheid van meerdere oorzaken geldt vervolgens dat het zal moeten gaan om één of meer oorzaken waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd én een oorzaak in de risicosfeer van de benadeelde. Bovendien moet wat betreft de mogelijke aansprakelijkheidscheppende oorzaak vaststaan dat, behoudens het causaal verband, aan de hiervoor geldende voorwaarden is voldaan. Met andere woorden: vast moet staan dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming dan wel een fout in de zin van art. 6:162 BW of een grond voor een risicoaansprakelijkheid. Immers, indien er slechts sprake is van meerdere mogelijke oorzaken in de risicosfeer van de benadeelde dan wel er weliswaar tevens sprake is van een buiten diens risicosfeer gelegen mogelijke oorzaak, maar deze laatstgenoemde mogelijke oorzaak niet kwalificeert als aansprakelijkheidscheppend, houdt de poging van de benadeelde om zijn schade op een derde te verhalen reeds om die reden op. Indien er geen mogelijke oorzaak aan de kant van de benadeelde aan de orde is, maar sprake is van meerdere aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen die een causale rol (kunnen) hebben gespeeld, zijn er diverse mogelijkheden. Indien in een dergelijk geval meerdere aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen de gehele schade ter zake waarvan vergoeding wordt gevorderd hebben kunnen veroorzaken, zal ieder van deze mogelijke veroorzakers volgens de heersende leer door de benadeelde in beginsel hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de gehele schade op grond van art. 6:99 BW (met de mogelijkheid van tegendeelbewijs).[46] Indien de schade is veroorzaakt door een samenloop van meerdere aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen,[47] is er eveneens sprake van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade van ieder van de veroorzakers op grond van art. 6:102 lid 1 BW. Indien er daarentegen sprake is van deelschade, in die zin dat duidelijk is dat geen van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen de gehele schade heeft veroorzaakt, noch zij deze tezamen hebben veroorzaakt, maar ieder slechts een deel hiervan teweeg heeft gebracht of althans teweeg heeft kunnen brengen, is iedere (mogelijke) veroorzaker slechts aansprakelijk voor het deel van de schade dat is veroorzaakt door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is. Conform de gewone regels van het bewijsrecht dient de benadeelde in een dergelijk geval te

46 Met Spier kan overigens worden geconcludeerd dat gelijktijdigheid van de mogelijke oorzaken (van de gehele schade) als zodanig geen voorwaarde in de zin van art. 6:99 BW is, maar naar mate er meer tijd verstrijkt tussen gebeurtenis A en gebeurtenis B minder aannemelijk is dat zij beide als mogelijke oorzaken van dezelfde schade hebben te gelden. Zie J. Spier, Proportionele aansprakelijkheid: wanneer en waarom?, in: Een nieuwe aanpak!, inleidingen gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2010, Den Haag 2010, p. 48 e.v. alsmede Klaassen, Mon. BW B35, nr. 73. Spier bepleit overigens voor het geval er sprake is van *mogelijke* oorzaken, in afwijking van art. 6:99 BW, maar in aansluiting bij de PETL, proportionele aansprakelijkheid.

47 Let wel: hier wordt gedoeld op de situatie dat vastgesteld kan worden c.q. wordt dat de schade door een samenloop van oorzaken *is* ontstaan. Deze situatie dient te worden onderscheiden van die waarin de schade door een combinatie van oorzaken *kan* zijn ontstaan, maar niet vastgesteld kan worden dat deze daadwerkelijk door een combinatie van deze oorzaken is ontstaan (zoals in geval van Nefalit/Karamus).

bewijzen wie welk deel van de schade heeft veroorzaakt en wordt diens vordering jegens een bepaalde partij afgewezen als hij hierin jegens deze partij niet slaagt. Hoe zeer er in geval van veroorzaking van deelschade ook sprake is van een proportioneel resultaat, van een proportionele aansprakelijkheid in de zin van Nefalit/Karamus is in dit verband geen sprake.

In geval van enkelvoudige veroorzaking c.q. in het geval er slechts één aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis als schadeoorzaak aan de orde is en niet tevens een omstandigheid in de risicosfeer van de benadeelde, is voor proportionele aansprakelijkheid geen plaats, ook al kunnen zich in een dergelijk geval evenzeer problemen en in het bijzonder onzekerheden rond het (bewijs van het) causaal verband voordoen tussen deze gebeurtenis en bepaalde schadeposten; deze zullen aan de hand van het klassieke arsenaal aan bewijsregels en de rechterlijke vrijheid in het kader van zowel de exacte inkleuring hiervan als de waardering van het voorliggende bewijsmateriaal moeten worden opgelost of blijven, als dit geen soulaas biedt, voor risico van de eisende partij, met als gevolg dat diens vordering zal worden afgewezen.

Voor de goede orde zij benadrukt dat voor de eventuele toepassing van een proportionele aansprakelijkheid is vereist dat er sprake is van meer dan één reële, "serieus te nemen"[48] mogelijke oorzaak (waarvan er dus tenminste één aansprakelijkheid vestigt en één in de risicosfeer van de benadeelde is gelegen) én het vaststellen van de daadwerkelijke oorza(a)k(en) van de schade, ondanks inschakeling van deskundigen, problematisch is. Hoewel tussen de zaken waarin dit wél en de zaken waarin dit niet het geval is, geen strikte scheidslijn is te trekken,[49] zal de redelijk ervaren en redelijk bekwame civilist veelal wel aan zijn water voelen welke gevallen vanwege het ontbreken van een dergelijke reële, alternatieve oorzaak in elk geval buiten het terrein zijn gelegen waar de traditionele leerstukken tekortschieten en ten behoeve van de billijkheid ten opzichte van zowel de aansprakelijke als de benadeelde persoon met reden een debat over de toepassing van proportionele aansprakelijkheid gevoerd kan worden. Een voorbeeld: indien er een aanrijding plaatsvindt tussen twee auto's waarvan auto A door rood licht rijdt, terwijl auto B te hard rijdt, zal het causaal verband tussen de schade(posten) die A aan B dient te vergoeden op de gebruikelijke, klassieke wijze dienen te worden vastgesteld, evenals de vooralsnog voor de hand liggende vermindering van deze schadeplichtigheid vanwege de aan B zelf toe te rekenen bijdrage aan de schade op grond van art. 6:101 BW. Er bestaat geen grond in dergelijke zaken een debat over de toepasselijkheid van proportionele aansprakelijkheid te voeren, hoe zeer naar de letter wellicht aan de hiervoor omschreven basisvoorwaarde van een aansprakelijkheidvestigende oorzaak en een omstandigheid in de eigen risicosfeer van de benadeelde is voldaan en hoezeer het vaststellen van de causale bijdragen in een dergelijk geval soms problematisch kan zijn.

48 Terminologie ontleend aan Giesen, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, p. 81 (-84).
49 Zie Giesen, t.a.p.

Tegen de achtergrond van het voorgaande, meen ik dat proportionele aansprakelijkheid in principe niet dient te worden toegepast bij arbeidsongevallen.[50] Hoewel niet uitgesloten, zal zich bij een arbeidsongeval, dat immers op één bepaald moment plaatsheeft en dan al dan niet schade veroorzaakt, niet snel de situatie voordoen dat het letsel (of het overlijden) ter zake waarvan schadevergoeding wordt gevorderd aan meerdere serieus te nemen oorzaken (tezamen) kan zijn te wijten en zelfs deskundigen geen uitspraak kunnen doen over de mate van waarschijnlijkheid dat dit letsel door het ongeval op het werk is veroorzaakt. In elk geval rechtvaardigen de eventuele bewijsproblemen waarvoor het slachtoffer van een arbeidsongeval zich gesteld kan zien naar mijn mening in principe geen proportionele benadering en dus afwijking van de hoofdregel.[51] Bij beroepsziekten dient proportionele aansprakelijkheid alleen te worden toegepast indien er sprake is van een ziekte die aan meerdere oorzaken te wijten kan zijn, waarbij er sprake is van tenminste één oorzaak in de risicosfeer van de werkgever en één in de risicosfeer van de werknemer. Is dit niet het geval, dan gelden de "klassieke" bewijsregels ten aanzien van het causaal verband in beginsel onverkort en dient het causaal verband tussen werk en schade door de werknemer te worden bewezen, behoudens een eventueel beroep op bijzondere bewijsrechtelijke regels, zoals de omkeringsregel dan wel art. 6:99 BW, indien diverse werkgevers de schade hebben kunnen veroorzaken of althans de schade het gevolg kan zijn van meerdere aansprakelijkheidvestigende omstandigheden.[52]

In aansluiting bij Spier, zij in dit verband tot slot opgemerkt dat de enkele aanwezigheid van meerdere (mogelijke) oorzaken op zichzelf geen rechtvaardiging vormt voor een afwijking van het uitgangspunt dat het causaal verband (in de zin van het csqn-verband) door degene die schadevergoeding vordert dient te worden bewezen. Hiervoor is méér nodig. Zou dit anders worden beschouwd, dan zou, om de woorden van Spier te gebruiken, een niet te rechtvaardigen verschil worden gecreëerd tussen mono- en polycausale gebeurtenissen;[53] zie nader onder 7.

Voorwaarde voor een proportionele aansprakelijkheid is volgens de Hoge Raad in Fortis/Bourgonje uitdrukkelijk niet dat er sprake is van een geval waarin het bewijs van het csqn-verband meer in het algemeen een probleem is, ofwel dat er sprake is van structurele bewijsnood. Onder andere door mij is dit voordien als gezichtspunt genoemd om aan te geven dat een proportionele aansprakelijkheid naar mijn mening niet op zijn plaats is om tegemoet te komen aan de

50 Zie ook C.J.M. Klaassen, Enkele opmerkingen over bewijs bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, in: Arbeidsprocesrecht in beweging, Den Haag 2012, p. 74.

51 In deze zin, als ik het wel zie, de meerderheid van de literatuur. Vgl. ook Giesen, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, p. 88.

52 Overigens is het feit dat proportionele aansprakelijkheid niet aan de orde is en teruggegrepen dient te worden op het traditionele instrumentarium voor de werknemer niet per definitie ongunstig. Zie C.J.M. Klaassen, Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?, *NJB* 2007, p. 1346-1362.

53 Spier, Proportionele aansprakelijkheid: wanneer en waarom?, p. 53-54.

bewijsnood waarin een procespartij in een individueel geval "toevallig" verkeert, omdat bijvoorbeeld bewijsmateriaal verloren is gegaan, maar het (tenminste) zou moeten gaan om een situatie waarvoor meer in het algemeen geldt dat het causaal verband, ook door deskundigen, niet met een voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld.[54] Toegegeven moet worden dat het al dan niet bestaan van "structurele causaliteitsonzekerheid" een onvoldoende scherp handvat biedt om als (enig) criterium voor het wel of niet aannemen van proportionele aansprakelijkheid te gelden; dat was wat mij betreft echter ook niet de insteek. Zo zou bijvoorbeeld in de situatie zoals aan de orde in Fortis/Bourgonje weliswaar van een structureel bewijsprobleem kunnen worden gesproken, omdat immers in geval van schending van een informatieplicht de benadeelde niet kan bewijzen wat hij daadwerkelijk zou hebben gedaan indien hij wél naar behoren was geïnformeerd. Niettemin onderschrijf ik de door de Hoge Raad in dit arrest gevolgde koers om in deze geen proportionele aansprakelijkheid aan te nemen. Hoe dan ook: ik meen dat het soort situaties die ik wilde uitsluiten door betekenis toe te kennen aan het al of niet aanwezig zijn van structurele causaliteitsonzekerheid, ook in de thans door de Hoge Raad gevolgde benadering buiten het toepassingsbereik van de proportionele aansprakelijkheid of althans de rechtsregel van Nefalit/Karamus zullen blijven.

Begrijpelijk is evenzeer de "toegift" van de Hoge Raad, dat het onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schadeposten, niet als uitgangspunt kan dienen om de toepasselijkheid van proportionele aansprakelijkheid af te bakenen omdat dit onderscheid daarvoor (eveneens) onvoldoende scherp is. In de literatuur was wel geopperd dat het leerstuk van de kansschade het meest geëigend zou zijn ter oplossing van gevallen waarin onzekerheid bestaat over wat er in de toekomst zou zijn gebeurd indien een bepaalde aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis achterwege zou zijn gebleven, zoals het geval waarin de vraag is wat er zou zijn gebeurd als de arts niet tekortgeschoten was door te laat in te grijpen bij een bevalling. De proportionele benadering over de band van de causaliteit zou in die benadering het meest geëigend zijn als oplossing in die gevallen waarin de vraag is of een in het verleden gelegen gebeurtenis als oorzaak van de schade is aan te merken (zoals in de casus van Nefalit/Karamus).[55]

---

54 Zie Klaassen, Mon. BW B35, nr. 59 en *NJB* 2007, p. 1352-1353. Vgl. ook Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, p. 455 e.v. alsook A.C.W. Pijls en W.H. van Boom, Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid, *WPNR* 2010 (6834), m.n. p. 196 en 199, die (eveneens) het aanwenden van bijzondere bewijsregels vanwege causaliteitsonzekerheid beperken tot situaties van structurele bewijsnood, althans aannemen dat de Hoge Raad voor dergelijke gevallen een oplossing zoekt.

55 Zie m.n. J.H. Nieuwenhuis, Eurocausaliteit. Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade, TPR 2002, m.n. p. 1712-1717 (tevens in: Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, Deventer 2002, p. 18-23).

6.3 Proportionele aansprakelijkheid, vergoeding van kansschade, de omkeringsregel: kiest u maar?

Giesen merkt op: "de 'omkeringsregel' en de proportionele aansprakelijkheid zijn een instrument om hetzelfde probleem te regelen".[56] Hij voegt daar in een voetnoot aan toe: "Zo ook Klaassen".[57] Voor zover Giesen hiermee zegt dat dit beide instrumenten zijn om met causaliteitsonzekerheid om te gaan, ben ik het daarmee inderdaad eens. Voor zover hiermee gezegd wordt – zoals uit de passages daarna lijkt te volgen -, dat dit onderling uitwisselbare instrumenten zijn, waaruit de "justitiabele" naar believen kan kiezen, ben ik het hiermee niet eens. Nog daargelaten dat, gelet op het verschil in consequentie, de keuze van de benadeelde naar alle waarschijnlijkheid zal afwijken van die van de aansprakelijk gestelde partij, meen ik dat deze beide instrumenten niet naast elkaar, in dezelfde situaties, van toepassing zijn ter tegemoetkoming aan de bewijsperikelen van de eisende partij.[58] Wat betreft andere instrumenten die zijn "bedacht" ter oplossing van het probleem van causaliteitsonzekerheid kan dit anders zijn. Tussen een oplossing via de weg van vergoeding van de verloren gegane kans en proportionele aansprakelijkheid in de zin van Nefalit/Karamus is niet altijd een scherp onderscheid te maken, hoewel, zoals hiervoor al even is aangestipt, sommige gevallen zich naar mijn mening meer lenen voor de ene dan voor de andere route. In aansluiting bij de rechtspraak van de Hoge Raad en de naar mijn mening heersende leer, meen ik dat in het geval een advocaat in weerwil van de opdracht van zijn cliënt een beroepstermijn laat verlopen dan wel anderszins een fout maakt bij de behandeling van een zaak alsook wanneer een arts een medische fout maakt – in beide gevallen: een fout anders dan schending van een informatieplicht –, terwijl niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan worden vastgesteld wat de dientengevolge ontstane schade is, een vergoeding van de verloren gegane kans op een beter resultaat de meest passende oplossing is. Ik ben geneigd de situatie waarin de fout bestaat uit schending van een informatieplicht anders te beschouwen, gelet op de cruciale rol van de benadeelde, die immers de schakel vormt tot de schade. In beginsel dient de benadeelde indien hij zijn vordering baseert op schending van een informatieplicht naar mijn mening conform de hoofdregel feiten te stellen en te bewijzen op grond waarvan met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat hij, ware de betreffende informatie hem verstrekt,

---

56 Giesen, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, p. 100-101.

57 Giesen verwijst daarbij naar *NJB* 2007, p. 1346.

58 Dit neemt niet weg dat de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid wel in die zin naast elkaar kunnen bestaan dat ten gunste van de benadeelde jegens wie de omkeringsregel van toepassing is een proportionele aansprakelijkheid zou kunnen worden aangenomen in het geval hetgeen hij in het kader van het door hem te leveren tegenbewijs aannemelijk weet te maken daartoe aanleiding geeft. Aldus o.a. ook Akkermans, De "omkeringsregel" bij het bewijs van causaal verband, p. 92, Klaassen, Mon. BW B35, nr. 62 en Chr. H. van Dijk, De proportionele benadering bij medische aansprakelijkheid, in: Medische aansprakelijkheid: actuele en toekomstige ontwikkelingen, Den Haag 2010, p. 118-119.

anders gehandeld zou hebben: hij de medische behandeling niet zou hebben ondergaan, de aandelenportefeuille niet zou hebben aangehouden etc.[59]

Terug naar de verhouding tussen de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid. De omkeringsregel ziet, zoals vermeld, op het laatste stukje causaliteitsonzekerheid. In Nefalit/Karamus was daarvan geen sprake. Immers, er bestond een aanzienlijke kans dat de longkanker van Karamus niet door de asbestblootstelling was veroorzaakt. De door de eerste rechter benoemde deskundige concludeerde dat de kans dat dit wèl het geval was, (slechts) 55% was. Niet kan derhalve worden gezegd dat het dusdanig in de lijn lag dat de longkanker door de asbestblootstelling was veroorzaakt dat het op grond van de redelijkheid en billijkheid gerechtvaardigd was een vermoeden van causaal verband aan te nemen, zoals bij toepassing van de omkeringsregel geschiedt. Dit geldt eens te meer omdat zekerheid omtrent de daadwerkelijke oorzaak van Karamus' ziekte eenvoudigweg niet kon worden verkregen, zodat dit in feite een (risico)toedeling van de vordering tot schadevergoeding zou impliceren en dus aanmerkelijk méér gevolgen zou hebben dan het verplaatsen van de bewijsleveringslast, hetgeen normaliter het gevolg is van toepassing van de omkeringsregel. Dit is echter een argument van andere orde en betreft niet zozeer de toepassingsvoorwaarden voor de omkeringsregel (maar de consequentie van de toepassing hiervan in een dergelijk geval). Wat deze toepassingsvoorwaarden betreft, kan wellicht tevens worden gesteld dat niet is voldaan aan de voorwaarde dat het risico waartegen de geschonden norm bescherming biedt, zich heeft verwezenlijkt, nu niet vastgesteld kan worden wat de oorzaak van de longkanker is en dus niet vastgesteld kan worden of het risico van een asbestziekte waartegen Nefalit werknemer Karamus had moeten beschermen zich verwezenlijkt heeft.[60] Dit kan men wellicht echter ook anders bezien. Hoe dan ook: proportionele aansprakelijkheid komt mijns inziens pas in beeld als juist niet aan de voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel is voldaan. Als er weliswaar sprake is van een andere mogelijke oorzaak van de schade dan de gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk wordt gesteld die eraan in de weg staat het bewijs van causaal verband ten aanzien van deze gebeurtenis eenvoudigweg geleverd te achten, maar deze andere mogelijkheid

59 Uiteraard staat dit er niet aan in de weg dat op grond van de concrete feiten en omstandigheden van de onderhavige zaak een feitelijk vermoeden of andersoortige tegemoetkoming in de bewijs (leverings)last kan worden aangenomen. Ik bepleit echter terughoudendheid wat betreft het voor dergelijke gevallen ontwikkelingen van in abstracto geformuleerde "regels". Anders Giesen, die in geval van schending van informatieplichten (zelfs) de omkeringsregel wil toepassen. Zie Giesen, De aantrekkingskracht van de Lorely, p. 84, noot 46.

60 Vgl. bijv. HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, m.nt. DA maar met name ook HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524, m.nt. JBMV (Ter Hofte/Oude Monnink Moters). Vgl. tevens CRvB 12 mei 2005, *JB* 2005, 200, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, waar in een met Nefalit/Karamus vergelijkbaar geval de omkeringsregel wordt toegepast, zij het in de oudere, ruimere versie, die door de Hoge Raad inmiddels is genuanceerd c.q. aangescherpt. Zie ook C.L.G.F.H. Albers, noot onder Nefalit/Karamus, *JB* 2006, 109 (onder 4), die meent dat in deze zaak heel goed toepassing had kunnen worden gegeven aan de omkeringsregel. Zie ondertussen echter ook CRvB 9 april 2009, *JB* 2009, 168, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, waarin de CRvB zich aansluit bij de lijn van Nefalit/Karamus en in een daarmee vergelijkbaar geval (eveneens) een proportionele aansprakelijkheid aanneemt.

niet wegneemt dat het – mede gelet op de strekking van de geschonden norm en de aard van de ingetreden schade – toch wel in de lijn lijkt te liggen dat de normschendig hiervan de "schuldige" is, en we derhalve desondanks kunnen spreken over het "laatste stukje causaliteitsonzekerheid", kan de omkeringsregel van toepassing zijn. Van een dusdanig grote kans dat dit niet te billijken is jegens de aansprakelijk gestelde partij en een schadeplichtigheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid of althans een proportionele aansprakelijkheid à la Nefalit/Karamus meer op zijn plaats is en overwogen dient te worden, is dan echter geen sprake. Dit – en dus een grond voor toepassing van de omkeringsregel – kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien een werknemer die niet rookt, noch gerookt heeft op ongeoorloofde wijze aan asbest is blootgesteld en longkanker krijgt, evenals enkele van zijn bloedverwanten is overkomen, zodat niet uitgesloten is dat deze ziekte door een genetische aanleg teweeg is gebracht. Toepassing van de omkeringsregel zou wellicht ook aan de orde kunnen zijn indien er sprake is van mesothelioom, en derhalve van een "typische asbestziekte", maar de werknemer niet alleen in zijn werkzaamheden bij de aangesproken werkgever met asbest is geconfronteerd, maar in zijn vrije tijd ook af en toe "bijkluste" en daarbij eveneens met asbesthoudend materiaal heeft gewerkt. Of ondanks het bestaan van deze mogelijke andere oorzaak het bewijs van het causaal verband tussen de ziekte van de werknemer en diens werkzaamheden in dienstverband bij de aangesproken werkgever aangenomen kan worden dan wel dit – naar het oordeel van de feitenrechter – een stap te ver gaat, maar de kans dat dit causaal verband aanwezig is dusdanig reëel is dat toepassing van de omkeringsregel op zijn plaats is, hangt sterk af van de feiten en omstandigheden van de desbetreffende zaak.[61]

De mate waarin een feitelijk oorzakelijk verband aannemelijk is, bepaalt naar mijn mening derhalve in belangrijke mate óf toepassing van een bijzondere rechtsregel aangewezen is ter oplossing van een voorliggend probleem van causaliteitsonzekerheid en zo ja, welke. Ik meen dat de volgende fasen kunnen worden onderscheiden: i) het causaal verband wordt door de rechter op basis van de vaststaande feiten en mede rekening houdend met de aard van de normschending en de aard van de schade met een redelijke mate van waarschijnlijkheid aanwezig geacht en derhalve is het bewijs hiervan geleverd. Indien deze lat te hoog blijkt te liggen, is denkbaar dat de rechter op basis van een feitelijk vermoeden het bewijs van causaal verband voorshands geleverd acht, behoudens tegenbewijs (fase ii).[62] Indien de (wel) vaststaande feiten van de onderhavige zaak onvoldoende aanknopingspunten bieden voor een feitelijk vermoeden, kan – indien aan de daarvoor gestelde voorwaarden is voldaan – een vermoeden van causaal verband worden aangenomen op grond van de omkeringsregel (ook wel aangeduid als jurisprudentieel vermoeden); fase iii. Indien de kans dat de schade door de normschending is teweeggebracht,

61 Vgl. ook HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147, m.nt. CJHB (Hertel/Van der Lugt).

62 Het leveren van tegenbewijs betekent niet dat het tegendeel dient te worden bewezen, maar "slechts" dat het voorliggende vermoeden van causaal verband wordt ontzenuwd. Zie nader bijv. Snijders, Klaassen en Meijer (2011), nr. 199.

gelet op de aard van de schade en de aard van de normschending, te gering is om een jurisprudentieel vermoeden van causaal verband aan te nemen, maar de kans dat dit zo is tegelijkertijd niet heel klein is, kan er, mede gelet op de strekking van de normschending en de schade, grond bestaan voor het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid (fase iv). Indien deze kans daarentegen zeer klein is, dient te vordering te worden afgewezen.

7 Een enkele nadere opmerking over de ratio voor afwijkingen van de bewijsrechtelijke hoofdregel

De hiervoor besproken regels zijn ontwikkeld ter tegemoetkoming aan de bewijsperikelen waarvoor de gedupeerde zich in geval van causaliteitsonzekerheid vanwege de aanwezigheid van meerdere mogelijke oorzaken gesteld kan zien. In de bewijsnood waarin de gedupeerde verkeert, kan op zichzelf echter geen rechtvaardiging voor een tegemoetkoming in het in beginsel door hem te leveren causaliteitsbewijs worden gevonden, evenmin als bewijsnood "sec" op andere terreinen een omkering van of althans tegemoetkoming in de bewijslast rechtvaardigt.[63] Hiervoor is méér nodig. Hetzelfde geldt voor materieelrechtelijke oplossingen voor de bewijsperikelen waarvoor een gedupeerde zich gesteld ziet, zoals een proportionele aansprakelijkheid of de vergoeding van kansschade.[64]

De motivering van bijzondere, "slachtoffervriendelijke" bewijsregels ter oplossing van causaliteitsonzekerheid dan wel oplossing hiervan door de aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid met het argument dat "aldus voorkomen wordt dat een kwalijke handeling onbestraft blijft" en via deze route kan worden bereikt "dat toekomstige potentiële "schadeveroorzakers" twee keer nadenken",[65] spreekt mij niet aan.

Het aansprakelijkheidsrecht heeft primair tot doel een grondslag te bieden voor schadevergoeding in die gevallen waarin dat aangewezen is.[66] Een van de basisvoorwaarden voor de vergoeding van althans vermogensschade is in dit verband, naast een onrechtmatige daad of andere normovertreding dan wel een

63 Zie ook Giesen, Proportionele tendensen in het aansprakelijkheidsrecht, p. 63-64. Over het tekortschieten van "bewijsnood" als argument voor een uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv in meer algemene zin o.a. Snijders, Klaassen en Meijer (2011), nr. 213.

64 Met dien verstande dat de eisende partij in geval van kansschade wel het csqn-verband dient te bewijzen tussen deze schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd.

65 Giesen, Proportionele tendensen in het aansprakelijkheidsrecht, p. 111. Vgl. daarentegen echter ook I. Giesen, Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking (hoofdstuk 8), in: Gedrag en privaatrecht, W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), De Haag 2008, waarin Giesen weliswaar preventie als een van de functies van het aansprakelijkheidsrecht duidt, maar zich vervolgens kritisch toont wat betreft het daadwerkelijke preventieve effect van het aansprakelijkheidsrecht, met name vanwege de psychologische aspecten die spelen bij het leggen van causale verbanden (resp. p. 187 en 201-204).

66 Zie ook o.a. A.R. Bloembergen, Schadevergoeding: algemeen, deel I, Mon. NBW B34, Deventer 1982, nr. 2, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 18 en J.S. Kortmann, The Tort Law Industry, oratie UvA, Amsterdam 2009, m.n. p. 23-24. Anders overigens (o.a.) de latere bewerking van voormelde monografie: S.D. Lindenbergh, Schadevergoeding: algemeen, deel 1, Mon. BW B34, Deventer 2008.

grond voor risicoaansprakelijkheid, dat de betreffende vermogensschade daadwerkelijk door deze aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is veroorzaakt. Uitzonderingen op dit uitgangpunt zijn naar mijn mening alleen op zijn plaats in bijzondere gevallen en aan het aansprakelijkheidsrecht wat mij betreft oneigenlijke argumenten, zoals rechtshandhaving, dienen bij de invulling van deze uitzonderingen niet leidend te zijn.[67]

Opmerking verdient in dit verband tevens dat "rechtshandhaving" een argument is dat door sommigen niet alleen wordt gehanteerd ter rechtvaardiging van een tegemoetkoming van de benadeelde in het te leveren causaliteitsbewijs, maar ook reeds ten aanzien van het bewijs van de normovertreding waarop de vordering is gebaseerd.[68] Gewaakt dient te worden voor een "stapeling" van tegemoetkomingen ten opzichte van de benadeelde, waardoor een onbalans ontstaat ten opzichte van de aansprakelijk gestelde partij, althans is hierbij wat mij betreft behoedzaamheid geboden. Dit geldt zowel bij jurisprudentiële tegemoetkomingen (al dan niet ad hoc) als daar waar de wetgever op enigerlei onderdeel van de voorwaarden die gelden voor aansprakelijkheid de benadeelde reeds in diens bewijslast is tegemoetgekomen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de regeling oneerlijke handelspraktijken[69] en de regeling misleidende reclame,[70] maar ook aan de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Om op deze laatste regeling voort te borduren: de wetgever is de werknemer die slachtoffer meent te zijn van een beroepsziekte reeds in zoverre tegemoetgekomen dat deze werknemer op grond van art. 7:658 lid 2 BW kan volstaan met het bewijs dát hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De aansprakelijkheid van de werkgever voor deze schade is dan gegeven, tenzij de werkgever slaagt in het bewijs van één van de in lid 2 genoemde of daaruit voortvloeiende[71] disculpatiemogelijkheden, waaronder met name het bewijs dat hem generlei tekortschieten in de ten opzichte van de werknemer te betrachten zorg valt te verwijten. Deze bewijsrechtelijke tegemoetkoming aan de werknemer neemt niet weg dat diens positie, met name in geval van multicausale beroepsziekten, een lastige kan zijn. Het bewijs dat *hij* in dusdanige mate is blootgesteld aan

67 Eveneens kritisch over rechtshandhaving als vermeend doel van het aansprakelijkheidsrecht o.a. J. S. Kortmann en C. H. Sieburgh, Rechtshandhaving door privaatrecht, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag 2009, m.n. p. 257 en 278-281, waar eveneens een kritische kanttekening wordt geplaatst bij de efficiency van private handhaving meer in het algemeen en wat betreft schadevergoedingsprocedures wordt opgemerkt dat deze "notoir inefficiënt" zijn (p. 281). Zie tevens Kortmann, The Tort Law Industry, m.n. p. 19-22.

68 Zie in het bijzonder Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, m.n. p. 449 e.v.

69 Art. 6:193a-193j BW; zie art. 193j BW voor een "dubbele" bewijslastomkering.

70 Art. 6:194 e.v. BW; zie voor de tegemoetkoming in de bewijslast art. 6:195 BW.

71 De mogelijkheid aan aansprakelijkheid te ontkomen door als werkgever te bewijzen dat, zo er al sprake is van schending van een zorgvuldigheidsnorm, deze normschending niet in causaal verband staat met de schade, is als zodanig niet in art. 7:658 lid 2 BW vermeld, maar vloeit hieruit wel voort. Zie ook HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177, m.nt. GHvV (Peters/Schoonmaakbedrijf Hofkens) en HR 18 december 2009, *NJ* 2010, 13 (Van Gastel BV/Van Aert). Vgl. ook reeds HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 111, m.nt. PAS (Franssen/Pasteurziekenhuis). Anders (nog) W.D.H. Asser, in: Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, red. C.J.M. Klaassen e.a., Deventer 2003, p. 61-70.

voor zijn gezondheid schadelijke stoffen dat hij hierdoor een beroepsziekte heeft opgelopen[72] dan wel dat deze ziekte in elk geval door de hem overkomen blootstelling kan zijn ontstaan,[73] is regelmatig lastig te leveren. Het argument dat de tegemoetkoming in de bewijslast betreffende de zorgplicht c.q. de handhaving van de door de werkgever jegens de werknemer te betrachten zorgplicht wordt ondergraven als de werknemer vervolgens anderszins tegen bewijsproblemen oploopt en derhalve ook in dit opzicht tegemoetgekomen moet worden, overtuigt mij niet, hoezeer een slachtoffer van een beroepsziekte ook empathie verdient.[74] De balans zou door zo'n "stapeling" van bewijsrechtelijke tegemoetkomingen naar mijn mening te zeer doorslaan ten nadele van de werkgever.

Bovenstaande kritische benadering van "rechtshandhaving" als grond voor een bewijsrechtelijke tegemoetkoming (in het kader van het causaal verband) neemt niet weg dat niet verloochend kan worden dat het aansprakelijkheidsrecht gedragsturende effecten kan hebben, maar dit is wat mij betreft een prettige nevenvangst, geen zelfstandige functie van het aansprakelijkheidsrecht en in het verlengde hiervan geen argument voor de inkleuring van kernwaarden.

Om vergelijkbare redenen, meen ik dat rechtseconomische gezichtspunten de inkleuring van het csqn-criterium niet dienen te bepalen, noch de te maken uitzonderingen hierop, nog daargelaten dat bij mijn weten (ook) voor het daadwerkelijke, praktische effect van rechtseconomische theorieën geen bewijs bestaat en het hierbij gaat om hypothesen.[75]

Met het voorgaande is niet gezegd dat normatieve argumenten wat mij betreft in het geheel geen rol spelen in het kader van het csqn-verband. Zoals hiervoor toegelicht, spelen de normen waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd een belangrijke rol bij de eisen die worden gesteld in het kader van de voorwaarde dat csqn-verband met een redelijke mate van waarschijnlijkheid moet zijn aangetoond. Maar het gaat mij dan, zoals vermeld, vooral om de strekking van de overtreden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade. Het zijn ook vooral deze normatieve aspecten die een argument kunnen vormen voor tegemoetkomingen in de in beginsel op de benadeelde rustende bewijslast van het oorzakelijk verband evenals dat zij, als aan de overige door de Hoge Raad daarvoor gestelde voorwaarden is voldaan, in bijzondere gevallen toepassing van de omkeringsregel of een proportionele aansprakelijkheid kunnen rechtvaardigen. Een belangrijke omstandigheid is in dit verband wat

72 Vgl. HR 26 januari 2001, *NJ* 2001, 597 (Weststrate/De Schelde).

73 Vgl. de zogenoemde arbeidsrechtelijke omkeringsjurisprudentie vermeld in noot 32. Nader over deze bewijsproblematiek Klaassen, Enkele opmerkingen over bewijs bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, m.n. p. 69-80.

74 Anders Charlier, Letsel & Schade 2006, p. 5-20 alsook De bewijslast in beroepsziektezaken onder de loep, *Letsel & Schade* 2010, p. 4-11.

75 Anders, althans met het oog op informatieverzuimen in de financiële sector, A.C.W. Pijls, Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk, *NTBR* 2009, p. 177 en 178.

mij betreft dat daar waar op welke manier dan ook wordt afgeweken van de geschetste hoofdregels, een norm is geschonden die geëigend is de door de benadeelde geleden schade waarvan vergoeding wordt gevorderd teweeg te brengen. Al naar gelang de mate waarin dit het geval is en aannemelijk is dat dit ook in het te beoordelen geval de daadwerkelijke oorzaak van de schade is, kan de ene of de andere oplossing voor causaliteitsonzekerheid in beeld komen.

8 Afronding

Giesen rept van een "lange, maar opwindende route op zoek naar het juridisch ei van Columbus als het om het bewijs van causaliteit gaat".[76] Wellicht is de werkelijkheid op dit terrein echter te complex voor het ei van Columbus. Wezenlijk is wat mij betreft bij de zoektocht naar een goede balans tussen de belangen van de aansprakelijk gestelde partij en die van de benadeelde partij voor ogen te houden dat ook degene die een juridische fout heeft begaan in beginsel alleen schadeplichtig dient te zijn indien en voor zover hij hierdoor aan de benadeelde daadwerkelijk schade heeft toegebracht. Kortom: het gaat in het kader van de causaliteit om de vraag of door de fout daadwerkelijk schade is veroorzaakt dan wel, in geval van meerdere fouten of schadeoorzaken, door wiens fout of door welke oorzaak de schade is veroorzaakt. Om met Annie MG Schmidt te spreken: de dader heeft het gedaan, maar wie is de dader?

De causaliteitsvraag dient zo veel als mogelijk te worden beantwoord aan de hand van de feiten van de te beoordelen zaak. Ook bij handhaving van de hoofdregels van bewijslastverdeling zal de rechter in de meeste gevallen, gelet op de ruimte die hij heeft bij de concrete inkleuring hiervan en bij de waardering van hetgeen over en weer te berde wordt gebracht én niet te vergeten de mogelijkheid tot vermindering van de schadeplichtigheid op grond van art. 6:101 BW,[77] een passende oplossing kunnen vinden in die gevallen waarin onverkorte handhaving van de hoofdregels tot onbillijke resultaten leidt.

Ik refereer in dit verband tot slot aan de woorden van mijn voormalige collega Ybo Buruma in zijn afscheidsrede. In geheel ander verband, met het oog strafzaken, sprak hij (enigszins verkort weergegeven): "De integere zittingsrechter weet dat elke individuele strafzaak zich verhoudt tot het recht als een spelletje schaak tot de spelregels. Hij weet dat hij de zaak conform het recht moet beslissen, maar het is de zaak zelf waar het om draait. Het is de zaak zelf die in het licht van het recht als maatschappelijk geweten moet worden beoordeeld (…). Het is de zaak zelf waarover we kunnen zeggen dat er al dan

76 Giesen, *AV&S* 2010, p. 128.

77 Hiervoor geldt overigens dat de rechter de eigen schuld-regel in beginsel niet "spontaan", op eigen initaitief mag toepassen in het geval hierop door de aansprakelijk gestelde partij geen beroep is gedaan. Zie laatstelijk HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 333 (Foretes cs/Van der Bie). Vgl. betreffende de manoeuvreerruimte van de rechter ten aanzien van proportionele aansprakelijkheid Klaassen, *NJB* 2007, m.n. p. 1358 e.v. Vgl. in dit verband ook de conclusie van A-G Wissink voor Fortis/Bourgonje, onder 3.86.1.

niet rechtvaardig en billijk is besloten (…)."[78] In het civiele recht en voor de civiele rechter geldt naar mijn mening in de kern niets anders.

9 Stellingen VASR-bijeenkomst d.d. 24 november 2011

1. "Back to basics": uitgangspunt is en dient te blijven dat iemand alleen die schade behoeft te vergoeden die daadwerkelijk door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, is veroorzaakt, ook in geval van letselschade.
2. Dit neemt niet weg dat het systeem van ons burgerlijk procesrecht, dat immers niet is gericht op waarheidsvinding, tot afwijkingen kan leiden.
3. Uitgangspunt is en dient te blijven dat het causaal verband, in de zin van het condicio sine qua non-verband, tussen de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd en de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis door de benadeelde dient te worden gesteld en bewezen. Indien de benadeelde hierin niet slaagt, dient zijn vordering in beginsel te worden afgewezen.
4. Ook als er meerdere (mogelijke) oorzaken zijn, is uitgangspunt dat iedere veroorzaker in beginsel slechts die schade behoeft te vergoeden die hij daadwerkelijk heeft veroorzaakt of althans kan hebben veroorzaakt.
5. Procedures worden regelmatig onnodig complex gemaakt door een beroep op de omkeringsregel of proportionele aansprakelijkheid daar waar dat in het geheel niet nodig is en de klassieke bewijsregels volstaan.
6. Bijzondere, specifiek op problemen rond het bewijs van causaal verband gerichte bewijsregels alsook materieelrechtelijke oplossingen, zoals proportionele aansprakelijkheid, dienen alleen te worden toegepast als de klassieke middelen om tegemoet te komen aan bewijsproblemen niet afdoende zijn.
7. Anders dan wel wordt gesteld of althans wordt gesuggereerd, kunnen de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid niet over één kam worden geschoren en is dit niet "één pot nat".
8. De inkleuring van het causaliteitscriterium, althans het condicio sine qua non-criterium, dient niet te worden bepaald door gedragsturende c.q. op handhaving gerichte rechtseconomische gezichtspunten.

78 Y. Buruma, Geen blad voor de mond, afscheidsrede RU, Nijmegen 2011, p. 18.

Meervoudige causaliteit; Over alternativiteit bij daders én benadeelden

Jeroen Kortmann

1 Opdracht & uitgangspunten

Halverwege 2010 werd ik benaderd met de vraag om – met collega Carla Klaassen – te preadviseren voor de op dat moment nog op te richten Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR). Het door het bestuur aangedragen onderwerp luidde toen nog 'causaliteit'. Die uitnodiging heb ik dankbaar aanvaard. Enkele maanden later volgden verschillende suggesties van het VASR-bestuur om het onderwerp meer af te bakenen. Uiteindelijk werd gekozen voor 'meervoudige causaliteit'.

Meervoudige causaliteit is geen vastomlijnd begrip. Soms lijkt het begrip gereserveerd te worden voor gevallen waarin vast staat dat een schade meer dan één oorzaak heeft.[1] De meeste auteurs gebruiken het begrip echter in een ruimere zin, zodat het ook kan worden gehanteerd in gevallen waarin een schade één of meer *mogelijke* oorzaken heeft.[2] Zo begrepen omvat meervoudige causaliteit ook (deel)begrippen als 'gelijktijdig werkende oorzaken', 'afzonderlijk werkende oorzaken', 'alternatieve oorzaken' en wellicht ook 'hypothetische oorzaken'[3] Ik heb de opdracht van het VASR-bestuur in de laatstbedoelde (ruimere) zin opgevat.

Uitdrukkelijk in de opdracht was begrepen dat het preadviezen zich zouden moeten onderscheiden door kort en praktisch te zijn. Uitgebreide verantwoordingen en nuanceringen zouden achterwege gelaten mogen (moeten?) worden. Wat volgt is een schriftelijke vastlegging van de gedachten over meervoudige causaliteit, die ik de jaarvergadering van VASR op 24 november 2011 heb voorgehouden. Het voetnotenapparaat is van bescheiden omvang gehouden.

---

1 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 27 augustus 2003, *VR* 2004, 123, alinea 2.7. In vergelijkbare zin C.J.M. Klaassen in voetnoot 9 van haar preadvies (hiervoor).

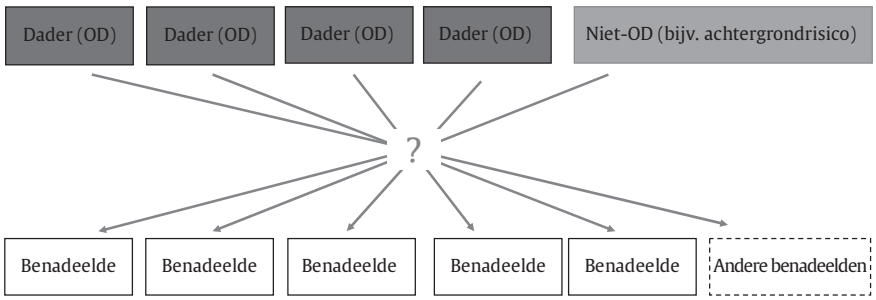
2 In die (ruimere) zin bijvoorbeeld T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Meervoudige causaliteit, bewijs en draagplicht', *Bb* 2010/14.

3 Althans voor schrijvers die niet, zoals ik, menen dat een 'hypothetische oorzaak' geen oorzaak – zelfs geen mogelijke oorzaak – is. Vgl. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss., Deventer, Kluwer 1965), p. 224-225, nr. 156-157. Zie voor een duiding van een aantal van de hier genoemde (deel)begrippen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 86 e.v.

Daarmee doe ik ongetwijfeld menig auteur tekort, waarvoor bij voorbaat mijn verontschuldigingen.

Omdat het onderwerp meervoudige causaliteit toch nog steeds erg breed is – en indachtig de instructie om kort en praktisch te zijn – heb ik ervoor gekozen mij te concentreren op één categorie gevallen van meervoudige causaliteit. Het betreft gevallen van alternatieve veroorzaking, waarbij één van de mogelijke oorzaken niet aansprakelijkheidscheppend is en daarom voor rekening van de benadeelde zelf komt. Denk bijvoorbeeld aan de verspreiding van een gebrekkig geneesmiddel door zowel fabrikanten die (mits de 'horde' van causaliteit genomen kan worden) daarvoor aansprakelijk zijn, als door kleine producenten die daarvoor niet aansprakelijk gehouden kunnen worden (vgl. het *Des-arrest*; hieronder, paragraaf 2). Of aan mesothelioompatiënten die door voormalige werkgevers zijn blootgesteld aan asbest, maar ook bepaalde periodes in 'eigen dienst' hebben gewerkt en ook zichzelf daarbij aan asbest blootstelden (vgl. *Barker v. Corus*; hieronder paragraaf 5). Ook gedacht kan worden aan longkankerpatiënten van wie onduidelijk is of hun ziekte veroorzaakt is door het inademen van asbestdeeltjes, door het langdurig roken van tabaksproducten, door een algemeen 'achtergrondrisico', of een combinatie van factoren (vgl. *Nefalit/Karamus*; hieronder paragraaf 5). In zijn proefschrift bespreekt Akkermans dergelijke casus onder de noemer "alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden".[4] Omdat in gevallen van alternativiteit nu juist de vraag is wie de veroorzakers zijn, heeft het mijn voorkeur te spreken van "alternativiteit bij daders én benadeelden".

In schematische vorm kan de casus die als uitgangspunt van dit preadvies dient, als volgt worden weergegeven:



Uitgangspunten:

- aan één of meer dader(s) kan een onrechtmatige daad ("OD") toegerekend worden; en
- de OD van iedere dader heeft, al dan niet zelfstandig, de schadevan één of meer benadeelde(n) *kunnen* veroorzaken; maar
- ook mogelijk is dat de schade het gevolg is van een *niet* aan iemand als onrechtmatige daad toe te rekenen omstandigheid (een "niet-OD")

4 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), hoofdstuk 5.

De belangrijkste wegen die de rechtspraktijk en de doctrine – deels met instemming van de rechterlijke macht – heeft gevonden om slachtoffers in dergelijke casus in hun bewijsnood tegemoet te komen, zijn:
(i) Onverkorte toepassing van art. 6:99 BW;
(ii) Toepassing van de 'omkeringsregel';
(iii) Toewijzing van vergoeding van kansschade; en
(iv) 'Proportionele aansprakelijkheid' (althans, wat daarvoor doorgaat).

Afhankelijk van welke van deze wegen ingeslagen wordt, verschilt de uitkomst. Die verschillen kunnen zeer materieel zijn. De vanuit het gezichtspunt van de rechter min of meer toevallige omstandigheid dat een eiser zich beroept op het ene leerstuk in plaats van het andere, kan, zoals hierna zal worden toegelicht, het verschil maken tussen toewijzing van een volledige schadevergoeding en toewijzing van slechts een fractie daarvan. Dat wekt ten minste de suggestie dat in dit soort casus de rechtvaardigheid zich, meer dan gebruikelijk is,[5] laat dicteren door procestechniek. Voor wie gelooft dat in beginsel voor iedere casus een 'juiste' (althans: een meest rechtvaardige) uitkomst bestaat,[6] is dat moeilijk te aanvaarden.

2 Onverkorte toepassing van art. 6:99 BW (*DES*)

Art. 6:99 BW ziet op gevallen van alternatieve veroorzaking. Mits ten aanzien van alle alternatieve oorzaken vaststaat dat "aan alle vereisten voor een vordering tot schadevergoeding […] voldaan is, behalve aan het vereiste van causaal verband",[7] is iedere mogelijke veroorzaker hoofdelijk aansprakelijk:

> "Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is."

Nodig maar ook voldoende is derhalve dat de onrechtmatige gedraging van de gedaagde de gehele gevorderde schade *kan hebben veroorzaakt* en dat vaststaat dat de schade is ontstaan door "*ten minste één*" gebeurtenis waarvoor "*een andere persoon aansprakelijk is*".[8]

---

5 En meer dan zich laat verklaren door het beginsel van de lijdelijkheid van de civiele rechter.

6 Ik geloof dat.

7 Van Zeben, *Parl. Gesch. NBW, Boek 6, Algemeen Gedeelte*, art. 6.1.9.4a., p. 347 (T.M.).

8 Anders: A-G Spier in zijn conclusie voor HR 18 december 2009, *RvdW* 2010, 33 (*London Verzekeringen/Delta Lloyd*), alinea's 4.4-4.6, 4.9 en 4.15. Spier lijkt aan te nemen dat voor toepasselijkheid van artikel 6:99 BW nodig is dat elk van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen, de overige aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen weggedacht, "*zelfstandig*" alle schade zouden hebben teweeggebracht. Dat acht ik een te beperkte lezing van artikel 6:99 BW. Dat de rechtsregel ook toepassing vindt wanneer bijvoorbeeld mogelijk is dat de schade niet het gevolg is van een zelfstandig werkende oorzaak, maar van samenwerkende oorzaken, blijkt m.i. reeds uit de woorden "*ten minste*" in artikel 6:99 BW. Zie verder ook HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 230 (*Moerman/Bakker*), r.o. 3.3.

Aan de rechtsregel van art. 6:99 BW ligt een billijkheidsafweging ten grondslag. Hij is geschreven voor gevallen waarin vaststaat dat iedere mogelijke oorzaak 'aansprakelijkheidscheppend' is, maar uitsluitend op het punt van het oorzakelijke verband onzekerheid bestaat. In een dergelijk geval is de enige reden waarom een gedaagde die onrechtmatig heeft gehandeld mogelijk de dans zou ontspringen, het feit dat er ook andere onrechtmatige daders zijn die de schade van de benadeelde (mede) hebben kunnen veroorzaken. Zet daar de 'onschuldige' benadeelde tegenover en de uitkomst van de billijkheidsafweging ligt voor de hand.[9] Zeker is immers dat die benadeelde de schade niet zelf zou moeten dragen.

Bezien wij nu de in de inleiding geschetste casus van alternativiteit van daders én benadeelden, dan valt op dat deze op één belangrijk punt verschilt van de gevallen waarvoor art. 6:99 BW geschreven is. Een benadeelde in deze casus kan ieder van de gedaagden onrechtmatig gedrag verwijten en kan aannemelijk maken dat het gedrag van die gedaagden zijn of haar gehele schade *kan* hebben veroorzaakt. Echter, mogelijk is ook dat de schade het gevolg is van een omstandigheid die normaal gesproken voor eigen rekening van het de benadeelde zou blijven (bijvoorbeeld een 'achtergrondrisico'). In de terminologie van art. 6:99 BW: het staat niet vast dat de schade is ontstaan door een gebeurtenis waarvoor "*een andere persoon aansprakelijk is*". In een dergelijk geval is niet vanzelfsprekend dat de billijkheidsafweging nog steeds in het voordeel van het slachtoffer zou uitpakken. Toch heeft de Hoge Raad reeds kort na invoering van art. 6:99 BW geoordeeld dat de rechtsregel onder omstandigheden kan worden toegepast in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden.

In het *Des-arrest* spraken zes van een groot aantal dochters van moeders die het middel Diëthylstilbesterol (Des) tijdens hun zwangerschap hadden gebruikt, een tiental producenten van dat middel aan. De gedaagde producenten hadden in de relevante periode gezamenlijk een zeer aanzienlijk marktaandeel. Niet vast te stellen was welke producent van Des welke schade had veroorzaakt. Bovendien was onzeker of er in de relevante periode Des niet óók in het verkeer was gebracht door producenten die daarvoor wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk konden worden gehouden. Met toepassing van art. 6:99 BW achtte de Hoge Raad niettemin elk van de gedaagde producenten hoofdelijk aansprakelijk.

Het *Des-arrest* is zowel in Nederland als in het buitenland met gemengde gevoelens ontvangen. De belangrijkste kritiek betreft het feit dat toepassing van art. 6:99 BW op gevallen van massaschade ertoe leidt dat een producent uiteindelijk hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden ten opzichte van iedere Des-dochter – derhalve: aansprakelijkheid jegens de hele 'markt' – terwijl onmogelijk is dat die producent alle schade heeft veroorzaakt.[10] Ik

9 Aldus vrijwel letterlijk A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), p.3. Zie ook R.J.B. Boonekamp, *BW-krant Jaarboek 1991*, p. 83.

10 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), Nr. 93, en J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige Daden, Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts* (2e druk, Kluwer, Deventer 2008), p. 57-58 met verwijzingen naar binnen- en buitenlandse literatuur. Vgl. ook A-G Spier in zijn conclusie voor HR 18 december 2009, *RvdW* 2010, 33 (*London Verzekeringen/Delta Lloyd*), alinea 4.15.

moet bekennen dat ik met dat aspect van het *Des-arrest* weinig moeite heb. Art. 6:99 BW maakt geen onderscheid tussen gevallen waarin er één slachtoffer is en gevallen waarin er meer slachtoffers zijn. Met Brunner zou ik menen dat het niet redelijk zou zijn geweest een Des-dochter in een ongunstiger bewijspositie te plaatsen dan in art. 6:99 BW is voorzien, "enkel omdat er vele benadeelden zijn".[11] Dat in gevallen waarin er meer dan één benadeelde is de gedaagde uiteindelijk aansprakelijk kan zijn voor meer schade dan hij zelfstandig kan hebben veroorzaakt, is een logische consequentie van de hoofdelijke aansprakelijkheid die voortvloeit uit art. 6:99 j° art. 6:102 BW. Deze consequentie wordt 'verzacht' door de regresregeling van art. 6:10 BW e.v. In beginsel zal de last van de externe aansprakelijkheid voor het geheel via intern regres worden gespreid over alle mogelijke veroorzakers. Wel blijft het risico van insolventie of onvindbaarheid van andere aansprakelijke partijen op de tot schadevergoeding aangesproken partij(en) rusten. Ook dat is echter een 'gewoon' gevolg van de door de wetgever voor dit soort gevallen voorgeschreven hoofdelijkheid.

Minder goed verdedigbaar is evenwel het feit dat de Hoge Raad in het *Des-arrest* onverkorte toepassing van art. 6:99 BW zelfs mogelijk achtte als vast zou komen te staan dat één van de mogelijke oorzaken niet aansprakelijkheidscheppend was. Onduidelijk was of *alle* partijen die in de relevante periode Des op de markt hadden gebracht, onrechtmatig handelen kon worden verweten. Volgens de Hoge Raad stond dat niet in de weg aan toepassing van art. 6:99 BW:[12]

> Denkbaar is tenslotte dat komt vast te staan dat Des in de relevante periode ook in het verkeer is gebracht door een of meer producenten die daarvoor wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk is (zijn) en dat de schade van de betrokken Des-dochter ook door deze Des kan zijn veroorzaakt. Een en ander ontheft de andere producenten niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade, tenzij zo een aansprakelijkheid in de gegeven omstandigheden, waaronder de grootte van de kans dat de schade van de betrokken Des-dochter door Des van een niet aansprakelijke producent is veroorzaakt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het bestaan van oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade is in ons aansprakelijkheidsrecht een fundamentele voorwaarde. Het uithollen van die voorwaarde zou, om met Jansen te spreken, "*op gespannen voet [staan] met de wet*".[13] Dat zou uiteraard anders zijn, als voor een dergelijke uitholling een wettelijke grondslag zou bestaan. Die grondslag is in het voorliggende geval echter niet in art. 6:99 BW aanwezig.

De bijzondere rechtsregel van art. 6:99 BW komt een benadeelde die ten aanzien van het oorzakelijk verband in bewijsnood verkeert, tegemoet. Een schadevergoedingsvordering die wegens onvoldoende bewijs van oorzakelijk

11 Annotatie C.J.H. Brunner onder HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (Des), alinea 3.7.3.

12 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, m.nt. CJHB (Des), r.o. 3.7.6.

13 C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* (Mon.B.W., B45, Kluwer, Deventer, 2009), p. 49.

verband normaliter niet toegewezen zou worden, wordt onder bepaalde voorwaarden omstandigheden toch gehonoreerd. Eén van die voorwaarden is – de bewoordingen van art. 6:99 BW zijn op dit punt niet mis te verstaan – dat de schade het gevolg is van een of meer gebeurtenissen "voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is". Past men de rechtsregel van het artikel onverkort toe in gevallen waarin de schade van de gelaedeerde veroorzaakt kan zijn door een niet aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, dan doet men niet alleen de letter van art. 6:99 BW geweld aan, maar ook de aan het artikel ten grondslag liggende billijkheidsafweging. In een dergelijk geval is niet langer zeker dat de schade niet voor rekening van het slachtoffer zelf zou moeten blijven. De voor de gehele schade (hoofdelijk) aansprakelijk gehouden gedaagde wordt bovendien verkort in zijn mogelijkheden om regres te nemen op de andere mogelijke veroorzakers, omdat één of meer van hen geen onrechtmatige daad kan worden verweten. De wijze waarop de Hoge Raad art. 6:99 BW in de geciteerde passage van het *Des-arrest* heeft opgerekt, schurkt wat mij betreft dan ook dicht aan tegen een interpretatie *contra legem*.[14]

Uit diezelfde passage volgt overigens dat toepassing van art. 6:99 BW in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden, niet onbegrensd is. Het artikel zou volgens de Hoge Raad niet langer mogen worden toegepast als dat "in de gegeven omstandigheden, waaronder de grootte van de kans dat de schade van de betrokken Des-dochter door Des van een niet aansprakelijke producent is veroorzaakt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn". Is de 'kans' dat de schade het gevolg is van een niet aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis reëel, dan zou onverkorte toepassing van art. 6:99 BW kennelijk ook de Hoge Raad te gortig worden. De vraag is natuurlijk hoe groot die 'kans' daarvoor moet zijn. Hijma vermoedt dat de grens bij circa 20% ligt.[15] Brunner was terughoudender en schreef dat hij het oordeel van de Hoge Raad alleen juist achtte, "indien de kans dat de Des-moeder het middel van een niet-aansprakelijke producent heeft gebruikt slechts hypothetisch, of tenminste uiterst gering is".[16]

Met Brunner ben ik geneigd de bedoelde passage in het arrest van de Hoge Raad zo te lezen dat alleen in gevallen waarin zeer onwaarschijnlijk is dat de schade is veroorzaakt door een niet aansprakelijkheidscheppende oorzaak, art. 6:99 BW nog onverkort toegepast mag worden. Daarbij zij aangetekend dat de Hoge Raad in het nog te bespreken arrest *Nefalit/Karamus* onderscheid heeft gemaakt tussen gevallen waarin de 'kans' dat een schade voor rekening van de gelaedeerde dient te blijven "zeer klein", respectievelijk "niet zeer klein" is.[17] Ik heb elders al het vermoeden uitgesproken dat de Hoge Raad hiermee bedoeld heeft de grens aan te geven tussen de (nieuwe) rechtsregel van *Nefalit/Karamus* en de reeds bestaande rechtsregel van art. 6:99 BW, zoals geïnterpreteerd in het

14 Ik betoogde dit, zij het in voorzichtigere bewoordingen, al in J.S. Kortmann, 'De aangeschoten vogelaar; over alternatieve causaliteit', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1998 (XV), p. 59.

15 J. Hijma in zijn annotatie onder het *Des-arrest*, *Ars Aequi* 1993, p. 130, voetnoot 19.

16 Annotatie C.J.H. Brunner onder HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (*Des*), alinea 3.7.3.

17 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.

Des-arrest.[18] Zie ik dat juist, dan kan art. 6:99 BW weliswaar worden toegepast in gevallen waarin één van de mogelijke oorzaken niet-aansprakelijkscheppend is, maar uitsluitend als het theoretische aandeel van die mogelijke oorzaak 'zeer klein' is.

De vraag blijft uiteraard welke mate van waarschijnlijkheid als 'zeer klein' beschouwd zal worden. Voor mijn gevoel zal dat doorgaans veel minder zijn dan de door Hijma geschatte 20%. Hoewel van geval tot geval kan verschillen wat 'zeer klein' inhoudt en bovendien ieder percentage iets willekeurigs heeft, zou ik menen dat in gevallen waarin meerdere slachtoffers schade van enige omvang hebben geleden, een percentage van 5% al niet meer 'zeer klein' te noemen is. Terugkerend naar de casus die als uitgangspunt dient voor dit preadvies, zou dat betekenen dat art. 6:99 BW de slachtoffers in veel gevallen niet uit hun bewijsnood zal kunnen helpen. Slechts als het (theoretische) aandeel van de niet aansprakelijkheidscheppende oorzaak in de veroorzaking 'zeer klein' is, zou de rechter art. 6:99 BW onverkort mogen toepassen.

3 De 'omkeringsregel'

Een tweede weg die soms bewandeld wordt om het bewijsprobleem in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden op te lossen, is toepassing van de zogenoemde 'omkeringsregel'. Deze in de jurisprudentie ontwikkelde regel geeft de rechter de ruimte om, wanneer vast staat dat er sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar en aannemelijk is dat het (specifieke) gevaar zich in het concrete geval ook heeft verwezenlijkt, het bestaan van oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade aan te nemen.[19]

Asser heeft in zijn annotatie onder de zogenoemde november-arresten uit 2002 uiteen gezet dat "de ratio van de 'omkeringsregel' moet worden gezocht in de ratio van de norm die beoogt te beschermen tegen specifiek gevaar van schade".[20] Daarbij vroeg hij zich af of de vereisten die de Hoge Raad in de genoemde arresten stelde voor toepassing van de omkeringsregel, niet zodanig streng waren dat de rechter de aanwezigheid van oorzakelijk verband ook op grond van 'normale' bewijsvermoedens zou kunnen aannemen:[21]

> "[D]e eisen die de Hoge Raad stelt voor toepassing van de omkeringsregel zijn reeds zo streng, met name de specificiteitseis, dat het causaal verband in de gevallen waarin de regel mag worden toegepast reeds door de rechter op grond van een feitelijk

18 J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit; Proportionele Aansprakelijkheid?', *NJB* 2006/26, p. 1410-11.

19 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 77 met verdere verwijzingen. Anders dan de naam van de regel suggereert, leidt toepassing ervan niet tot omkering van de bewijslast. In plaats daarvan roept de regel een bewijsvermoeden in het leven. De gedaagde kan ermee volstaan tegenbewijs te leveren, in die zin dat hij aannemelijk maakt dat de schade ook zonder de aan hem verweten normschending zou zijn ontstaan.

20 20 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (*TFS/NS*) en 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), m.nt. DA, alinea 16.

21 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (*TFS/NS*) en 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), m.nt. DA, alinea 17.

> vermoeden kan en in de regel ook zal worden aangenomen. De 'omkeringsregel' lijkt dus gereserveerd te zijn voor de meest sprekende gevallen waar het causaal verband tussen normschending en het ontstaan van de schade er bij wijze van spreken al prima facie vanaf druipt."

Ook andere auteurs gaan ervan uit dat de omkeringsregel de eiser alleen in die zin tegemoet komt, dat hij ten aanzien van het "laatste restje causaliteitsonzekerheid" het bewijsrisico bij de gedaagde neerlegt.[22] Daarvan uitgaande, is er geen ruimte voor toepassing van de omkeringsregel in gevallen waarin gerede twijfel bestaat over de vraag of sprake is van oorzakelijk verband tussen de normschending en de schade.[23]

Voor de slachtoffers in de als uitgangspunt van dit preadvies genomen casus biedt de omkeringsregel derhalve – als het goed is – geen soelaas. Immers, juist in gevallen van alternatieve veroorzaking is er sprake van (meer dan) gerede twijfel omtrent het oorzakelijke verband tussen onrechtmatige daad en schade. In de terminologie van Asser: het causale verband tussen normschending en het ontstaan van de schade druipt er in dergelijke gevallen nu juist *niet* prima facie vanaf. De eiser zal er dan ook niet in slagen aannemelijk te maken dat het door de gedaagde in het leven geroepen specifieke gevaar zich (ten aanzien van de eiser) concreet heeft verwezenlijkt. Hartkamp en Sieburgh gaan er daarom vanuit dat de omkeringsregel in dergelijke gevallen niet van toepassing is:[24]

> "De … 'omkeringsregel' is in gevallen van kansschade en van onzeker causaal verband niet van toepassing, omdat uit de aard der zaak niet voldoende aannemelijk is dat het gevaar waartegen de overtreden norm beoogde te beschermen zich heeft verwezenlijkt."

In de jurisprudentie zijn echter wel voorbeelden te vinden waarin de rechter de omkeringsregel heeft toegepast op gevallen van alternatieve veroorzaking. Wellicht het bekendste voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad in de kwestie *Hertel/Van der Lugt.*

Van der Lugt had van 1936 tot 1978 gewerkt op een scheepswerf van NDSM. Hertel verrichtte in die tijd in opdracht van NDSM isolatiewerkzaamheden op de schepen die bij NDSM gebouwd werden. Daarbij maakte Hertel gebruik van asbest, zonder passende veiligheidsmaatregelen te nemen. In de zomer van 1996 werd bij Van der Lugt de longziekte mesothelioom geconstateerd. Ruim een jaar later overleed hij aan de gevolgen van die ziekte. Van mesothelioom is als enige oorzaak bekend de blootstelling aan asbest. Bovendien wordt aangenomen dat blootstelling aan één asbestvezel voldoende kan zijn om uiteindelijk –

---

22 Zie de annotatie van C.J.M. Klaassen bij HR 19 december 2008, *JBPr* 2009, 14 (*X/Gemeente Heerlen*), alinea 4, met verwijzing naar de conclusie van A-G Bakels voor en de annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 19 januari 2011, *NJ* 2001, 524 (*Ter Hofte/Oude Monnik*).

23 Zie ook de conclusie van A-G Spier voor HR 24 december 2010, *RvdW* 2011, 71 (*Stichting Isala Klinieken*), nr. 3.18.1 ("Uit de rechtspraak kan m.i. worden afgeleid dat geen grond bestaat voor toepassing van de omkeringsregel als gerede twijfel bestaat over de vraag of sprake is van een c.s. q.n.-verband tussen de normschending en de schade.").

24 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 81. Zie ook K. Festen-Hoff, 'Bewijsrechtelijke omkeringsregels bij multicausale of moeilijk verifieerbare beroepsziekten', *TRA* 2009/10.

tientallen jaren later – tot mesothelioom te leiden. Daaraan doet niet af dat de kans om mesothelioom te ontwikkelen groter wordt naarmate men langer en intensiever aan asbeststof blootgesteld wordt. De zonen van Van der Lugt spraken Hertel aan tot schadevergoeding. Hertel verweerde zich onder meer met de stelling dat zij niet de enige was die Van der Lugt aan asbest had blootgesteld. Volgens Hertel gebeurde dat ook – en zelfs in overwegende mate – door andere onderaannemers van NDSM en door NDSM zelf. Daarom was goed mogelijk dat één of meer van die andere bedrijven Van der Lugt had blootgesteld aan de asbestvezel die hem uiteindelijk fataal werd.

Rechtbank en hof verwierpen het causaliteitsverweer van Hertel met verwijzing naar art. 6:99 BW. Ervan uitgaande dat iedere blootstelling aan asbeststof in de relevante periode een onrechtmatige daad vis-à-vis Van der Lugt zou hebben opgeleverd (en dat lijkt aannemelijk), kon de bewijsnood van de zonen Van der Lugt door de rechtsregel van art. 6:99 BW worden weggenomen. *Daarnaast* paste het gerechtshof Amsterdam echter ook de omkeringsregel toe. Volgens het hof strekte de door Hertel geschonden norm ertoe te voorkomen dat in gevaar op een asbestziekte in het leven werd geroepen. Nu dat gevaar zich had verwezenlijkt – bij Van der Lugt had zich immers de asbestziekte mesothelioom geopenbaard – stond volgens het hof het gestelde causaal verband in beginsel vast. Een (onder meer) daartegen in cassatie gerichte grief werd door de Hoge Raad verworpen:[25]

> "Daarmee heeft het hof als zijn oordeel uitgesproken dat door de zojuist omschreven handelwijze van Hertel een specifiek gevaar in het leven is geroepen voor het ontstaan van een asbestziekte bij personen die aan het bij de werkzaamheden van Hertel vrijkomende asbeststof werden blootgesteld, zoals Van der Lugt, welk gevaar door de normschending van Hertel in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR 29 november 2002, C00/298HR en C01/071HR, NJ 2004, 304 en 305) en is evenmin onbegrijpelijk. Vervolgens heeft het hof overwogen dat, nu vaststaat dat zich bij Van der Lugt in 1996 de asbestziekte mesothelioom heeft geopenbaard, het gestelde causaal verband in beginsel vaststaat."

Dat de Hoge Raad in een dergelijk geval van alternatieve oorzaken toestond dat de omkeringsregel werd toegepast, is opmerkelijk. Immers, eigen aan gevallen waarin meerdere partijen zich aan een zelfde normschending hebben schuldig gemaakt, elk waarvan de schade van de gelaedeerde kan hebben veroorzaakt, is nu juist dat het causale verband tussen normschending en het ontstaan van de schade er *niet* "vanaf druipt". Staat het de benadeelde desondanks vrij zich op de omkeringsregel te beroepen, dan wordt hij aanzienlijk meer geholpen dan louter met het "laatste restje causaliteitsonzekerheid".

Daarbij komt dat de door de wetgever in art. 6:99 BW uitdrukkelijk neergelegde beperkingen voor het aannemen van causaal verband in gevallen van alternatieve oorzaken, in de door de jurisprudentie ontwikkelde omkeringsregel niet terugkeren. In het geval *Hertel/Van der Lugt* maakte dat uiteindelijk niet zoveel uit, omdat immers (naar het zich liet aanzien) ook aan de voorwaarden van

25 HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147 (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.13.

art. 6:99 BW was voldaan. Logisch gevolg van de in dat arrest door de Hoge Raad gesanctioneerde interpretatie van de omkeringsregel is echter, dat de omkeringsregel tevens toegepast zou kunnen worden in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden (zoals de casus die als uitgangspunt van dit preadvies dient).

Stel bijvoorbeeld dat een mesothelioom-patiënt in zijn arbeidsverleden niet alleen door zijn werkgever op onrechtmatige wijze aan asbest is blootgesteld, maar tevens als zelfstandige heeft gewerkt en gedurende die periode zichzelf langdurig en veelvuldig aan asbest heeft blootgesteld. Neem bovendien aan dat de mate van blootstelling en daarmee de waarschijnlijkheid van veroorzaking van zijn mesothelioom door de werkgever, respectievelijk zichzelf, zich verhouden als 1:1. Als de patiënt nu met succes de omkeringsregel zou kunnen inroepen tegen zijn werkgever – "u heeft door mij bloot te stellen aan asbest het gevaar van asbestziekten in het leven geroepen, dat gevaar heeft zich in mijn geval verwezenlijkt, dus het gestelde causaal verband staat in beginsel vast" – dan zou daarmee (mijlen)ver worden getreden buiten de grenzen die de wetgever in art. 6:99 BW heeft neergelegd.

Dat na *Hertel/Van der Lugt* de omkeringsregel wel is toegepast in dergelijke casus, laat bijvoorbeeld een uitspraak uit 2005 van de Centrale Raad van Beroep inzake *Scheepmaker Den Helder* zien.[26] Materiële eisers waren de erven van een scheepsmaker die vijfendertig jaar in ambtelijke dienst bij een Rijkswerf had gewerkt. Tijdens zijn dienstverband was hij blootgesteld aan asbeststof. Toen bij hem vervolgens longkanker werd geconstateerd, betoogde hij dat deze ziekte was veroorzaakt door de blootstelling aan asbest. Probleem in gevallen van 'gewone' longkanker is echter, dat deze – anders dan ten aanzien van mesothelioom wordt aangenomen – ook kan zijn veroorzaakt door andere factoren, zoals het roken van tabak. Bovendien wordt aangenomen dat sommige mensen wegens hun genetische aanleg 'spontaan' longkanker ontwikkelen.[27] Omdat uit het medisch dossier van de scheepsmaker bleek dat hij had gerookt, meende het ministerie van Defensie dat het oorzakelijke verband tussen de blootstelling aan asbest en de longkanker onvoldoende was aangetoond. Desalniettemin ging het ministerie op basis van een interne beleidsregel over tot vergoeding van 50% van de schade. Rechtbank en Centrale Raad van Beroep oordeelden echter dat het ministerie de gehele schade had moeten vergoeden. Daarbij werd aangenomen dat het causale verband tussen de blootstelling aan asbest en de longkanker – behoudens tegenbewijs – gegeven was, omdat immers "sprake [was] van een onrechtmatig handelen door appellant – het langdurig blootstellen aan asbest van betrokkene – en wel in die mate dat, zoals appellant tot uitgangspunt heeft genomen, het risico op het ontstaan van schade aanzienlijk is vergroot, welk risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt".

In latere rechtspraak lijkt de Centrale Raad van Beroep echter teruggekomen te zijn op deze ruimhartige toepassing van de omkeringsregel. In een uitspraak van 9 april 2009 was wederom aan de orde of de schade moest worden vergoed in een geval waarin een verbindingsmonteur die overleed aan 'gewone' longkanker blootgesteld was geweest aan asbest, maar tevens een rookverleden had. De rechtbank oordeelde dat aan de

26 Centrale Raad van Beroep 12 mei 2005, *TAR* 2005, 112 (*Scheepmaker Den Helder*).

27 Zie Gezondheidsraad, *Protocollen asbestziekten: longkanker*, (Den Haag 2005), publicatie nr 2005/09, pp. 29-30 en A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken', *VR* 1999, pp. 193-197, p. 193 m.k.

> voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel niet was voldaan, omdat de blootstelling aan asbest te gering was geweest om van een aanzienlijke verhoging van het risico op het ontstaan van longkanker te kunnen spreken. Dat oordeel sneuvelde echter bij de Centrale Raad van Beroep. De Raad overwoog dat hij "thans van oordeel [was] dat de vaststelling of in een geval als dit door de ambtenaar als gevolg van de longkanker geleden schade door het bestuursorgaan dient te worden vergoed, en zo ja, hoe hoog die vergoeding moet uitvallen, dient plaats te vinden volgens de criteria die de Hoge Raad in [het arrest *Nefalit/Karamus*] heeft aangegeven".[28] Hoewel niet geheel duidelijk, lijkt uit het gebruik van het woord 'thans' te kunnen worden afgeleid dat de Raad hiermee zijn eerdere rechtspraak waarin in dergelijke casus de omkeringsregel werd toegepast, heeft verlaten.[29]

Een rechtsregel waarmee wordt ingegrepen in de in art. 150 Rv neergelegde hoofdregel ten aanzien van de verdeling van het bewijsrisico, vereist een duidelijke rechtvaardiging. Is die rechtvaardiging in gevallen waarin de eiser hulp nodig heeft met het wegnemen van het "laatste restje causaliteitsonzekerheid" al niet dadelijk te ontdekken,[30] in gevallen van alternatieve veroorzaking waarbij ten minste één van de mogelijke oorzaken voor risico van de benadeelde komt, bestaat een dergelijke rechtvaardiging mijns inziens eenvoudigweg niet. De omkeringregel leent zich dan ook niet voor toepassing in de casus die tot uitgangspunt van dit preadvies dient.

4 Kansschade

Een derde weg waarlangs het bewijsprobleem in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden kan worden benaderd, is via het leerstuk van de 'kansschade'. Omdat over dat leerstuk mijns inziens misverstanden de ronde doen, sta ik daar iets langer bij stil.

4.1 Inleiding: kansschade versus proportionele aansprakelijkheid

Vooropgesteld zij dat het leerstuk van de kansschade onderscheiden moet worden van de zogenoemde proportionele aansprakelijkheid. In de literatuur worden beide leerstukken vaak in één adem genoemd,[31] maar zij verschillen wezenlijk.[32]

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid – in de traditionele zin van dat begrip, zoals in de jaren '90 van de vorige eeuw gehanteerd door

---

28 Centrale Raad van Beroep 9 april 2009, *JB* 2009, 168, alinea 3.7 (onderstreping toegevoegd).

29 Vgl. F. Sobczak, 'Proportionele aansprakelijkheid; de CRvB laat zich leiden door de Hoge Raad en vice versa?', *NTBR* 2010, pp. 407-412 ("In zijn uitspraak van 9 april 2009 gooit de CRvB het roer om"). Anders: annotator C.L.G.F.H. Albers onder Centrale Raad van Beroep 9 april 2009, *JB* 2009, 168, alinea 8.

30 Zie ook W.D.H. Asser in zijn annotatie onder HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (*TFS/NS*) en 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), alinea 16.

31 Zie bijvoorbeeld A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 17 september 2010, *RvdW* 2010, 1058 (*X/Provincie Limburg*), alinea 3.10 ("Het werken met proportionele aansprakelijkheid of kansschade (de terminologie wisselt soms) …").

32 In gelijke zin T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn annotatie onder HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*), alinea 2a.

bijvoorbeeld Faure, Frenk en Akkermans[33] – heeft betrekking op het vereiste van oorzakelijk verband. De in ons schadevergoedingsrecht traditioneel gehanteerde 'alles-of-niets' benadering laat slachtoffers in gevallen van onzeker causaal verband, zoals in het in de inleiding van dit preadvies gegeven voorbeeld, soms met lege handen achter. Een eiser die er niet in slaagt voldoende aannemelijk te maken dat zijn schade is veroorzaakt door de gedaagde verweten gedraging, krijgt in beginsel nul op het rekest. Dat kan tot onbevredigende uitkomsten leiden. Voorstanders van de proportionele leer staan voor dergelijke gevallen een aansprakelijkheid voor die evenredig is aan de waarschijnlijkheid dat de gedaagde de geleden schade heeft veroorzaakt. Zij propageren een proportionele aansprakelijkheid, dat wil zeggen: aansprakelijkheid "*naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid*" (waarover hierna meer in paragraaf 5).[34]

Het leerstuk van de kansschade, daarentegen, heeft – de naam zegt het al – betrekking op de vraag naar *schade.* De eiser die zich op het leerstuk beroept, stelt dat de onrechtmatige gedraging van de gedaagde hem een op geld waardeerbare kans heeft ontnomen. De schade die hij vervolgens vordert is gelijk aan de waarde van de ontnomen kans.

Het ongetwijfeld meest in de collegezalen gehanteerde voorbeeld van een op geld waardeerbare kans is dat van een lot in de loterij. De koper van een lot koopt daarmee een kans op het winnen van (onder meer) de *jackpot.* Wordt zijn lot op onrechtmatige wijze van hem ontnomen, dan kan hij stellen dat zijn schade daarin bestaat, dat hij de *jackpot* aan zijn neus voorbij heeft zien gaan. Het causale verband tussen die (gestelde) schade en de onrechtmatige gedraging zal echter zelden bewezen kunnen worden.[35] In plaats van – of subsidiair aan – het vorderen van de gehele *jackpot*, kan de eiser er echter ook voor kiezen om de waarde van de hem ontnomen kans te vorderen.[36] Die waarde zou kunnen worden uitgedrukt als een op de waarschijnlijkheid van winst gebaseerde fractie van het prijzengeld, maar eenvoudiger en (wat mij betreft) juister is om aan te knopen bij de koopprijs van het lot. De koopprijs reflecteert immers de waarde die de markt aan de gekochte kans toedicht.[37] Door de waarde van de hem ontnomen kans als schade te vorderen, wordt het voor de eiser veel eenvoudiger om het oorzakelijke verband te bewijzen. Zonder de onrechtmatige gedraging van de gedaagde zou hij immers een kans hebben gehad op het winnen van de loterij.

In een systeem waarin de rechter de schade mag schatten en bovendien de begroting van immateriële schade (binnen grenzen) is toegestaan, mag niet

---

33 Zie A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit* (diss. 1995), p. 125, met verwijzingen naar binnen- en buitenlandse literatuur.

34 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), p.3.

35 Zie voor een recent voorbeeld waarin het causale verband mogelijk wel aantoonbaar is *De Telegraaf* 8 mei 2012, p. 13 "Juridische strijd om miljoenenlot".

36 Klaassen heeft betoogd dat de rechter ook kansschade kan toewijzen zonder dat het gevorderd is, omdat immers in het vorderen van het meerdere (de gehele schade) ook het mindere (de kansschade) besloten ligt. C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', *NJB* 2007, p. 1360.

37 In dezelfde zin C.J.H. Brunner, 'Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?' *AAe* 1995, p. 936, r.k.

bevreemden dat de rechter ook minder eenvoudig verhandelbare kansen dan loten in de loterij op geld waardeerbaar acht. Denk bijvoorbeeld aan de kans op het winnen van een juridisch geschil die verloren gaat omdat de advocaat van de verliezende partij verzuimt om tijdig in hoger beroep te gaan. Bewijs dat in hoger beroep alsnog gewonnen zou zijn, zal meestal niet eenvoudig te leveren zijn. In het arrest *Baijings/mr. H* oordeelde de Hoge Raad daarom dat de rechter de schade mag schatten "aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad".[38] Dat kansen in juridische procedures in het handelsverkeer minder courant zijn dan loten in de loterij, doet niet af aan de mogelijkheid om kansschade te vorderen. Daarmee is het concept van de kansschade een bruikbare 'constructie' geworden, die in sommige gevallen van onzeker oorzakelijk verband de eiser in staat stelt toch schadevergoeding te verkrijgen. In de woorden van Akkermans: "[b]ij toepassing van het principe van het verlies van een kans bestaat immers wél causaal verband, alleen met *andere* schade".[39]

Echter, juist omdat bij kansschade een *andere* schade wordt gevorderd, kan niet gezegd worden dat het leerstuk van de kansschade onderdeel is van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Van proportionele aansprakelijkheid is immers alleen dan sprake, als de gedaagde partij aansprakelijk wordt gehouden in evenredigheid met zijn geschatte aandeel – zijn 'portie' – in de veroorzaking van de schade. De eiser die vergoeding van het verlies van een kans vordert, vordert daarentegen een andere schade dan de schade waarover causaliteitsonzekerheid bestaat. Hij vordert bijvoorbeeld niet de gemiste winst, maar de gemiste *kans* op winst. Hij vordert bovendien die *gehele* kansschade en zal daartoe het oorzakelijke verband tussen de onrechtmatige gedraging van de gedaagde en de geleden schade moeten aantonen. Slaagt hij daarin niet, dan wordt het gevorderde afgewezen. Op vorderingen tot vergoeding van kansschade wordt dan ook (gewoon) de traditionele 'alles-of-niets' benadering toegepast. Slaagt de eiser er niet in zijn schade te bewijzen, dan krijgt hij nul op het rekest.

Zie bijvoorbeeld HR 11 december 2009, *NJ* 2010, 3 (*Velic/Lemmen*), waar een advocaat tot schadevergoeding werd aangesproken omdat hij niet tijdig een claim had ingediend bij het Waarborgfonds Motorverkeer. Nadat de rechtbank de vordering had toegewezen, wees het hof de vordering af omdat volgens het hof ook een tijdig bij het Waarborgfonds ingediende vordering geen kans van slagen zou hebben gehad. Daarom was, aldus het hof, "het causaal verband tussen deze schade en de tekortkoming zijdens Lemmen evenmin … komen vast te staan". De Hoge Raad verwierp het daartegen gerichte cassatieberoep.

Zie ook HR 17 september 2010, *RvdW* 2010, 1058 (*X/Provincie Limburg*), waar de eiseres klaagde over een onjuist verlopen openbare inschrijvingsprocedure en haar schade begroot wenste te zien op het verlies van een kans op het vermogensvoordeel dat zij zou hebben genoten, als zij de aanbestedingsprocedure had gewonnen. Haar vordering werd evenwel afgewezen, omdat naar het oordeel van het hof, indien de inschrijvingsvoorwaarden op een juiste wijze zouden zijn gevolgd, onvoldoende aannemelijk

38 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, r.o. 5.2.

39 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), p. 193.

was dat er een kans was dat het pand zou zijn verkocht/gegund aan de eiseres. Volgens het hof was er daarom ook geen sprake van oorzakelijk verband tussen de gestelde fout en de gestelde (kans)schade. Het cassatieberoep van eiseres werd met toepassing van artikel 81 RO verworpen.

De verwarring die is ontstaan over het onderscheid tussen het leerstukken van de proportionele aansprakelijkheid, respectievelijk de kansschade, heeft mijns inziens (ten minste) twee oorzaken.

In de eerste plaats is in sommige gevallen de uitkomst van toepassing van het leerstuk van de kansschade gelijk aan de uitkomst die zou zijn gevolgd, als het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid zou zijn toegepast. Daardoor *lijkt* vergoeding van kansschade soms op proportionele schadevergoeding. Omdat echter bij toepassing van het leerstuk van kansschade de grootte van de kans 'ontkoppeld' is van de vraag naar de veroorzaking van de totale door de benadeelde geleden schade, kunnen de uitkomsten zeer verschillend zijn. In het navolgende zal dat worden geïllustreerd.

In de tweede plaats wordt het woord 'kans' in zowel het algemeen spraakgebruik als de juridische literatuur op uiteenlopende wijze gehanteerd.[40] Daarbij wordt onvoldoende onderscheid gemaakt tussen enerzijds (daadwerkelijke) kansen en anderzijds onzekerheden. Meestal wordt met 'kans' gedoeld op een toekomstige mogelijkheid of gelegenheid, waarvan onzeker is of deze zich zal voordoen (de kans om de loterij te winnen). Het is een dergelijke kans waarop het leerstuk van de kansschade betrekking heeft. De Engelsen spreken in de context van het leerstuk van de '*loss of a chance*' ook wel van een *'lost opportunity'*.[41]

Soms wordt daarentegen het woord 'kans' ook gebruikt in gevallen waarin de loop der gebeurtenissen reeds vaststaat, maar daarover niettemin (nog) onzekerheid bestaat. Zo is mogelijk dat mensen ook nadat de trekking van de loterij al heeft plaatsgevonden, maar zij nog niet hun lotnummers met de getrokken nummers hebben vergeleken, zeggen dat zij 'de kans dat zij de loterij hebben gewonnen, gering achten'. Daargelaten of een zodanig gebruik van het woord 'kans' taalkundig juist is of niet,[42] met een '*opportunity*' heeft een dergelijke kans niets van doen. Het betreft louter een onzekerheid.[43]

---

40 Zie voor een uitvoerigere bespreking van de verschillende mogelijke betekenissen van het woord "kans" onder meer D. Peeperkorn, 'Het feest van de gedaagden, kritiek op de proportionele leer' in A.J. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid* (Den Haag, 2000), p. 62-63.

41 Zie bijvoorbeeld M. Lunney, "What Price a Chance" (1995) 15 Legal Stud. 1.

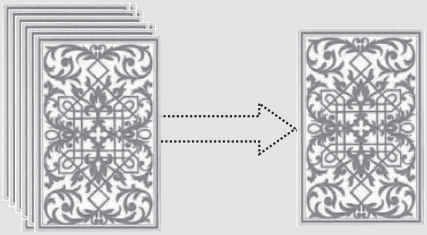
42 Ik meen overigens dat een dergelijk gebruik van het woord 'kans' ook taalkundig niet zuiver is. Zie bijvoorbeeld de definities in de Dikke Van Dale: "1. (eigenlijk) worp bij het dobbelspel en het aantal ogen; 2. wending, loop die iets kan of dingen kunnen nemen; 3. waarschijnlijkheid, mogelijkheid dat iets zal gebeuren, m.n. dat iets gunstig voor de betrokkene zal uitvallen; 4. als term in de waarschijnlijkheidsrekening (de kans om met twee dobbelstenen samen zeven ogen te gooien is 6:36 = 1/6); 5. zich voordoende (gunstige) gelegenheid." T. den Boon en D. Geeraerts (red.), *Van Dale, Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal* (14e dr., Utrecht/Antwerpen 2005).

43 Zie ook D. Peeperkorn, 'Het feest van de gedaagden, kritiek op de proportionele leer' in A.J. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid* (Den Haag, 2000), p. 69-70. J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige Daden, Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts* (2e druk, Kluwer, Deventer 2008), p. 53-57 maakt hetzelfde onderscheid, maar hanteert een ruimer begrip 'proportionele aansprakelijkheid'.

4.2 Kans versus onzekerheid

Tijdens de jaarvergadering van VASR illustreerde ik het verschil tussen kans en onzekerheid met het volgende voorbeeld:

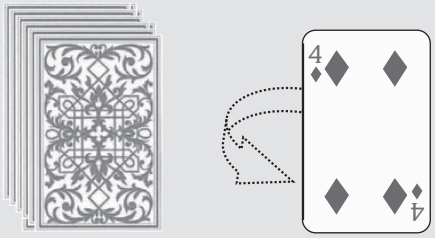
Uit een standaard pak speelkaarten (52) wordt één kaart getrokken



"Wat is de kans dat de getrokken kaart de hartenaas is?"

Het antwoord uit de zaal klonk "één uit tweeënvijftig (1/52)". Dat antwoord zou juist zijn geweest, als de vraag zou zijn gesteld vóórdat de kaart getrokken was. Als uit een standaard pak kaarten op een volstrekt willekeurige plaats een kaart getrokken wordt, heeft immers elk van de tweeënvijftig kaarten dezelfde 'kans' om getrokken te worden. De vraag werd echter niet gesteld vóórdat een kaart getrokken werd, maar *nadat* de kaart reeds getrokken was en nog dicht op tafel lag. Op dat moment was er eenvoudigweg geen sprake meer van kansen. De kaart die er lag, was óf wel, óf niet de hartenaas. Daar veranderde niets meer aan. Waar we in een dergelijke situatie mee te maken hebben is geen kans, maar een *onzekerheid.* Aan die onzekerheid kunnen we een einde maken door de kaart om te draaien:

"Wat is de kans dat de getrokken kaart de hartenaas is?"



Antwoord: "geen kans, want het is de ruiten vier"

In een beroemd voorbeeld uit de Engelse rechtspraak is, juist vanwege het hiervoor geïllustreerde verschil tussen kans en onzekerheid, een vordering tot vergoeding van kansschade afgewezen.

In *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* vorderde de dertienjarige Hotson schadevergoeding omdat het gedaagde ziekenhuis, na een val uit een boom, bij hem een onjuiste diagnose had gesteld waardoor de juiste ingreep vijf dagen later plaatsvond dan anders het geval zou zijn geweest. De ingreep mocht Hotson niet baten. Hij werd blijvend invalide. Medische experts verklaarden op basis van statistische gegevens dat als 100 mensen een zelfde ongeval zou zijn overkomen als Hotson, 75 sowieso blijvend invalide zouden zijn geweest. Slechts 25 zouden bij een tijdige, adequate ingreep zijn hersteld. In feitelijke instantie werd aan Hotson daarom vergoeding van 25% van zijn totale schade toegekend. Deze benadering viel bij de *House of Lords* in ongenade. De visie van de hoogste Engelse rechter werd vorig jaar bondig samengevat door de kort daarna (veel te vroeg) overleden Lord Rodger:[44]

> "The issue was whether the injury itself was so severe that the subsequent disability of the hip joint was inevitable or whether, but for the five day delay, it would have been possible to prevent that disability. The medical evidence was that there was a 75%

44 *Sienkiewicz v. Greif*, House of Lords 9 maart 2011, [2011] UKSC 10, alinea 27. Anders dan in *Hotson*, werd in Hof Amsterdam 4 januari 1996, *VR* 1997, 164, op basis van het deskundigenbericht aangenomen dat zonder de gewraakte vertraging in de behandeling de patiënte wel een kans had gehad op een beter behandelingsresultaat. De kansschade werd daar begroot op 25% van de totale door de patiënte geleden schade.

> likelihood that the former was the case, but a 25% possibility that the delay in treatment was critical. At first instance [1985] 1 WLR 1036 Simon Brown J held that the defendant's breach of duty had robbed the plaintiff of a 25% chance of avoiding the disability.
>
> The House of Lords held that this analysis was erroneous. The plaintiff was not robbed of a chance of avoiding the disability. The die was cast as soon as he had sustained his injury. Either the disability was inevitable or it could, with due skill and care, have been avoided. On balance of probability, estimated at 75/25, the former was the position, so the plaintiff had failed to prove causation." (Onderstreping toegevoegd, JK)

Als de aan de gedaagde verweten gedraging plaatsvond op een moment waarop het lot van de eiser reeds vaststond – de kaarten zijn al gedeeld – dan is de situatie er een van onzeker causaal verband, niet van verlies van een kans. Of dat het geval is, is een kwestie van feitelijke aard. In *Hotson* had de feitenrechter op basis van deskundigenbewijs vastgesteld dat de dertienjarige eiser op het moment dat hij in het ziekehuis arriveerde, of wel (waarschijnlijkheid 75%), of niet (waarschijnlijkheid 25%) in een zodanige toestand verkeerde dat hij niet meer 'operabel' was. Zijn lot hing niet meer af van toevalligheden, maar van de (niet meer vast te stellen) fysieke toestand waarin hij verkeerde toen het ziekenhuis de onjuiste diagnose stelde. Daarvan uitgaande, oordeelde de hoogste Engelse rechter dat de door Hotson aangedragen statistische gegevens niet bewezen dat hem een kans op herstel was ontnomen. Voor vergoeding van kansschade kwam hij daarom niet in aanmerking.

Het oordeel van het *House of Lords* is in Engeland – en wat mij betreft: in Nederland – ook vandaag de dag nog *good law*. Kansen verschillen van onzekerheden, dat is een feit. Of we in een voorkomend geval te maken hebben met een kans of een onzekerheid, zal de rechter meer dan eens – zoals in *Hotson* – moeten vaststellen op basis van deskundigenadvies. Staat eenmaal vast dat de eiser geen kans verloren heeft, dan is voor vergoeding van kansschade evenwel geen ruimte. De onzekerheid die resteert, laat zich door het leerstuk van het verlies van een kans niet oplossen.

Let wel: met het voorgaande bedoel ik niet te betogen dat in een geval als *Hotson* toekenning van een vergoeding ter waarde 25% van de totale schade onwenselijk zou zijn. Daarvoor was best iets te zeggen. Via het leerstuk van de kansschade komen we echter niet tot dat (al dan niet gewenste) resultaat. Waar geen kans is, kan niet met succes schadevergoeding voor het verlies van een kans worden gevorderd. Als 'constructie' schiet kansschade in dergelijke gevallen tekort. Wie in een geval als *Hotson* toch tot een aansprakelijkheid voor 25% wil komen, zal de oplossing moeten zoeken in het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid (zie hierna, paragraaf 5).

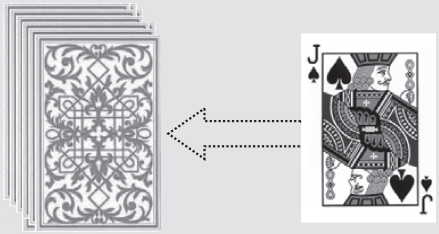
4.3 Kans versus onzekerheid, uitgedrukt in cijfers

Zoals gezegd: kans en onzekerheid – en daarmee: kansschade en proportionele aansprakelijkheid – zijn twee nadrukkelijk van elkaar te onderscheiden begrippen. Dat toepassing van de beide leerstukken op gevallen van onzeker oorzakelijk verband ook tot zeer verschillende uitkomsten kan leiden, heb ik bij

de presentatie van dit preadvies tijdens de jaarvergadering van VASR wederom getracht te illustreren met een kaartspel. In plaats van een voorbeeld van het verlies van een kans op een positieve uitkomst – een loterij, een gewonnen gerechtelijke procedure – koos ik voor een kansverhoging op een negatieve uitkomst.

Stel, de gedaagde wordt verweten dat hij door een onrechtmatige gedraging – bijvoorbeeld het verspreiden van een ondeugdelijk geneesmiddel, het blootstellen van werknemers aan asbeststof – de kans heeft vergroot dat de eiser of eiseres een bepaalde schade zal lijden. In termen van kansschade zou men dan kunnen betogen dat de eiser of eiseres schade lijdt. Vertaald naar een kaartspel is het alsof een extra zwarte piet (schoppen boer) aan een pak kaarten wordt toegevoegd. De bezitter van dit pak kaarten zal met die toevoeging niet gelukkig zijn. Immers, de zwarte piet staat voor verlies.[45] De kans dat hij of zij een zwarte piet zal trekken, is nu met bijna 2% verhoogd:

Aan een standaard pak speelkaarten (52 kaarten) wordt één 'zwarte piet' toegevoegd

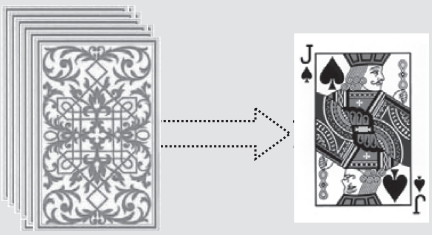


Dit verhoogt risico op het trekken van een zwarte piet van 1/52 naar 2/53. De kansschade is derhalve 2/53 min 1/52, ofwel iets minder dan twee procent.

Wat geldt nu, als de door de onrechtmatige daad verhoogde kans op een negatieve uitkomst zich verwezenlijkt? De aan asbest blootgestelde werknemer die longkanker ontwikkelt, is – de lezer vergeve mij de oneerbiedige metafoor – als de bezitter van het pak van 53 kaarten die een zwarte piet uit het pak kaarten trekt. Onzeker blijft, of zijn verlies is toe te schrijven aan de onrechtmatige blootstelling aan asbest (de toegevoegde zwarte piet) of aan een achtergrondrisico dat sowieso al op hem rustte (de in ieder standaard pak kaarten aanwezige zwarte piet):

45 Ik realiseer mij overigens dat het spel zwarte-pieten niet met 52 kaarten wordt gespeeld, maar wil het voorbeeld niet onnodig ingewikkeld maken.

Nu wordt uit dat pak van 53 speelkaarten één kaart getrokken en dat blijkt een zwarte piet te zijn:



Vraag: Wat is de kans dat dit de toegevoegde zwarte piet is? Antwoord: "Er is geen 'kans', maar een onzekerheid: het is óf de toegevoegde zwarte piet, óf de zwarte piet die al in het pak aanwezig was. In termen van waarschijnlijkheid is het 50/50."

Sommigen menen de onfortuinlijke eiser tegemoet te kunnen komen met het leerstuk van de kansschade. In plaats van te moeten bewijzen dat de zwarte piet afkomstig was van de onrechtmatige dader, mag de eiser het verlies van een kans vorderen.

Tegen het toekennen van vergoeding van kansschade bestaan mijn inziens in dergelijke gevallen geen onoverkomelijke bezwaren.[46] Het probleem van de eiser wordt daarmee echter niet of nauwelijks opgelost. Het leerstuk van het verlies van een kans geeft de eiser uitsluitend recht op vergoeding van zijn kansschade (2% van zijn totaalschade), *niet* op een vergoeding naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid (50% van de totaalschade). Immers, de kansverhoging waaraan de eiser is blootgesteld – hier: het verhoogde risico op het trekken van een zwarte piet – verschiet niet plotseling van kleur doordat die kans op een negatieve uitkomst zich verwezenlijkt.

Juist het hier geschetste onderscheid tussen kans en onzekerheid wordt in de juridische literatuur meer dan eens miskend. Dat gebeurt bovendien door invloedrijke auteurs. Neem bijvoorbeeld het proefschrift van Akkermans, waarin het volgende over het leerstuk van verlies van een kans te lezen is:[47]

---

46 In dit opzicht volg ik wel Akkermans, die meent dat voor vergoeding van kansschade niet relevant is of het onzekere voorval zich in de toekomst voordoet, of reeds heeft voorgedaan. Zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), p. 203-204.

47 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), p. 224. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 79 ("De omvang van deze schade kan worden gesteld op het percentage van de werkelijke schade dat overeenstemt met de kans dat de ziekte door de onrechtmatige daad is veroorzaakt"); Groene Serie Onrechtmatige daad, regeling Boek 6 BW, aant. 17.8 ("Het toepassen van de leer van de 'verloren gegane kans' leidt ertoe dat de schade over de hulpverlener en de patiënt wordt verdeeld in de mate waarin de aan ieder toe te rekenen

> "Wegens natuurlijke oorzaken … loopt X een risico van 10% op het krijgen van een bepaalde kanker. Door de onrechtmatige blootstelling wordt dit risico met 30% verhoogd.
>
> Wanneer X onmiddellijk schadevergoeding zou vorderen … ligt het in de rede om een vergoeding toe te kennen ten belope van 30% van het bedrag waar X recht op zou hebben indien hij daadwerkelijk kanker zou krijgen.
>
> Wanneer X pas schadevergoeding zou vorderen nadat hij inderdaad ziek geworden is, verandert dit percentage. De kans dat hij ziek werd door de onrechtmatige blootstelling verhoudt zich tot de kans dat hij ziek werd door achtergrondfactoren als 3:1. Nu ligt het in de rede om X's nadeel te begroten op 75% van zijn definitieve schade."

Het lag geheel in de lijn van Akkermans' betoog om X, nadat hij ziek is geworden, vergoeding van "75 % van zijn definitieve schade" toe te kennen. Akkermans was (en is) immers een uitgesproken voorstander van proportionele aansprakelijkheid. Akkermans' beroep op het leerstuk van de kansschade om tot dat (door hem gewenste) resultaat te komen, gaat echter niet op. De voorlaatste zin van het citaat – "De kans dat hij ziek werd door de onrechtmatige blootstelling verhoudt zich tot de kans dat hij ziek werd door achtergrondfactoren als 3:1" – verwart kans met onzekerheid. Het is niet juist te spreken van een kans dat X ziek werd door de onrechtmatige blootstelling. Óf hij werd ziek door de onrechtmatige blootstelling, óf hij werd dat niet. Dat een onzekerheid bestaat over de oorzaak van de ziekte van X en dat bovendien aan de mogelijke oorzaken (waarschijnlijkheids)percentages kunnen worden toegedicht, maakt niet dat we hier van op geld waardeerbare kansen kunnen spreken. De enige kansschade waarvan gezegd zou kunnen worden dat deze vergoedbaar zou moeten zijn, is gelegen in de risicoverhoging van 30% die reeds van aanvang af door de onrechtmatige blootstelling is veroorzaakt.[48] Dat percentage verandert, anders dan Akkermans suggereert, niet door het feit dat het risico zich vervolgens verwezenlijkt (of dat niet doet).

Dezelfde verwarring tussen kans en onzekerheid is waarneembaar in de wijze waarop een betrekkelijk recent vonnis van de rechtbank Amsterdam over kansschade is ontvangen. Afgaand op een deskundigenbericht nam de rechtbank aan dat de te late ontdekking van een TIA had geresulteerd in een risicoverhoging van maximaal 1,7% op een herseninfarct. De rechtbank achtte

---

omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade"). Minder invloedrijk maar eveneens onzorgvuldig: J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit; Proportionele Aansprakelijkheid?', *NJB* 2006/26, p. 1404 ("Hooguit kan, door middel van een kansberekening, de mate van waarschijnlijkheid dat de blootstelling aan asbest tot de ziekte heeft geleid, in een percentage worden uitgedrukt.")

48 Ik haast mij toe te voegen dat mijns inziens een dergelijke kansverhoging niet als vergoedbare schade zou moeten worden aangemerkt, zolang het lot van de benadeelde nog ten goede kan keren. Is dat zo, dan dient te worden afgewacht of het verhoogde risico zich daadwerkelijk voordoet. In dezelfde zin A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), p. 2005-206. Zie ook *Gregg v Scott*, House of Lords 27 januari 2005, [2005] UKHL 2.

die kansschade zodanig gering dat het zich niet leende voor vergoeding. Bij annotator Dufour viel dat oordeel in ongenade:[49]

> "De rechtbank neemt met deze beslissing de door de deskundige gemaakte rekenfouten over. (…) Aan de hand van het relatief risico kan worden berekend wat de kans is dat het infarct … is veroorzaakt door [de fout]."

In navolging van Akkermans wordt hier de term 'kans' gebruikt in een context waarin niet gedoeld wordt op kansen, in de zin van op geld waardeerbare '*opportunities*', maar op de mate van waarschijnlijkheid dat het infarct "is veroorzaakt door [de fout]". Deze waarschijnlijkheid berekent Dufour zelf op 79,6%.

De gewraakte overwegingen van de rechtbank zien echter *niet* op de vraag of de te late ontdekking van de TIA het hartinfarct veroorzaakte (onzekerheid causaal verband), maar op de vraag of door de late ontdekking een voor vergoeding in aanmerking komend kansverlies was opgetreden (kansschade). Over die kansschade merkte de rechtbank op:[50]

> "Ingeval van vaststelling van de mate van aansprakelijkheid volgens de leer van het kansverlies, moet de kans op een herseninfarct in de situatie mèt medische fout worden afgezet tegen de kans op een herseninfarct zonder die medische fout. Het is niet juist om dat laatste [eerste?, JK] percentage op 100% te bepalen enkel omdat het herseninfarct zich daadwerkelijk heeft gemanifesteerd. Immers, de kans op een gebeurtenis wordt niet door het plaatsvinden van die gebeurtenis met terugwerkende kracht 100%."

Zo is het precies. Van 'rekenfouten' was in het vonnis van de rechtbank dan ook (bepaald) geen sprake.

Wel zou men bij het vonnis de vraag kunnen stellen waarom de door Dufour op 79,6% berekende waarschijnlijkheid dat het hartinfarct veroorzaakt was door de te late ontdekking van de TIA, niet voldoende was om oorzakelijk verband met de *gehele* door de eiser geleden schade aan te nemen. Overwegingen elders in het vonnis maken duidelijk dat de rechtbank een dergelijk hoog waarschijnlijkheidspercentage – dat ontleend was aan een medische studie – in het voorliggende geval niet wenste aan te nemen. Reden daarvoor was onder meer dat de gezondheid van de eiser op zeer wezenlijke punten afweek van de populatie waarop de medische studie gebaseerd was.[51]

4.4 Kansschade; afronding

Keren wij nu terug naar de casuspositie waarmee dit preadvies begon, dan luidt de conclusie dat het leerstuk van het verlies van een kans de benadeelden in hun bewijsnood tegemoet komt, in die zin dat het hun de mogelijkheid biedt

49 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4 (*X/Stichting Lucas Andreas Ziekenhuis*) (onderstreping toegevoegd). Zie voor vergelijkbare (en om dezelfde reden niet terechte) kritiek de annotatie van Zaadhof onder Rechtbank Maastricht 15 juli 2005, *JA* 2006, 44 (*Levob/X*).

50 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4 (*X/Stichting Lucas Andreas Ziekenhuis*), alinea 4.5.

51 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4 (*X/Stichting Lucas Andreas Ziekenhuis*), alinea 4.8.

om vergoeding van een *andere* schade – de kansschade – te vorderen. Ten aanzien van die kansschade dient oorzakelijk verband ook aangetoond te worden, maar dat bewijs zal doorgaans eenvoudiger te leveren zijn. De kansschade zal in veel gevallen echter niet meer dan een fractie zijn van de totale door de benadeelde geleden schade. Meer dan een 'doekje voor het bloeden' biedt het leerstuk in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden dan ook niet.

5 *Nefalit/Karamus*; proportionele aansprakelijkheid?

Dat brengt ons ten slotte bij de vierde weg waarlangs gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden kunnen worden benaderd: via het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. In het reeds bij herhaling geciteerde proefschrift van Akkermans werd proportionele aansprakelijkheid gedefinieerd als aansprakelijkheid "naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid".[52] Stel bijvoorbeeld dat in de casus waarmee dit preadvies aanving van elk van de vijf relevante gebeurtenissen – vier onrechtmatige daden en één niet aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – even waarschijnlijk zou zijn dat zij de daadwerkelijke oorzaak was, dan zou in de proportionele leer iedere onrechtmatige dader aansprakelijk zijn voor 20% van de schade van een benadeelde.

Wie schrijft over proportionele aansprakelijkheid, heeft het al gauw over het arrest *Nefalit/Karamus*.[53] Volgens de samenvatting van de griffie van de Hoge Raad werd immers in dat arrest "het in de literatuur al eerder verdedigde leerstuk van de 'proportionele aansprakelijkheid' aanvaard".[54]

Karamus was van 1964 tot 1979 als fabrieksarbeider werkzaam geweest in het asbestbedrijf van Nefalit. In 1997 werd bij hem 'gewone' longkanker vastgesteld, waaraan hij in 2000 overleed. Tijdens zijn werk voor Nefalit was hij langdurig en intensief blootgesteld aan asbeststof. De erven van Karamus meenden dat de longkanker waaraan hij was overleden, (mede) daardoor was veroorzaakt. Nefalit erkende dat sprake was geweest van blootstelling van Karamus aan asbeststof, maar voerde aan dat waarschijnlijker was dat de longkanker was veroorzaakt door de omstandigheid dat Karamus gedurende ten minste 28 jaar had gerookt. Een getuige-deskundige concludeerde op basis van een rekenmodel dat de waarschijnlijkheid dat de longkanker van Karamus door blootstelling aan asbeststof was veroorzaakt, 55% bedroeg. De 'kans' (in de onzuivere zin van dat woord) dat de longkanker was veroorzaakt door zijn rookverleden of een andere bij Karamus zelf gelegen oorzaak, was dus 45%.

Zowel het kantongerecht Almelo als het hof Arnhem concludeerden dat Nefalit verplicht was 55% van de door de erven van Karamus geleden schade te vergoeden. Het hof oordeelde dat, nu vaststond dat de aan Nefalit toe te rekenen

52 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), p. 3.

53 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328 (*Nefalit/Karamus*).

54 Zie http://www.rechtennieuws.nl/forum/portal/article/7470/printertopic/1/vote/viewresult/start/0/postdays//postorder/ waar overigens uitdrukkelijk vermeld staat dat de door de griffier verzorgde samenvattingen "buiten verantwoordelijkheid van de Hoge Raad" tot stand komen. Zie ook de annotatie van A.J.J.G. Schijns onder het arrest, *JIN* 2006/209, nr. 6.

asbestblootstelling het risico op longkanker substantieel had verhoogd, deze "als oorzaak van de ziekte moet worden beschouwd". Omdat het rookverleden van Karamus ook als mogelijke oorzaak te gelden had, kwam het hof met toepassing van art. 6:101 BW, tot aansprakelijkheid "voor het kansaandeel, dat wil zeggen naar mate van de risicoverhoging" (in casu 55%).[55] Het door Nefalit tegen dit oordeel gerichte cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad sanctioneerde echter niet de door het hof gekozen kansbenadering (terecht: zie paragraaf 4, hiervoor), maar formuleerde een nieuwe rechtsregel, op grond waarvan Nefalit voor 55% van de schade van Karamus aansprakelijk kon worden gehouden. De Hoge Raad overwoog:[56]

> "Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet … worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die … zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen."

In een artikel in het *Nederlands Juristenblad* heb ik al eens toegelicht dat en waarom de Hoge Raad met het formuleren van deze rechtsregel geen proportionele aansprakelijkheid heeft aanvaard.[57] De Hoge Raad is in *Nefalit/Karamus* voor gevallen van onzeker causaal verband bij beroepsziekten afgestapt van de traditionele alles-of-niets benadering. Nefalit werd slechts voor een gedeelte (55%) van de schade van Karamus aansprakelijk gehouden. Echter, niet iedere gedeeltelijke aansprakelijkheid is tevens proportioneel. Slechts als zij in evenredig verband staat tot het theoretische aandeel – de 'portie' – van de aansprakelijke persoon, is aansprakelijkheid proportioneel in de zuivere zin van dat woord. In het arrest van de Hoge Raad is evenwel nergens te lezen dat Nefalits aansprakelijkheid in principe beperkt blijft tot haar theoretische aandeel. De Hoge Raad houdt de werkgever verplicht tot vergoeding van "de gehele schade van de werknemer …, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen".[58] En net zo min als doorgaans "mijn taartstuk" hetzelfde is als "de gehele taart min uw taartstuk", is aansprakelijkheid in evenredigheid met het theoretische aandeel van de

55 Gerechtshof Arnhem 6 juli 2004, *JAR* 2004/185 (*Nefalit/Karamus*), r.o. 5.5 en 5.6.
56 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328 (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.
57 J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit; Proportionele Aansprakelijkheid?', *NJB* 2006/26, p. 1404 e.v.
58 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328 (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.

gedaagde (proportionele aansprakelijkheid) hetzelfde als aansprakelijkheid voor het geheel met aftrek van het theoretische aandeel van de eiser (de door de Hoge Raad gegeven rechtsregel).

Wanneer er, zoals in *Nefalit/Karamus*, slechts twee mogelijke oorzaken van de schade zijn, leiden beide benaderingen wel tot dezelfde uitkomst. Aansprakelijkheid voor de gehele schade met aftrek van het theoretische aandeel dat voor rekening van Karamus moest blijven (100% min 45%) kwam voor Nefalit op hetzelfde neer als aansprakelijkheid in evenredigheid met haar eigen theoretische aandeel (55%). Dit neemt niet weg dat beide benaderingen fundamenteel verschillen. Immers, in gevallen waarin er meer dan één mogelijke gedaagde is, leidt de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel tot aansprakelijkheid die het theoretische aandeel van iedere gedaagde overstijgt. Stel bijvoorbeeld dat Karamus gedurende het relevante gedeelte van zijn arbeidsverleden niet alleen voor Nefalit zou hebben gewerkt, maar halverwege zou zijn overgestapt naar een concurrerend bedrijf.[59] Stel bovendien dat alle overige factoren – waaronder de gemiddelde asbestblootstelling – gelijk zouden zijn gebleven. Toepassing van de proportionele leer zou in een dergelijk geval resulteren in een halvering van de vergoedingsplicht van Nefalit (27 1/2%) en een overeenkomstige vergoedingsplicht van de concurrent. Past men daarentegen de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel toe, dan blijft Nefalit aansprakelijk voor 55% (de gehele schade min Karamus' theoretische aandeel), en is daarnaast de concurrent aansprakelijk tot hetzelfde bedrag. In dit geval zouden beide werkgevers dus aansprakelijk zijn voor een bedrag dat tweemaal zo hoog is als hun individuele theoretische aandelen in de schade. Omdat zij bovendien voor het zelfde gedeelte van de schade aansprakelijk zijn, vloeit uit art. 6:102 BW voort dat deze aansprakelijkheid een hoofdelijke is.

Met de in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel deed de Hoge Raad recht aan één van de kerngedachten van art. 6:99 BW. De eiser hoeft voor vergoeding van zijn schade niet alle mogelijke veroorzakers te identificeren, om vervolgens met de procedurele 'collectebus' zijn schadevergoeding beetje bij beetje te incasseren. Hij kan volstaan met het aansprakelijk stellen van één mogelijke veroorzaker voor de "gehele schade", zij het dat "uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid" een eigen schuld-aftrek plaatsvindt.

> Terzijde zij aangetekend dat ik het minder gelukkig acht dat de Hoge Raad aansluiting heeft gezocht bij zowel het aan artikel 6:99 BW, als het aan artikel 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunt. Toen ik in 1998 een opvatting verdedigde die materieel overeenkwam met de nu door de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel, zocht ik de dogmatische grondslag daarvoor uitsluitend in de aan artikel 6:99 BW ten grondslag liggende gedachte. De reden waarom ik daarbij niet tevens artikel 6:101 BW betrok, is tweeledig.

59 ...en ten aanzien van die concurrent ook zou zijn voldaan aan alle vereisten voor aansprakelijkheid.

In de eerste plaats meende ik dat in het kader van de door mij voorgestane nuancering op de rechtsregel van artikel 6:99 BW – kort gezegd: in geval van alternativiteit bij daders en benadeelden volgt een hoofdelijke aansprakelijkheid "tot vergoeding van de gehele schade, *verminderd* met het theoretisch aandeel van de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak"[60] – niet relevant zou moeten zijn in hoeverre de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak *toerekenbaar* was aan de benadeelde (in de zin van artikel 6:101 BW). Ook een omstandigheid die aan niemand toerekenbaar is – bijvoorbeeld een 'natuurgebeuren' – zou m.i. tot een vermindering van de hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 6:99 BW moeten leiden. De Hoge Raad heeft in *Nefalit/Karamus* wel (tevens) aansluiting gezocht bij artikel 6:101 BW, maar gaf vervolgens blijk van een wel zeer ruime interpretatie van toerekenbaarheid in de zin van dat artikel, door expliciet te stellen dat bijvoorbeeld "roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken" aan de benadeelde moeten worden toegerekend.[61] Keirse heeft, m.i. terecht, bezwaar gemaakt tegen de gedachte dat dergelijke omstandigheden in de context van artikel 6:101 BW zonder meer toerekenbaar aan de benadeelde zouden zijn.[62]

In de tweede plaats werpt aansluiting bij het gedachtengoed van de eigen schuld van artikel 6:101 BW de vraag op hoe de rechtsregel van *Nefalit/Karamus* zich verhoudt tot artikel 6:102 lid 2 BW. Volgens dat artikel, dat ziet op gevallen van medeveroorzaking waarbij tevens sprake is van eigen schuld van de benadeelde, vindt de eigen schuldcorrectie plaats ten aanzien van de vergoedingsplicht van iedere mededader afzonderlijk. Stel bijvoorbeeld dat drie gebeurtenissen gezamenlijk een schade hebben veroorzaakt en daaraan in gelijke mate hebben bijgedragen (elk 33 1/3 procent) en één van die oorzaken aan de benadeelde is toe te rekenen. Artikel 6:102 lid 2 BW schrijft dan voor dat de eigen schuld-correctie in de verhouding benadeelde – eerste dader afzonderlijk plaatsvindt, zonder dat daarbij de positie van de tweede dader wordt betrokken. Gevolg is dat in die verhouding de eigen schuld van de benadeelde even zwaar weegt als de fout van de dader, zodat de benadeelde de eerste dader voor slechts 50% van zijn schade kan aanspreken. De door de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel staat in een min of meer vergelijkbaar geval – alternatieve veroorzaking waarbij er naast twee mogelijke aanprakelijkheidscheppende oorzaken ook een niet aansprakelijkheidscheppende oorzaak is – de benadeelde toe de eerste mogelijke dader (hoofdelijk) voor 66 2/3 % aan te spreken. De vraag is hoe dat zich verhoudt tot de regel van artikel 6:102 lid 2 BW. Mijn antwoord destijds was dat niet juist is te veronderstellen dat de niet aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak aan de gelaedeerde is *toe te rekenen*, zoals bedoeld in artikel 6:102 lid 2.[63] Wat mij betreft deed (en doet) het in artikel 6:102 lid 2 BW bepaalde dan ook op geen enkele wijze af aan de destijds door mij voorgestane regel. Nu de Hoge Raad echter in *Nefalit/Karamus wel* uitdrukkelijk heeft verwezen naar het aan artikel 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunt en bovendien heeft gesteld dat "roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken" *wel* aan de benadeelde moeten worden toegerekend, kan met recht de vraag gesteld worden hoe de door de Hoge Raad in dat arrest geformuleerde rechtsregel zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 6:102 lid 2 BW. In *Nefalit/Karamus* wordt die vraag niet beantwoord.

60 J.S. Kortmann, 'De aangeschoten vogelaar; over alternatieve causaliteit', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1998 (XV), p. 62.

61 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.

62 A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid bij blootstelling aan asbestvezels en tabaksrook', *TvP* 2006, p. 73, r.k. en 74, l.k.

63 J.S. Kortmann, 'De aangeschoten vogelaar; over alternatieve causaliteit', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1998 (XV), p. 62.

In mijn betoog over de betekenis van het arrest *Nefalit/Karamus* ben ik bijgevallen door Hartkamp en Sieburgh, alsook door Verheij en Keirse.[64] Een niet onaanzienlijk aantal auteurs blijft echter van mening dat de Hoge Raad wel degelijk heeft bedoeld proportionele aansprakelijkheid te aanvaarden.[65] Die auteurs houden kennelijk voor mogelijk dat de Hoge Raad, bij het formuleren van de bedoelde rechtsregel, niet heeft nagedacht over de vraag hoe deze nieuwe rechtsregel zou uitpakken in gevallen met meer dan één dader.[66] Die vraag ligt echter – juist in gevallen van asbestgerelateerde ziekten[67] – zodanig voor de hand, dat het mijns inziens nauwelijks denkbaar is dat de Hoge Raad zich die vraag niet heeft gesteld.[68]

Een ander deel van de doctrine lijkt ondertussen te onderkennen dat twijfelachtig is of de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* proportionele aansprakelijkheid heeft aanvaard, maar kiest er toch voor die term – ook waar het de rechtsregel van het arrest aangaat – te blijven hanteren. Zo bijvoorbeeld Tjong Tjin Tai die opmerkt dat de frase proportionele aansprakelijkheid "handzamer is dan 'de regel van Nefalit/Karamus'" en bovendien "in de literatuur algemeen ingang gevonden" heeft.[69] Collega Klaassen verdedigt in voetnoot 45 van haar preadvies (hiervoor) een vergelijkbare, praktische benadering. De verleiding is groot om hierin mee te gaan. Immers, wat is er tegen de term 'proportionele aansprakelijkheid' te (blijven) hanteren, als op zich helder is dat met die term niet altijd precies hetzelfde bedoeld wordt? De ene keer hanteren we het in de strikte zin van aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid en de andere keer bedoelen we aansprakelijkheid voor de gehele schade met aftrek van het theoretische aandeel van de eiser. Weer een andere keer doelen we op kansschade.

Het bezwaar tegen een dergelijke, ruime interpretatie van het begrip 'proportionele aansprakelijkheid', is dat zij dat begrip van ieder onderscheidend

64 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr 81; A.J. Verheij, 'Kroniek werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S* 2006/2, voetnoot 15 en de daarbij behorende hoofdtekst en A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid bij blootstelling aan asbestvezels en tabaksrook', *TVP* 2006, p. 71, r.k.

65 Zie bijvoorbeeld J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p. 177, l.k.; B. Fluit, Werkgever proportioneel aansprakelijk: HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328', *PP* 2006, p. 179, r.k.; C.J.M. Klaassen, "Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?", *NJB* 2007, p. 1346 e.v., in het bijzonder voetnoot 5 en F. Sobczak, 'Proportionele aansprakelijkheid; de CRvB laat zich leiden door de Hoge Raad en vice versa?', *NTBR* 2010, 48, voetnoot 2.

66 Of preciezer: meer dan één aansprakelijke (mogelijke) dader.

67 Zie bijvoorbeeld HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001/268 (*Soolsma/Hertel*) en HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/166 (*Adrichem/Reek*). In HR 17 december 2004, *NJ* 2006/147, m.nt. CJHB (*Van der Lugt/Hertel*), r.o. 3.14 liet de Hoge Raad uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat de ziekte van Van der Lugt niet veroorzaakt was door Hertel, maar bijvoorbeeld door "asbestgebruik van NDSM of van derden".

68 Zie voor een uitvoerigere argumentatie waarom niet aannemelijk is dat de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* bedoeld heeft proportionele aansprakelijkheid te aanvaarden J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit; Proportionele Aansprakelijkheid?', *NJB* 2006/26, p. 1404 e.v.

69 T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn annotatie onder HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*), alinea 2. Zie ook bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, 'Longkanker door asbest en/of roken: proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', *AAe* 2006, p. 740, l.k en A.C.W. Pijls, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/5, voetnoot 44.

vermogen ontdoet. Noemen we ook de rechtsregel van *Nefalit/Karamus* een regel van proportionele aansprakelijkheid, dan doemt onmiddellijk de vraag op ten opzichte waarvan die aansprakelijkheid dan proportioneel is. Hartkamp en Sieburgh hebben die vraag opgeworpen en getracht te beantwoorden:[70]

> "Maar ook afgezien daarvan is het van het grootste belang vast te stellen over welke proportionaliteit het gaat. … Wel beschouwd houdt de door de Hoge Raad gebruikte formulering in dat de schade die voor rekening van de benadeelde blijft, proportioneel is aan de kans dat zijn schade is veroorzaakt door de aan hem toe te rekenen omstandigheden."

Anders gezegd: niet zozeer de aansprakelijkheid van de gedaagde is proportioneel, maar zijn aansprakelijkheid voor het geheel wordt 'proportioneel' verminderd. Dat is wat mij betreft een juiste lezing van *Nefalit/Karamus.* Echter, als we een dergelijke aansprakelijkheid proportioneel kunnen noemen, waarom noemen we dan niet iedere aansprakelijkheid waarop een eigen schuld-correctie wordt toegepast proportioneel? Bovendien, als het niet uitmaakt in welk opzicht de aansprakelijkheid een proportioneel element heeft, waarom noemen we dan bijvoorbeeld niet ook iedere toepassing van het matigingsrecht door de rechter een voorbeeld van proportionele aansprakelijkheid? Rechters matigen immers bij uitstek als en wanneer zij een volledige schadevergoeding in de omstandigheden van het geval buitenproportioneel vinden. Trekt men deze lijn door, dan wordt *de facto* vrijwel ieder geval waarin om welke reden dan ook niet vergoeding van de gehele schade wordt toegewezen, een 'gevalletje proportionele aansprakelijkheid'. Het begrip ontbeert dan ieder onderscheidend vermogen en kan bovendien aanleiding geven tot onnodige misverstanden.[71]

Kortom: omdat in *Nefalit/Karamus* geen regel van aansprakelijkheid in evenredigheid met de veroorzakingswaarschijnlijkheid werd geïntroduceerd, dient mijns inziens de in dat arrest aanvaarde regel niet met de term 'proportionele aansprakelijkheid' worden aangeduid. In plaats daarvan verdient het de voorkeur om, gelijk de Hoge Raad inmiddels ook zelf doet, te spreken van 'de in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel'.[72]

Zo begrepen, heeft onze Hoge Raad voor gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden (zoals de casus die tot uitgangspunt van dit preadvies dient), nog nooit proportionele aansprakelijkheid aangenomen. Ik hecht eraan op deze plaats op te merken dat de ervaringen van de Engelse rechter ons ook op onze hoede zouden moeten doen zijn voor het aannemen van een beginsel van (daadwerkelijke) proportionele aansprakelijkheid. Toen de *Law Lords* in *Barker v Corus* werden geconfronteerd met een geval waarin het mesothelioom ook kon zijn veroorzaakt doordat het slachtoffer als zelfstandig ondernemer – derhalve in 'eigen dienst' – met asbest had gewerkt, verlieten zij de traditionele causaliteitsleer ten faveure van een proportionele aansprakelijkheid. In het in 2006 gewezen arrest werd geoordeeld dat iedere gedaagde aansprakelijk was

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr 81.

71 Vgl. ook I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht* (2008), p. 75-76.

72 Zie HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis Bank/Bourgonje*), r.o. 37 en 3.8.

vis-à-vis de weduwe van Barker "*by reference to the share of risk attributable to the breaches of duty by the defendants*".[73]

Het Engelse asbestslachtoffer zou daardoor, om zijn schade te verhalen, alle mogelijke veroorzakers moeten aanspreken voor hun 'portie' in de schade. Juist om deze reden werd het arrest *Barker v Corus* slecht ontvangen door het Engelse publiek en de politiek. Zo slecht was zelfs de ontvangst, dat nog in dat zelfde jaar het oordeel van het *House of Lords* door het parlement ongedaan werd gemaakt. In de Compensation Act 2006 – een wet die voor het overige werkelijk niets met deze problematiek van doen heeft – is via een razendsnel aangenomen amendement een artikel opgenomen dat bepaalt dat degene die een ander blootstelt aan asbest aansprakelijk is voor alle schade die de ander lijdt als hij of zij vervolgens mesothelioom oploopt, ongeacht of er nog andere asbestblootstellingen als mogelijke oorzaak aanwijsbaar zijn en ongeacht of die andere blootstellingen aansprakelijkheidscheppend zijn.[74] Deze regeling, die (uitsluitend) in gevallen van mesothelioom de gedaagde in een wel zeer nadelige positie plaatst, is door Lord Phillips en Lord Brown nadien "*draconian*" genoemd.[75] Lord Brown stak daarbij echter ook de hand in eigen boezem. De onmiddellijke aanleiding voor het draconische stuk wetgeving was immers de eigen beslissing van het *House of Lords* geweest om de proportionele aansprakelijkheid in het Engelse recht te introduceren:[76]

> 'Although, therefore, mesothelioma claims must now be considered from the defendant's standpoint a lost cause, there is to my mind a lesson to be learned from losing it: the law tampers with the "but for" test of causation at its peril.'

6 Stelllingen en aanbevelingen

Het voorgaande bracht mij voor de eerste jaarvergadering van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) tot de volgende stellingen:

(i) De 'omkeringregel' is ongeschikt om toegepast te worden op (de hier besproken) gevallen van meervoudige causaliteit;
(ii) Voorstanders van de proportionele leer hebben – ten onrechte – de neiging om alles wat niet 'alles of niets' is, als proportionele aansprakelijkheid aan te merken;
(iii) Het leerstuk van de 'kansschade' heeft met proportionele aansprakelijkheid weinig van doen. Ten aanzien van de verloren kans als schadepost kan dezelfde causaliteitsonzekerheid bestaan als ten aanzien van meer traditionele schadeposten;
(iv) De verwarring is mede veroorzaakt door de weinig precieze wijze waarop juristen het woord 'kans' hanteren. De veel gebruikte frase 'de kans dat de schade is veroorzaakt door…' heeft bij sommigen ten onrechte de indruk gewekt dat een situatie van onzekerheid over oorzakelijk verband geherformuleerd kan worden in

73 *Barker v. Corus* [2006] UKHL 20, nr 49, *per* Lord Hoffmann, waarbij Lords Scott, Walker en Baroness Hale zich aansloten.
74 Compensation Act 2006, Par I, Section 3. Ik dank F. Sobczak, die mij in 2007 op het bestaan van deze wetgeving heeft geattendeerd.
75 *Sienkiewicz v. Greif*, [2011] UKSC 10, nr 58, *per* Lord Phillips en nr. 184, *per* Lord Brown.
76 *Sienkiewicz v. Greif*, [2011] UKSC 10, nr 186, *per* Lord Brown.

termen van binnen het leerstuk van 'verlies van een kans' voor vergoeding in aanmerking komende kansen; en

(v) Zij die menen dat door de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* proportionele aansprakelijkheid is aanvaard, kunnen niet lezen. Zij die menen dat de discussie daarover vooral een semantische discussie is, kunnen bovendien niet tellen.

De lezer zal begrijpen dat bij de formulering van deze stellingen ten behoeve van de jaarvergadering bewust voor een (in een geschreven versie minder gepaste, want ongenuanceerde) prikkelende toonzetting is gekozen. Niettemin vatten de stellingen in de kern samen wat ik in dit preadvies heb bedoeld te betogen. Terugkijkend valt mij op dat nog een stelling ontbrak over hetgeen ik hiervoor (en tijdens de jaarvergadering) heb betoogd over art. 6:99 BW. De toonzetting van de eerdere stellingen indachtig, zou dat waarschijnlijk zoiets geworden zijn als:

(vi) Waar de Hoge Raad in het *Des-arrest* oordeelde dat artikel 6:99 BW ook onverkort mag worden toegepast in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden, maakte hij zich schuldig aan een ontoelaatbare interpretatie *contra legem.*

Reeds in de inleiding van dit preadvies bekende ik dat ik geloof dat in beginsel voor iedere casus een juiste (althans: een meest rechtvaardige) uitkomst bestaat. Bij het einde aangekomen, rest nog de vraag welke van de geschetste wegen waarlangs casus van alternativiteit bij daders én benadeelden kunnen worden benaderd, de voorkeur verdient.

Zoals hiervoor is uiteengezet, doen mijns inziens zowel de onverkorte toepassing van art. 6:99 BW als toepassing van de omkeringregel de gedaagde ernstig tekort. Niet alleen wordt hij veroordeeld voor een schade waarvan geenszins zeker is dat hij deze heeft veroorzaakt, hij wordt bovendien geschaad in zijn mogelijkheden om regres te nemen op de overige mogelijke veroorzakers (omdat ten minste één oorzaak niet aansprakelijkheidscheppend is).

Het leerstuk van de kansschade en de proportionele leer doen, daarentegen, in mijn ogen de benadeelde onnodig tekort. De kansschade zal in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden vaak niet meer dan een fractie zijn van de totale schade. Met een proportionele schadevergoeding zal de benadeelde doorgaans beter af zijn, maar hoe meer alternatieve mogelijke veroorzakers er zijn, hoe bezwaarlijker het voor hem wordt om zijn schadevergoeding beetje bij beetje te moeten incasseren en daarbij telkens het risico te dragen van insolventie of onvindbaarheid van een mogelijke veroorzaker.

Met de in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel heeft de Hoge Raad mijns inziens het juiste midden gevonden tussen de gerechtvaardigde belangen van benadeelden en daders. De onrechtmatig handelende mogelijke veroorzakers worden hoofdelijk aansprakelijk gehouden. Zij worden daarbij niet geschaad in hun verhaalsmogelijkheden op de andere mogelijke veroorzakers, omdat het theoretische aandeel van de niet aansprakelijkheidscheppende oorzaak op hun aansprakelijkheid in mindering wordt gebracht. Ondertussen zullen de benadeelden niet met de procedurele collectebus langs alle mogelijke veroorzakers hoeven gaan. Bovendien: slechts indien *alle* mogelijke veroorzakers insolvent of onvindbaar zijn, staan zij met lege handen. Wat mij betreft

verdient het dan ook aanbeveling om de in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden – ook buiten het terrein van de beroepsziekten – ruimhartig toe te passen.

Mij zal mogelijk worden tegengeworpen dat de Hoge Raad zich in het arrest *Fortis Bank/Bourgonje* nu juist terughoudend heeft getoond in de toepassing van de bedoelde rechtsregel.[77] In het daar voorliggende geval verweet Bourgonje zijn vermogensbeheerder (kort gezegd) dat deze in strijd met zijn zorgplicht verzuimd zou hebben om voldoende indringend te adviseren bepaalde aandelen te verkopen. Onduidelijk was echter wat Bourgonje zou hebben gedaan als hij correct zou zijn geadviseerd. Fortis Bank voerde aan dat uit eerdere gedragingen van Bourgonje kon worden afgeleid dat hij het advies van zijn vermogensbeheerder niet zou hebben opgevolgd. Bourgonje meende het tegenovergestelde. In een tussenarrest viel het gerechtshof Amsterdam terug op de regel van *Nefalit/Karamus* en schatte hij de kans dat Bourgonje het advies zou hebben opgevolgd op 50%. Daarom zou de vermogensbeheerder de helft moeten vergoeden van het nadeel dat Bourgonje had geleden doordat hij de aandelen langer in zijn bezit had gehouden. Het oordeel van het Hof bleef in cassatie niet in stand. De Hoge Raad overwoog onder meer dat de rechtsregel van *Nefalit/Karamus* met terughoudendheid moet worden toegepast:[78]

> "Aan de door de Hoge Raad in het arrest *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel is, zoals ook in de literatuur is onderkend, het bezwaar verbonden dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dit bezwaar brengt mee dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat de rechter die daartoe besluit, in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen."

Bij lezing van dit arrest dient echter bedacht te worden dat in het voorliggende geval geen alternatieve veroorzaking aan de orde was.[79] In termen van art. 6:99 BW: er was in deze casus geen sprake van schade die het "gevolg [kon] zijn van twee of meer gebeurtenissen". Er was slechts één mogelijke oorzaak – het uitblijven van een juist advies van de vermogensbeheerder – maar onduidelijk was of die gebeurtenis ook daadwerkelijk de schade had veroorzaakt. Dat de Hoge Raad in een dergelijk geval geen ruimte zag voor toepassing van de in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel, is dan ook niet verwonderlijk. Die rechtsregel is immers uitdrukkelijk gebaseerd op "de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten".

Een interessantere vraag zou zijn geweest, of het hof de in bewijsnood verkerende Bourgonje tegemoet had mogen komen door de leer van de kansschade toe te passen. Betoogd zou immers kunnen worden dat, doordat een

77 Zie HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis Bank/Bourgonje*), r.o. 37 en 3.8.

78 Zie HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis Bank/Bourgonje*), r.o. 3.8.

79 Aldus ook Tjong Tjin Tai in zijn annotatie onder het arrest. HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis Bank/Bourgonje*), sub 3.

juist advies van de vermogensbeheerder was uitgebleven, Bourgonje een op geld waardeerbare "*opportunity*" was ontnomen om een dergelijk advies op te volgen. Die vraag lag in cassatie echter niet voor. Ik volsta op deze plaats met op te merken dat juist in gevallen waarin de 'kans' afhankelijk is van *eigen* beslissingen van de benadeelde – hier: zou Bourgonje besloten hebben het advies van zijn vermogensbeheerder op te volgen? – in de buitenlandse jurisprudentie geaarzeld wordt of toewijzing van kansschade wenselijk is.[80]

Hoe dat verder ook zij, uit het arrest *Fortis Bank/Bourgonje* kan in ieder geval *niet* worden afgeleid dat geen ruimte zou zijn voor een ruimhartige toepassing van de rechtsregel van *Nefalit/Karamus* in gevallen waarin, anders dan in *Fortis Bank/Bourgonje*, wél sprake is van alternativiteit bij daders én benadeelden. De Hoge Raad heeft in het arrest uitdrukkelijk gesteld dat het toepassingsbereik van de regel niet beperkt is tot gevallen van beroepsziekten. Van geval tot geval moet bekeken worden of redelijk is om de onzekerheid over het oorzakelijk verband over de partijen te verdelen. "Daarvoor kan", aldus de Hoge Raad, "met name aanleiding zijn indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het condicio-sine-qua-non-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is, en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen".[81] Dergelijke kenmerken zullen naar mijn mening in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden – zoals de casus waarmee dit preadvies aanving – al gauw aanwezig zijn.

80 Zie bijvoorbeeld A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. 1997), pp. 208-213. Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis Bank/Bourgonje*), alinea 3.77, waar opgemerkt wordt dat toepassing van de rechtsregel van Nefalit/Karamus in dergelijke gevallen praktisch gesproken zou betekenen "dat in welhaast elke zaak drempelloos op een kansbenadering kan worden overgeschakeld".

81 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis Bank/Bourgonje*), r.o. 3.8.